



Università degli Studi di Ferrara

DOTTORATO DI RICERCA IN
COMPARAZIONE GIURIDICA E STORICO GIURIDICA

CICLO XXI

COORDINATORE Prof. Manfredini Arrigo

LA DEFLAZIONE PENALE IN ITALIA

Settore Scientifico Disciplinare IUS/17

Dottoranda
Dott.ssa Zoda Ilaria

Tutore
Prof. Bernardi Alessandro

Anni 2006/2008

INDICE

<i>Considerazioni introduttive</i>	1
--	---

PARTE I

LA DEFLAZIONE PENALE E LE SUE FORME DI MANIFESTAZIONE

CAPITOLO I

LA DEFLAZIONE PENALE. ASPETTI GENERALI

1. La nozione di deflazione come reazione all'inflazione penalistica.	7
2. I fattori endogeni dell'inflazione penalistica: evoluzioni storiche e crisi del principio di offensività.	9
3. (Segue). I fattori esogeni dell'inflazione penalistica: gli obblighi derivanti dall'ordinamento UE e CEDU.	14
4. Le ricadute dell'ipertrofia penalistica <i>in the books</i> e <i>in the facts</i>	22
5. La rinascita dell'idea di scopo come motore trainante il processo di deflazione in Italia.	29
6. (Segue). Le elaborazioni lisztiane dell'idea di scopo.	31
7. La duplice dimensione dell'idea di scopo: profili teorici ed empirici.	34
8. I profili teorici dell'idea di scopo tra abolizionismo e riduzionismo.	34
9. (Segue). L'abolizionismo.	35
10. (Segue). L'abolizionismo di Louk Hulsman: più modelli per la risoluzione dei conflitti.	37
11. (Segue). Il riduzionismo.	39
12. I profili empirici dell'idea di scopo: le conseguenze di un diritto penale orientato all'empiria.	39
13. Le molteplici forme della deflazione penale.	41

CAPITOLO II DEFLAZIONE IN ASTRATTO E IN CONCRETO

Sezione I La deflazione in astratto

1. Deflazione, decriminalizzazione, depenalizzazione: precisazioni terminologiche ...	43
2. (Segue). Decriminalizzazione e depenalizzazione.	45
3. Decriminalizzazione-abrogazione e decriminalizzazione giudiziale.	46
4. Depenalizzazione (rinvio).....	46

Sezione II La deflazione in concreto

1. La deflazione in concreto: deflazione in sede processuale e deflazione in sede esecutiva.....	49
2. La deflazione in sede processuale: la deprocessualizzazione.....	50
3. (Segue). La deprocessualizzazione attraverso <i>diversion</i>	56
4. La deflazione in sede processuale: la decriminalizzazione giudiziale.	60
5. (Segue). La decriminalizzazione giudiziale basata sul modesto o assente disvalore del fatto.	60
6. (Segue). La decriminalizzazione giudiziale “premiale”.....	63
7. (Segue). La decriminalizzazione giudiziale “avalutativa”.	69
8. La decarcerizzazione.	75
9. (Segue). Le forme di manifestazione della decarcerizzazione.	77
10. (Segue). La decarcerizzazione nella prassi.....	82

PARTE II LA DEPENALIZZAZIONE

CAPITOLO I PROFILI ESSENZIALI DELLA DEPENALIZZAZIONE

1. La nozione di depenalizzazione.....	87
2. Le istanze sottese alla depenalizzazione.....	88
3. I modelli della depenalizzazione.	90
4. Le tecniche legislative in sede di depenalizzazione.	92
5. I criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e amministrative.....	94
6. (Segue). Il criterio di proporzione.	95

7. (Segue). Il criterio di sussidiarietà.....	97
8. Le principali tappe della depenalizzazione in Italia.	100
9. (Segue). La depenalizzazione <i>ante legem</i> 24 novembre 1981, n. 689.....	100
10. (Segue). La legge 24 novembre 1981, n. 689.....	102
11. (Segue). La depenalizzazione negli anni '90.....	103
12. (Segue). La legge delega 25 giugno 1999, n. 205.	106

CAPITOLO II LE SANZIONI AMMINISTRATIVE

1. Premessa.....	109
2. La sanzione amministrativa in senso ampio e in senso stretto.	110
3. La sanzione amministrativa in senso ampio: le sanzioni riparatorie e disciplinari. .	111
4. La sanzione amministrativa in senso stretto. Elementi differenziali rispetto alle altre tipologie sanzionatorie.....	114
5. La sanzione amministrativa punitiva nella legge 689/1981.	116
6. I sistemi punitivi amministrativi derogatori alla legge 689/1981.....	121
7. (Segue). La deroga al principio di responsabilità personale: la responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato.....	124
8. Le fondamentali tipologie di sanzione amministrativa punitiva: la sanzione pecuniaria.....	126
9. (Segue). La sanzione interdittiva.....	129
10. (Segue). La confisca.	132
11. Tipologie sanzionatorie e garanzie individuali.....	133
12. Riflessioni conclusive: quali prospettive per la depenalizzazione?.....	136
 <i>Considerazioni conclusive</i>	 139
 BIBLIOGRAFIA.....	 141

Considerazioni introduttive.

È noto che l'ordinamento penale espande progressivamente i propri confini sotto l'influsso di fattori i più diversi, di tipo *fisiologico* (come la necessità di presidiare attraverso la pena beni giuridici emergenti oppure di tutelare beni giuridici tradizionali da nuove modalità di aggressione) e *patologico* (come la propensione a fare un uso simbolico del diritto criminale o ad attribuire ad esso, in rapporto alla funzione di protezione di specifiche oggettività giuridiche, un ruolo marcatamente propulsivo e non meramente repressivo-conservativo). Ed è altresì noto che all'ampliamento dei comportamenti sanzionati in chiave penale contribuiscono in parte anche gli ordinamenti sopranazionali che si intersecano con quelli statuali, talora gravandoli di veri e propri obblighi di criminalizzazione.

Invero, la tendenza espansiva dell'area del penalmente rilevante è fenomeno risalente, al punto che già attorno alla metà del secolo scorso l'Europa intera cominciò ad interrogarsi sull'opportunità di orientare le proprie scelte politico-criminali nella prospettiva di contenere tale tendenza e le disfunzioni da essa derivanti sul sistema punitivo complessivamente considerato.

Come si sa, infatti, l'idea di scopo che permea il diritto criminale implica che ogni limitazione alla libertà personale (cioè l'imposizione di determinati divieti, e talora obblighi, di condotta e delle relative sanzioni penali) si giustifichi unicamente in prospettiva di presidiare specifici beni giuridici, ritenuti meritevoli, alla stregua della sensibilità giuridica del contesto sociale di riferimento, di una protezione rafforzata. Pertanto, l'idea di scopo non può non spingere verso un modello di tutela penale strettamente necessaria ed effettiva e, quindi, verso il contenimento di tutti quei fattori che da tale modello lo allontanano; essa, in altri termini, nella sua duplice dimensione teorica (di stretta necessità della pena) ed empirica (di effettività della stessa), costituisce il motore trainante del complesso fenomeno della deflazione.

Per quanto specificamente concerne l'Italia, l'idea di scopo e l'ideologia del diritto penale minimo, che di quella è in qualche misura erede, hanno percorso l'ordinamento dagli anni '60 — con punte di più acceso fervore negli anni '90 — sino ad oggi, ad inequivocabile segnale che le istanze di contenimento dell'area del penalmente rilevante non si sono mai sopite. Ciò anche a causa della sostanziale indifferenza dell'autorità normativa alle sollecitazioni provenienti dagli operatori del diritto ad arginare la summenzionata tendenza espansiva e a compiere le proprie scelte punitive sulla base di un programma politico-criminale organico e razionale.

A fronte della cronica inerzia del legislatore rispetto a tali sollecitazioni, è dunque naturale che la deflazione penale abbia finito per vedere oltremodo accresciuta la propria importanza, venendo ad assumere, di fatto, il ruolo di unica valvola di sfogo dell'elefantiasi normativa ed insinuandosi con varie forme tra le pieghe dell'ordinamento giuridico. Infatti, essa si manifesta non solo in sede legislativa, nella radicale abrogazione di un reato o nella sua depenalizzazione, ma anche in sede processuale, nei molteplici meccanismi e soluzioni di deprocessualizzazione e di decriminalizzazione giudiziale; o ancora, in sede esecutiva, nell'introduzione di nuove sanzioni principali non detentive o nella moltiplicazione delle misure sanzionatorie alternative o sostitutive della più tradizionale pena carceraria.

Tra tutte le forme della deflazione, un ruolo di indubbio rilievo appartiene alla depenalizzazione, intesa nel suo significato più ristretto di degradazione di un reato ad illecito amministrativo, considerato che proprio su di essa si sono pervicacemente appuntate le speranze di restituire all'illecito penale un volto più conforme ai tradizionali principi di legalità, offensività, frammentarietà, sussidiarietà. La depenalizzazione, invero, consente di selezionare i fatti *meritevoli* (alla stregua del criterio di proporzione) e *bisognosi* (alla stregua del criterio di sussidiarietà) di pena e di espungere dall'ordinamento criminale quelle fattispecie rispetto alle quali il ricorso a quest'ultima non sia giustificato alla luce del principio di stretta necessità.

Il carico di aspettative gravanti sulla depenalizzazione è dimostrato, tra l'altro, dalla espansione che essa ha registrato dagli anni '70 ad oggi. Alla timidezza dei primi interventi si è progressivamente sostituita una fermezza e un vigore che ne hanno fatto, soprattutto negli anni '90, il principale strumento della deflazione in Italia. Infatti, se in origine la depenalizzazione era frenata dalla carenza di un'organica disciplina della sanzione amministrativa punitiva e, subito dopo, della mancanza di chiari criteri orientativi in sede di scelta tra questa e quella penale, con l'emanazione della fondamentale legge 24 novembre 1981 n. 689 e della circolare della Presidenza del consiglio dei ministri 19 dicembre 1983, i principali ostacoli per un ampio intervento di depenalizzazione sembravano superati. E per l'appunto proprio negli anni '90 prende avvio un intenso processo di depenalizzazione caratterizzato dalla moltiplicazione dei settori normativi interessati, dalla diversificazione delle tipologie sanzionatorie amministrative e dall'innalzamento del loro coefficiente di afflittività.

Nel presente lavoro si intende ricostruire i tratti essenziali del complesso fenomeno della deflazione penale. A tal fine si è scelto di articolare la trattazione in due parti. La

prima è dedicata ad un inquadramento generale del suddetto fenomeno e delle sue più rilevanti forme di manifestazione; la seconda, invece, è riservata ad un esame delle principali tappe della depenalizzazione e delle correlate problematiche, con particolare attenzione a quelle connesse all'impiego della sanzione amministrativa, della quale si analizzano tipologie e disciplina.

PARTE I

LA DEFLAZIONE PENALE
E LE SUE FORME DI MANIFESTAZIONE

CAPITOLO I

LA DEFLAZIONE PENALE. ASPETTI GENERALI.

SOMMARIO: 1. La nozione di deflazione come reazione all'inflazione penalistica. — 2. I fattori endogeni dell'inflazione penalistica: evoluzioni storiche e crisi del principio di offensività. — 3. (Segue). I fattori esogeni dell'inflazione penalistica: gli obblighi derivanti dall'ordinamento UE e CEDU. — 4. Le ricadute dell'ipertrofia penalistica *in the books* e *in the facts*. — 5. La rinascita dell'*idea di scopo* come motore trainante il processo di deflazione in Italia. — 6. (Segue). Le elaborazioni lisztiane dell'*idea di scopo*. — 7. La duplice dimensione dell'*idea di scopo*: profili teorici ed empirici. — 8. I profili teorici dell'*idea di scopo* tra abolizionismo e riduzionismo. — 9. (Segue). L'abolizionismo. — 10. (Segue). L'abolizionismo di Louk Hulsman: più modelli per la risoluzione dei conflitti. — 11. (Segue). Il riduzionismo. — 12. I profili empirici dell'*idea di scopo*: le conseguenze di un diritto penale orientato all'empiria. — 13. Le molteplici forme della deflazione penale.

1. *La nozione di deflazione come reazione all'inflazione penalistica.*

Con il termine *deflazione* si allude ad un insieme di meccanismi eterogenei (legislativi, processuali, esecutivi e, in talune più ampie accezioni, financo fattuali) che incidono in varia misura sull'ordinamento penale al fine di contenere la sua tendenza espansiva e le disfunzioni da questa derivanti¹.

Infatti, tale tendenza, non ignota neppure agli ordinamenti penali stranieri², ha assunto in Italia “più che altrove caratteri di macroscopicità”³ e ha gradualmente determinato la necessità di intervenire, in prospettiva di deflazione appunto, attraverso scelte politico-criminali diversificate secondo i vari momenti di funzionamento del sistema giuridico penale (produzione legislativa, celebrazione del processo, applicazione della pena) e le patologie — connesse proprio all'ipertrofia penalistica — che in quei momenti si manifestano. Pertanto, solo la comune *finalità* cui i suddetti meccanismi intendono assolvere consente di ri(con)durli tutti, nonostante la loro molteplicità e la loro multiformità, nell'ambito dell'ampia nozione di deflazione.

¹ Pare opportuno precisare che nel caso della c.d. *deflazione di fatto* il contenimento del sistema penale e delle sue disfunzioni non sempre viene consapevolmente perseguito dall'ordinamento e dai soggetti che in esso operano ma, piuttosto, è la conseguenza eventuale e involontaria di determinati prassi e fenomeni.

² Sul punto vedi C. E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*» - *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 3 ss.

³ A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 729.

Il quadro estremamente disomogeneo e complesso della deflazione si semplifica, tuttavia, allorché si distolga l'attenzione dalla tipologia dei meccanismi che in essa rientrano, per volgerla alle ragioni più profonde che hanno storicamente determinato il suo sviluppo (e che tuttora vengono addotte dal legislatore per giustificare gli interventi riformistici che di tanto in tanto, sia pure in modo settoriale e sovente maldestro, modificano il nostro sistema criminale con intenti "decongestionanti"). Tali ragioni sono essenzialmente due, la prima di carattere teorico, la seconda, invece, di carattere prevalentemente empirico: *a)* restituire al diritto penale un volto più conforme al *principio di sussidiarietà* che, nella sua più tradizionale elaborazione, impone, come noto, di utilizzare la sanzione penale solamente quando ulteriori strumenti di controllo sociale non siano idonei a conseguire analoghi livelli di prevenzione e repressione di quel determinato comportamento illecito⁴; *b)* disporre di un sistema penale *in action* (più) efficiente. A guardare i fatti, però, pare non potersi negare che la seconda delle predette ragioni finisca per prevalere rispetto alla prima; infatti, nonostante che i governi di turno si proclamino favorevoli alla creazione di un "diritto penale minimo", in attuazione del principio di sussidiarietà, essi poi perlopiù attuano politiche legislative di stampo emergenziale non di rado irrazionali; politiche, cioè, mosse piuttosto — quantomeno stando alle dichiarazioni ufficiali — dalla ferma volontà di risolvere l'annosa "questione giustizia" (e quindi di restituire efficienza al sistema giudiziario) e talora rivelatrici, paradossalmente, di un atteggiamento politico-criminale di stampo panpenalistico⁵. In realtà, è di tutta evidenza che il principio di sussidiarietà — anche alla luce delle sue più recenti elaborazioni⁶ — non preclude affatto la costruzione di un

⁴ "Occorre ... riconoscere in linea di massima il limitato effetto general- e specialpreventivo del diritto penale *in sé*, a fronte di una notevole efficacia sulle condotte degli *altri* sistemi di controllo sociale (famiglia, scuola, civiltà). Si registra anzi una perdita di efficacia politico-criminale allorché il diritto penale sia considerato isolatamente dalle altre forme di controllo sociale", C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 513.

⁵ A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, p. 46.

⁶ Alla tradizionale sussidiarietà *in astratto*, intesa quale principio per orientare la discrezionalità legislativa in sede di criminalizzazione (si pensi alla circolare della Presidenza del Consiglio dei ministri del 19 dicembre 1983, che indicava tra i criteri per la scelta tra sanzione penale e amministrativa, per l'appunto, il principio di sussidiarietà), si è più di recente affiancata una sussidiarietà *in concreto*, quale principio che impone al giudice di valutare, con riferimento al fatto sottoposto al suo giudizio, se l'applicazione della sanzione penale sia necessaria per il perseguimento della finalità proprie dell'ordinamento criminale. "Si profila quindi una nuova e diversa sussidiarietà contemporanea. L'*extrema ratio* non può riguardare solo la fase della minaccia della pena e delle scelte di criminalizzazione, ovvero i programmi di depenalizzazione e l'introduzione nel sistema di pene pecuniarie o alternative al carcere; non può aver cessato di svolgere le sue funzioni dopo la fase della comminatoria astratta contenuta nel catalogo dei delitti e delle pene utilizzabili dal giudice. L'*extrema*

sistema *in action* più efficiente ma costituisce proprio lo strumento dogmatico attraverso il quale perseguire tale obiettivo conferendo agli interventi legislativi, animati da più o meno palesati intenti deflativi, quella coerenza e quella organicità delle quali, in linea tendenziale, risultano carenti.

Ad ogni modo, sussidiarietà ed efficienza restano i principi sotto la cui egida la deflazione complessivamente considerata si sviluppa e l'ordinamento penale mira a riappropriarsi della sua funzione, dalla quale l'elefantiasi normativa sembra vieppiù allontanarlo. Attraverso di essi l'ordinamento tende, cioè, verso il suo *scopo* (vale a dire, essenzialmente, la tutela dei beni giuridici) e, quindi, verso il recupero di quella legittimazione di cui l'ipertrofia penalistica — e le disfunzioni da questa derivanti — lo rendono carente. Pertanto, i principi di sussidiarietà ed effettività rappresentano le due anime — rispettivamente, teorica ed empirica — dell'idea di scopo, le quali si svelano nitidamente nella deflazione. In particolare, l'idea di scopo rivela la sua dimensione: teorica, nel momento in cui — alla stregua del primo dei succitati principi — orienta la discrezionalità legislativa verso soluzioni extrapenali, qualora queste offrano livelli di tutela sufficienti; empirica, nel momento in cui, invece, essa — alla stregua del secondo — suggerisce al legislatore di tenere sempre un occhio rivolto alle istanze provenienti dall'ordinamento giuridico *in action*⁷.

2. I fattori endogeni dell'inflazione penalistica: evoluzioni storiche e crisi del principio di offensività.

Benché lo scenario delle ragioni poste alla base degli interventi deflativi, come si è visto, sia piuttosto semplice, resta il fatto che la deflazione è un fenomeno assai complesso che assume sembianze eterogenee, diversificate in relazione ai fattori che contribuiscono ad alimentare l'ipertrofia penalistica e, ancora di più, in relazione alle varie disfunzioni che quest'ultima produce nell'ordinamento criminale. Prima di esaminare quante e quali siano le forme di manifestazione della deflazione, pare doveroso richiamare innanzitutto proprio i principali *fattori* che hanno concorso a

ratio, invece, continua a ispirare — *rectius*: dovrebbe ispirare — “dialetticamente” il sistema penale anche nella fase dell'applicazione e dell'esecuzione, e richiede qui un'attiva collaborazione della magistratura, ma allo stesso tempo una rinnovata fiducia in spazi di discrezionalità che le andranno affidati e in un impiego di *conoscenze empiriche* (con i relativi costi di acquisizione), di cui dovrà essere dotata”, M. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, pp. 82-83.

⁷ Vedi *infra*, sub par. 5.

determinare l'espansione del penalmente rilevante e, poi, le *problematiche* alle quali essa ha dato vita.

Per quanto concerne i suddetti fattori, in via preliminare è opportuno precisare che mentre alcuni hanno carattere *endogeno*, poiché appartengono a vicende — fisiologiche o patologiche, secondo i casi — della vita interna dell'ordinamento, altri hanno invece carattere *esogeno*, poiché rappresentano il modo in cui ordinamenti diversi da quello italiano incidono, ciascuno in modo peculiare, su quest'ultimo. Riserviamo il presente paragrafo ad un *excursus* dei fattori endogeni dell'inflazione penalistica e rinviando al successivo per un rapido cenno ai più rilevanti fattori esogeni.

A) L'ipertrofia penalistica muove i primi passi nella seconda metà dell'Ottocento, parallelamente *all'affermarsi dello Stato liberale di diritto* e delle prime codificazioni unitarie. «Questa prima crescita è direttamente imputabile ad un vasto *processo di giurisdizionalizzazione*, collegato all'affermarsi del «monopolio penale del terzo potere» quale principio fondamentale dello Stato di diritto: un processo che ha significato il trasferimento al giudice criminale delle infrazioni minori, in precedenza punite dagli organi dell'esecutivo»⁸. Si è avuta, cioè, la trasformazione di molti illeciti amministrativi e di polizia in illeciti penali in nome di vieppiù crescenti istanze garantistiche che, paradossalmente, finivano con l'essere soddisfatte mediante un «aggravamento del trattamento sanzionatorio»⁹ riservato ai trasgressori. Così, il neonato progetto di codificazione, che mirava a semplificare e riordinare un panorama legislativo sempre più fitto di norme penali, in realtà finì semplicemente con l'inserire all'interno di un unico testo normativo fattispecie prima estranee all'ambito criminale, avallando la tendenza legislativa a moltiplicare il numero dei comportamenti sanzionati penalmente.

B) L'inflazione penalistica prende poi vigore dalla *trasformazione dello Stato liberale di diritto nello Stato sociale di diritto*, interventista e regolatore di molti settori della vita dei propri cittadini. In questo nuovo contesto, profondamente intriso di aspirazioni legalitarie, la politica di governo poggia, per l'appunto, su un vasto intervento di legificazione che regolamenti le varie attività sociali e il cui rispetto sia

⁸ C. E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*» - *Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., p. 13. L'incremento della normazione penale parallelamente all'affermarsi dello Stato liberale non è fenomeno di rilievo esclusivamente nazionale; infatti, esso ha interessato tutta l'Europa continentale. Per quanto specificamente concerne l'Italia, il summenzionato *processo di giurisdizionalizzazione* prese le mosse già con le codificazioni preunitarie e culminò con l'emanazione della legge 20 marzo 1985, n. 2248, la quale devolvette al giudice ordinario la giurisdizione in merito a talune cause per contravvenzioni (art. 2, allegato E), finendo di fatto per attribuire *in toto* alla sanzione penale la funzione preventiva e repressiva degli illeciti. *Amplius, ibi*, p. 12 ss. e, in particolare, pp. 20-21.

⁹ F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 14.

“garantito” dalla sanzione penale. Quest’ultima diventa, quindi, il presidio non solo dei beni giuridici tradizionali rispetto a nuove forme di aggressione, ma anche di beni giuridici emergenti, non ancora capaci di catalizzare il consenso sociale ma, nonostante ciò, ritenuti dal legislatore meritevoli di tutela proprio alla luce di una politica interventista. Come si sa, l’enucleazione di nuove oggettività giuridiche appartiene alla fisiologia di ogni sistema penale, il quale si evolve nell’anelito di rispecchiare gli inevitabili mutamenti della sensibilità giuridica propria del contesto sociale che lo ha prodotto; pertanto, laddove la coniazione di fattispecie positivizzi una concreta trasformazione socio-giuridica, l’ordinamento altro non fa che adeguarsi alla realtà. Tuttavia, talora il bene giuridico non pre-esiste (come invece dovrebbe secondo la concezione più tradizionale) alla disposizione legislativa ma, piuttosto, costituisce rispetto ad essa un *posterius* che è possibile identificare solo per mezzo dell’interpretazione; operazione, quest’ultima, di regola non semplice e comunque dagli esiti non sempre univoci. In casi come questo, quindi, l’ordinamento penale non prende atto di una trasformazione sociale avvenuta o *in fieri*, ma assume una funzione, per così dire, *propulsiva*, di orientamento del sentire giuridico collettivo verso interessi non ancora percepiti dai più come meritevoli di protezione o verso modelli di comportamento auspicabili; una funzione pedagogica in senso deteriore che, cioè, non si limita a rinsaldare i valori esistenti ma ne promuove di nuovi¹⁰.

¹⁰ Come noto, il dibattito dottrinale in ordine alle funzioni del diritto penale vede contendersi il campo due teorie.

In base alla prima, il diritto penale deve tendenzialmente limitarsi ad assolvere una funzione repressivo-conservativa, cioè a tutelare beni giuridici già consolidati nella sensibilità collettiva stante, per un verso, la sua stretta dipendenza dal consenso sociale (vedi, diffusamente, M. ROMANO, *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, p. 413 ss.; E. MUSCO, *Consenso e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 80 ss.; C. E. PALIERO, *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849 ss.) e, per l’altro, la sua ineliminabile componente offensiva che si esprime nel contenuto della sanzione inflitta al reo; la funzione promozionale del diritto penale è legittima nella misura in cui esso si limiti ad anticipare la tutela di beni che la collettività *ancora* non percepisca come meritevoli di protezione (ma che si possa ragionevolmente presumere riterrà tali entro un lasso di tempo piuttosto breve; vedi S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 533).

In base alla seconda teoria, invece, il diritto penale può assolvere una funzione promozionale tutelando anche beni non consolidati nella sensibilità giuridica collettiva, in attuazione del principio solidaristico che permea il nostro ordinamento giuridico *ex artt. 2 e 3 Cost.*

Giova comunque precisare che la dottrina aderisce per la maggior parte alla prima delle suddette teorie, evidenziando che altrimenti il diritto penale si allontanerebbe troppo dai principi di sussidiarietà e di frammentarietà e si esporrebbe al rischio di strumentalizzazioni illiberali, S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, cit., pp. 524-525. Vedi altresì *infra*, sub nt. 14.

C) Si è andato così consolidando un fenomeno di *svuotamento della categoria del bene giuridico*¹¹ e, in particolare, del *bene giuridico costituzionalmente orientato*¹², che ha inevitabilmente determinato la *crisi del principio di offensività*. È noto, infatti, che tale principio “nasceva come criterio di controllo — sul piano delle tecniche di tutela — della necessaria «costituzionalizzazione» degli interessi protetti, ovvero come «cerniera di chiusura» di quel sistema; ebbene, con la progressiva dequotazione del bene giuridico e la sua riconsegna al libero arbitrio della politica criminale, il principio di offensività ha progressivamente perduto il proprio *ubi consistam*, riducendosi, per lo più, a codice descrittivo capace di visualizzare la struttura della fattispecie alla volta considerata, più che a criterio in grado di controllarne la legittimità. (...) Tuttavia, la perdita dell’originario ruolo egemone nella teorica del «bene giuridico costituzionalmente orientato», e l’appiattimento su una funzione sostanzialmente servile o pedissequa, non

¹¹ F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 453 ss.

¹² Nella teorica del bene giuridico la Costituzione assume, secondo gli orientamenti, un ruolo positivo di vero e proprio fondamento del diritto criminale oppure un ruolo meramente negativo di limite alle opzioni di criminalizzazione.

Alla stregua del primo orientamento (F. BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, cit., p. 7 ss.), è legittima la norma penale che sanzioni *condotte concretamente offensive di beni giuridici riconosciuti dalla Costituzione* anche in modo implicito o indiretto (come, ad esempio, i diritti inviolabili presidiati dalle convenzioni internazionali e rilevanti *ex art. 2 Cost.*) o legati a quelli da un rapporto di presupposizione necessaria. Si elabora, così, un *principio di necessaria lesività* di rilievo costituzionale implicante “da un lato, un obbligo di riconversione ermeneutica in chiave sostanzialistica (votato a garantire un sufficiente livello di offensività) non solo per fattispecie incentrate su presunzioni di pericolosità, ove possibile, bensì pure per i reati di attentato, per le ipotesi punibili di istigazione non accolta o di mero accordo a commettere un reato, per i reati a dolo specifico radicati su di una condotta «in sé neutra», per i c.d. reati di sospetto; e, dall’altro, un tendenziale ostracismo — culminante nell’eventuale questione di costituzionalità — per tutte quelle categorie di fattispecie che, per motivi di struttura (come, appunto, talune ipotesi di pericolo presunto), o di contenuto (ad esempio, i reati di opinione), risultassero insuscettibili di una tale riconversione”, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutica, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005, p. 49.

Alla stregua del secondo orientamento (P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982, p. 49 ss.), la norma penale può tutelare non solo gli interessi che trovino nella Costituzione un riconoscimento più o meno esplicito, ma anche quelli che con essa *non siano incompatibili*. L’apertura a interessi non confliggenti con la Costituzione scongiura il rischio di paralisi del sistema punitivo, che sarebbe altrimenti incapace di adeguarsi ai mutamenti delle istanze collettive di tutela. Tuttavia, allo stesso tempo, fa sì che il riferimento costituzionale diventi criterio di legittimazione della tutela penale di “ogni tipologia di beni o interessi che possano dirsi anche solo indirettamente riconnessi ad un bene considerato nella legge fondamentale (...). Così, e in altri termini, il rigetto della tesi dei beni di rilievo costituzionale ha segnato la rinuncia a ricercare una teoria «cogente e prescrittiva» *in positivo* del bene giuridico. Salvo quanto espressamente e direttamente riconosciuto da una norma costituzionale come diritto (e/o libertà), infatti, si ammette — non senza una certa disillusione — che «tutto il “resto” (cioè gli altri oggetti di tutela), è già potenzialmente “bene giuridico”», V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutica, parametro di ragionevolezza*, cit., p. 72.

hanno condannato il principio di offensività all'estinzione, ma, piuttosto, ne hanno determinato un progressivo ridimensionamento"¹³. Infatti, esso ha costituito — con il principio di materialità e del *nullum crimen sine iniuria* — uno strumento di difesa contro le tendenze soggettivistiche del diritto penale e ha assunto il ruolo di canone ermeneutico per la ricostruzione delle fattispecie.

Conseguentemente al ridimensionamento della rilevanza del bene giuridico (e dell'offesa) in sede di criminalizzazione, si è inoltre affermata la tendenza ad *utilizzare la pena* (non tanto, per l'appunto, in *funzione strumentale* alla tutela di determinati beni giuridici, quanto piuttosto) *in funzione simbolica*¹⁴, in ragione della sua peculiare valenza stigmatizzante. Come si sa, la legislazione simbolica nasce perlopiù con l'intento di rassicurare la collettività in ordine alla capacità dello Stato di prendersi carico dei disagi sociali con una reazione decisa e forte come è quella dell'utilizzo della sanzione penale e si alimenta della perdurante sovrapposizione di *politica criminale* e *politica punitiva*¹⁵. In altri termini, a causa della mancanza di programmi di politica

¹³ *Ivi*, pp. 75-76.

¹⁴ A. BARATTA, *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, cit., pp. 19-49; M. DONINI, *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato "costituente" per la riforma del codice*, in *La riforma della legislazione penale complementare: studi di diritto comparato*, a cura di M. Donini, Padova, 2000, pp. 37-42; S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000, pp. 53-58.

Vedi altresì S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, cit., p. 491 ss., con gli ulteriori riferimenti bibliografici. In particolare, quest'ultimo A. distingue "diverse tipologie di «simbolismo» penale: la forma (...) delle leggi simboliche «di appello morale» (...), ovvero «identificatorie» o «declaratorie» o «di principio» (...); e poi: leggi simboliche «pacificatorie», miranti a placare l'irrequietezza anche grave che dati fenomeni (...) possono suscitare nella popolazione; ancora: leggi simboliche «emotivo-conflittuali», intese a rielaborare in termini penalistici conflitti non risolvibili attraverso la pena (così nell'ipotesi di criminalizzazione dell'aids-carrier, mentre decisiva sarebbe com'è ovvio un'ancora più consistente evoluzione del sapere medico scientifico)", *ivi*, pp. 494-495.

Lo stesso A., poi, osserva che nel diritto penale la funzione strumentale e quella simbolica non sono incompatibili ma possono coesistere, a patto che la seconda non prevarichi la prima: "la norma penale (...) serve a proteggere beni giuridici o in ogni caso a garantire un preesistente e riconoscibile «scopo di tutela», e non può per converso assolvere in via primaria una missione «educativa» o «etico-sociale». (...) Rimarcare la «primazia» delle funzioni strumentali non significa tuttavia negare la rilevanza di funzioni *anche* simboliche che il sistema penale oggettivamente e metastoricamente possiede e sulle quali si è *da sempre* fatto affidamento, nella supposizione circa la loro legittimità; nella prassi di ogni sistema sociale, infatti, funzione strumentale e funzione simbolica sono strettamente intrecciate, e la distinzione tra l'una e l'altra risulta possibile solo in una prospettiva analitica, in termini comunque di predominanza e non di esclusività", *ivi*, pp. 498-499; vedi altresì, *ivi*, p. 501, in particolare, nt. 35.

Con riferimento alla legislazione simbolica vedi altresì C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., p. 537.

¹⁵ Invero, *politica criminale* e *politica punitiva*, avendo ciascuna una propria autonomia ontologica, dovrebbero rimanere nettamente distinte. Infatti, la prima consiste di tutte le strategie di prevenzione e repressione dell'illegalità, come possono essere la pianificazione di interventi volti a ridurre la marginalità sociale (e quella parte di criminalità che da questa origina) o, per altro verso, ad incrementare l'efficienza dei sistemi di vigilanza in quei settori (quello economico, ad esempio) in cui si propagano le

criminale organici e razionali e dell'utilizzo della pena anche al di fuori di una logica di stretta necessità di tutela di individuati beni o interessi giuridici, la politica punitiva esonda dal proprio alveo, diventando il principale strumento di controllo sociale possibile, cioè il principale (se non unico) strumento della politica criminale complessivamente intesa¹⁶.

3. *(Segue). I fattori esogeni dell'inflazione penalistica: gli obblighi derivanti dall'ordinamento UE e CEDU.*

Con riguardo ai fattori esogeni della tendenza espansiva del diritto penale, si intende in questa sede richiamare i vincoli gravanti sul legislatore nazionale che derivano, innanzitutto, dall'ordinamento comunitario e, poi, dall'adesione, nell'ambito delle convenzioni adottate dal Consiglio d'Europa, alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo, considerata l'attenzione riservata a tale argomento da alcune pronunce giurisprudenziali nazionali anche piuttosto recenti.

A) *Per quanto concerne gli influssi prodotti sull'ordinamento italiano dall'ordinamento CE/UE*, da sempre pacificamente si esclude che in capo agli organi comunitari esista una potestà legislativa penale *diretta*¹⁷. Ciò per le ormai note ragioni; cioè non solo per la ferma resistenza degli Stati a subire interferenze extrastatali nelle loro opzioni politico-criminali, ma anche per gli ostacoli — allo stato attuale insormontabili — frapposti dal *principio di legalità*: a) mancanza di un'apposita disposizione legislativa che attribuisca ai predetti organi siffatta potestà; b) *deficit democratico*.

forme più insidiose di delinquenza; oppure, la predisposizione di concreti programmi di risocializzazione dei detenuti socialmente emarginati (che costituiscono una parte significativa della popolazione carceraria), al fine di contenere il rischio di contagio criminale e di facilitarne il reinserimento in società. La seconda, invece, rappresenta solo una parte della politica criminale e si riferisce al solo impiego della sanzione penale.

¹⁶ Vedi C. E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, p. 426.

¹⁷ In argomento vedi M. DELMAS-MARTY, *Les chemins de l'harmonisation pénale. Objectifs et méthodes*, in *Les chemins de l'harmonisation pénale*, a cura di M. Delmas-Marty, M. Pieth, U. Sieber, Parigi, 2008; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, p. 177; B. SCHÜNEMANN, *Un progetto alternativo per l'uropeizzazione del diritto penale*, in *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, a cura di B. Schünemann, versione italiana a cura di V. Militello, Milano, 2007, p. 10 ss.; U. SIEBER, *Unificazione europea e diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 976; G. DANNECKER, *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 961 ss., con gli ulteriori riferimenti bibliografici; vedi altresì *Il diritto penale nella prospettiva europea*, a cura di S. Canestrari e L. Foffani, Milano, 2005.

Al contempo, altrettanto pacificamente si riconosce che l'Unione Europea influisce *indirettamente*, in misura più o meno cogente, sulle scelte legislative nazionali, per l'ormai consolidato principio del *primato del diritto comunitario* su quello interno¹⁸.

L'influsso certamente più rilevante — in considerazione della possibilità di avviare a carico dello Stato inadempiente la procedura di infrazione e, se del caso, di applicare le sanzioni comunitarie previste — è esercitato nell'ambito del c.d. *primo pilastro*, ad opera non solo della giurisprudenza della Corte di Giustizia Europea, la quale fa discendere dal principio di *fedeltà comunitaria* (art. 10 Tr. CE) veri e propri *obblighi di penalizzazione* di determinati comportamenti illeciti¹⁹; ma anche degli stessi organi comunitari, attraverso regolamenti e direttive che vincolano ciascuno degli Stati membri a individuare il trattamento sanzionatorio più opportuno per le condotte dai suddetti organi definite come illecite. Tali obblighi devono essere adempiuti dal legislatore statale nel rispetto di vari principi, in particolare quelli di *proporzione*, *necessarietà* e, quindi, *sussidiarietà*²⁰ dell'intervento penale e, infine, *assimilazione*²¹, con l'obiettivo di

¹⁸ Come si sa, il *principio del primato del diritto comunitario* sul diritto interno viene affermato, per la prima volta, nella sentenza *Costa c. ENEL* (CGCE, 15 luglio 1964, C-6/64) e, successivamente, nella sentenza *Amministrazione delle Finanze c. Simmenthal* (CGCE, 9 marzo 1978, C-106/77). Da tale principio la giurisprudenza comunitaria fa discendere numerosi vincoli non solo per il legislatore ma anche per il giudice nazionale. Questi, infatti, è titolare di un potere/dovere di interpretazione adeguatrice della normativa interna a quella comunitaria e di disapplicazione della stessa se confliggente con quest'ultima; nonché di un potere/dovere di interpretazione conforme non solo degli atti comunitari di primo pilastro ma anche di quelli di terzo pilastro (cioè, atti privi di efficacia diretta). Tra le pronunce giurisprudenziali sul tema, di indubbio rilievo è la sentenza *Pupino* (CGCE, Grande sezione, 16 giugno 2005, C-105/03); “con questa importante decisione — sulla scorta di un generale “obbligo di fedeltà all'Unione” e della (peraltro solo parziale) similitudine tra direttive e decisioni quadro (art. 249, terzo comma, TCE e art. 34, par. 2, lett. b, TUE) — è stato appunto esteso l'obbligo di interpretazione conforme delle decisioni quadro, così ponendo le premesse per una generosa estensione dello strumentario ermeneutico del singolo giudice in un contesto dove proprio tali strumenti normativi rappresentano i meccanismi più frequentemente utilizzati per promuovere l'armonizzazione dei sistemi penali dei diversi paesi membri. E ciò, con i soli limiti segnati dal rispetto dei “principi generali del diritto ed in particolare di quelli di certezza del diritto e di non retroattività”, e dall'inammissibilità di un esito ermeneutico consistente nella determinazione o nell'aggravamento della responsabilità penale del singolo (oltre che del limite “logico” posto dal divieto di una interpretazione *contra legem*)”, V. MANES, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in *L'interpretazione conforme al diritto penale in materia comunitaria*, a cura di F. Sgubbi, V. Manes, Bologna, 2007, p. 9 ss. e, in particolare, p. 14.

¹⁹ Per un *excursus* della giurisprudenza della Corte di Giustizia in merito all'interpretazione dell'art. 10 Tr. CE, vedi A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 76 ss.

²⁰ Di particolare rilievo CGCE, ord. 13 luglio 1990, C-2/88, *Zwartveld*, in *Racc.*, 1990, p. 3365; CGCE, sent. 28 gennaio 1999, C-77/97, *Unilever*, in *Racc.*, 1999, p. 431.

²¹ Vedi A. BERNARDI, *La depenalizzazione e le sue diverse forme*, in A. BERNARDI, I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Padova, 2008, p. 26 ss. con i riferimenti giurisprudenziali. In argomento vedi altresì G. GRASSO, *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica degli Stati membri: nascita di una “politica criminale europea”?*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 77 ss.; S. MANACORDA, *L'efficacia*

optare in ogni caso per sanzioni “effettive, proporzionate, dissuasive”²². Di rilievo minore è, invece, l’influsso esercitato dall’Unione per mezzo delle convenzioni e delle decisioni quadro adottate nell’ambito del c.d. *terzo pilastro*, in quanto le convenzioni devono essere ratificate dai singoli Stati e le decisioni quadro possono essere approvate solo all’unanimità; poi, nel caso di inottemperanza alle indicazioni contenute in queste ultime, non è attivabile alcuna procedura sanzionatoria, cosicché lo Stato ha qui un margine di autonomia certamente più ampio rispetto a quello di cui dispone nel primo pilastro²³.

È dunque un fatto che l’espansione del diritto penale trovi un canale di alimentazione anche nell’ordinamento comunitario. E a questo proposito è doveroso sottolineare che il legislatore nazionale, nel recepimento delle indicazioni comunitarie, sovente ha dato prova della sua scarsa attitudine a tradurle in impianti normativi organici e razionali. Tuttavia, se è vero che dal suddetto ordinamento arrivano talora inequivocabili impulsi

espansiva del diritto comunitario sul diritto penale, in *Foro it.*, 1995, IV, c. 55 ss.; A. BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Ann. Univ. Ferrara – Sc. Giur. Nuova Serie – Vol. XI – 1997*, p. 145 ss.; ID., *I tre volti del “diritto penale comunitario”*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell’Unione europea*, a cura di L. Picotti, Milano, 1999, p. 82; ID., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in *L’area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2007, p. 261.

²² In questo senso vedi CGCE, sent. 13 settembre 2005, C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, in *Racc.*, 2005, p. 7879. Tale sentenza “ha imposto una fortissima accelerazione, se non un autentico mutamento rivoluzionario, nei rapporti tra diritto nazionale e diritto europeo per quanto concerne la soddisfazione anche penale di obblighi comunitari di tutela, ossia la vincolatività di precise indicazioni comunitarie aventi ad oggetto precetti e, persino sanzioni, da prevedere nei singoli ordinamenti nazionali in relazione a materie di competenza comunitaria”, V. MANES, *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in *L’interpretazione conforme al diritto penale in materia comunitaria*, cit., p. 20.

²³ “la Commissione non possiede strumenti giuridici per indurre lo Stato inadempiente a riconoscere nei fatti quella vincolatività della decisione quadro sancita dall’art. 34.2 lett. b) Tr. UE. In primo luogo, infatti, a differenza di quanto previsto in ambito comunitario dall’art. 226 Tr. CE, la Commissione non è competente ad attivare la procedura di infrazione, consentita ex art. 35.7 Tr. UE solo su iniziativa degli altri Stati membri. Ma poi, anche in caso di contenzioso tra due Stati, lo Stato inadempiente non potrebbe essere assoggettato ad alcuna sanzione, in quanto nel titolo VI Tr. UE istitutivo del terzo pilastro non esiste una norma equivalente all’art. 228.2 Tr. CE. Si può quindi affermare che, a prescindere dal margine di discrezionalità lasciato ai Paesi membri circa le forme e i mezzi attraverso i quali pervenire ai risultati voluti dalla decisione quadro (e dunque dagli stessi Paesi UE), quest’ultima lascia ai singoli Stati un potere di scelta privo di adeguati argini giuridici in merito al proprio adeguamento o meno ai contenuti normativi della decisione stessa: con il risultato di affidare *in toto* “il ritmo di recepimento del diritto dell’Unione” alle “esigenze della politica”, e dunque di porre in crisi la complessiva credibilità di tale strumento normativo”, A. BERNARDI, *L’armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, cit., p. 101. In merito vedi, altresì, L. SIRACUSA, *Unione europea e diritto penale fra decisioni quadro e direttive. La pronuncia della Corte di Giustizia in materia ambientale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 773 ss.; F. VIGANÒ, *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433 ss.; ID., *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione (sempre più) problematica*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 366 ss.

nel senso della penalizzazione — laddove questi non costituiscano veri e propri obblighi —, è altrettanto vero che il vincolo di utilizzare sanzioni *effettive, proporzionate e dissuasive* impone altresì al legislatore di adottare sanzioni extrapenali, laddove queste assicurino *standard* di tutela analoghi a quelli offerti dalla sanzione penale.

Si pensi, ad esempio, alla normativa sul c.d. *market abuse* introdotta dalla legge comunitaria del 2004 (legge 18 aprile 2005, n. 62) in recepimento della direttiva 2003/6/CE²⁴, la quale consentiva agli Stati membri di articolare l'impianto sanzionatorio su un doppio binario penale-amministrativo, riservando agli organi comunitari — a norma dell'art. 5 del Tr. CE — la facoltà di intervenire in via sussidiaria qualora in sede nazionale non venissero assicurati gli *standard* di tutela determinati dalla Commissione (considerando n. 41)²⁵. Il legislatore statale, dunque, avrebbe dovuto orientare le proprie scelte sanzionatorie alla stregua dei tradizionali principi della proporzione e della sussidiarietà dell'intervento penale (oltre che a quelli comunitari, s'intende), ma è di tutta evidenza che i summenzionati principi sono stati radicalmente disattesi. Ad esempio, l'*abuso di informazioni privilegiate* costituisce ad un tempo delitto (184 TUF) e illecito amministrativo (187 *bis* TUF) e, inoltre, la clausola iniziale dell'art. 187 *bis* («Salvo le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato») consente l'applicazione cumulativa delle relative sanzioni, salvo lo scomputo di quella amministrativa dalla omologa penale nell'ipotesi prevista dall'art. 187 *terdecies*²⁶.

²⁴ La direttiva 2003/6/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 28 gennaio 2003, non solo ha modificato la già nota fattispecie di abuso di informazioni privilegiate (c.d. *insider trading*), anch'essa concepita in ambito comunitario con la direttiva 89/592/CEE del Consiglio, del 13 novembre 1989, (recepita in ambito nazionale ma poi, come noto, abrogata e assorbita, sia pure in termini sensibilmente differenti, dalla citata direttiva 2003/6/CE); ma ha pure introdotto quella di *manipolazione di mercato*; entrambe tali fattispecie rientrano nella nuova figura normativa del c.d. *market abuse*. In particolare, il legislatore ha ristretto l'ambito applicativo del reato di aggrigotaggio (art. 2637 c.c.) — originariamente relativo ad operazioni illecite compiute su strumenti finanziari quotati e non — alle operazioni afferenti a strumenti non quotati; al contempo, sotto la differente rubrica di "Manipolazione di mercato" (art. 185 TUF), ha introdotto una fattispecie identica per le condotte illecite ma sanzionata più gravemente in ragione della natura dell'oggetto materiale del reato, costituito da strumenti finanziari quotati.

²⁵ Tali *standard* postulano che le sanzioni predisposte in ambito nazionale siano "sufficientemente dissuasive, proporzionate alla gravità delle violazioni e agli utili realizzati" e che siano "applicate coerentemente" (considerando n. 38, dir. 2003/06/CE). Con specifico riguardo alle misure — anche sanzionatorie — amministrative, l'art. 14 dir. cit. dispone che gli "Stati membri sono tenuti a garantire che tali misure siano efficaci, proporzionate e dissuasive".

²⁶ In sostanza, la suddetta normativa ha inserito nel TUF, non senza suscitare le aspre critiche della dottrina e degli operatori di settore, due fattispecie amministrative analoghe a quelle penali non solo per *nomen iuris* ma anche per contenuti. Basti pensare, ad esempio, che gli unici elementi di differenziazione delle fattispecie — penale e amministrativa — di abuso di informazioni privilegiate (artt. 184 e 187 *bis*), stante la perfetta identità delle condotte sanzionate, riguardano: a) la qualifica dei soggetti agenti, in quanto la legge comunitaria ha depenalizzato il c.d. *tipee trading*, cioè il delitto realizzato dagli *insider secondari* (c.d. *tipee*) ai quali, pertanto, può essere applicata solo la sanzione amministrativa; b) l'equiparazione tra tentativo e consumazione nella sola ipotesi di cui all'art. 187 *bis* (disposizione che

Quasi identici sono, altresì, il reato di *manipolazione di mercato* e il corrispondente illecito amministrativo (tranne che per l'efficacia esimente delle c.d. *accepted market practices* di cui all'art. 187 *ter*, co. 4, TUF) e anche in questo caso è prevista una clausola («Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato») che consente l'applicazione cumulativa delle sanzioni. L'impianto normativo così introdotto — aspramente criticato dai commentatori proprio a causa della sua irrazionalità e del suo rigore repressivo²⁷, per vero unico in Europa — rivela non solo che il legislatore italiano pare consapevole dell'ineffettività della pena e che, proprio per questo, attribuisce alla sanzione amministrativa il ruolo di supplente di quella penale (incurante, peraltro, delle indicazioni, provenienti dall'ordinamento comunitario e da quello interno, che da tempo tentano di sottrarre quest'ultima al ruolo di “ruota di scorta” del sistema punitivo per conferirle, al contrario, una dignità ontologica del tutto autonoma). Ma anche che egli, nel far ciò, è animato dalla convinzione — eccessivamente e forse ingenuamente ottimista — che la sanzione amministrativa goda (o possa godere) di un coefficiente di effettività maggiore di quello proprio della sanzione penale²⁸.

B) *Con riferimento, invece, all'adesione alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo*, tuttora si controverte se da essa derivino per il

peraltro crea un'ingiustificata disparità di trattamento rispetto alla più grave ipotesi di manipolazione di mercato, in relazione alla quale manca per l'appunto un'analoga disposizione). Per una disamina dettagliata dei confini esistenti tra le fattispecie penali e quelle amministrative, vedi F. MUCCIARELLI, *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1465 ss.; G. LUNGHINI, *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1474 ss. Non sorprende, quindi, l'osservazione della Corte di cassazione secondo la quale “l'intero intervento sanzionatorio nella materia del c.d. *market abuse*, attuato dalla citata legge n. 62 del 2005, si caratterizza per una ricorrente replica di norme incriminatrici penali in identici illeciti amministrativi, come ad esempio per le previsioni in tema di abuso di informazioni privilegiate (art. 184 e 187 *bis* d.lgs. n. 58 del 1998), secondo una tecnica legislativa inconsueta, destinata a creare sicuramente notevoli problemi applicativi” (Cass., sez. VI, 3 maggio 2006, n. 15199).

²⁷ L'irrazionalità delle scelte operate dal legislatore nel recepimento della normativa in oggetto è ancor più evidente laddove si pensi a quelle, di segno nettamente contrario, compiute con riferimento a taluni delitti societari (si pensi ai reati di falsità nelle comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 c.c. e ss.).

²⁸ Proprio in prospettiva di assicurare una maggior effettività alla sanzione amministrativa, la nuova normativa è intervenuta “attribuendo all'autorità amministrativa non soltanto poteri d'inchiesta meglio adeguati alle effettive esigenze investigative necessarie per indagare appropriatamente sugli illeciti in materia di abusi di mercato, ma anche ampliando le attribuzioni della Consob ora chiamata a svolgere funzioni di regolamentazione del mercato (con connessi poteri “paragiurisdizionali” o “quasi-giustiziali” di risoluzione delle controversie), di accertamento degli illeciti e di inflizione delle sanzioni”, F. MUCCIARELLI, *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito del market abuse*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 139. In argomento vedi altresì R. RUDORF, *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Le società*, 2005, p. 813 ss.; P. IELO, *Consob: potenziati i poteri investigativi*, in *Guida dir.*, Dossier 5, 2005, p. 108 ss.; S. SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione di mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 14 ss.

legislatore nazionale veri e propri obblighi di penalizzazione. Infatti, il dibattito intorno al tema — già caro alla dottrina d'oltralpe — dell'influsso esercitato sul diritto interno dalla CEDU (e dai principi che da essa discendono per il tramite dell'interpretazione che ne fa la Corte di Strasburgo) si è fatto acceso negli ultimi anni anche in Italia. I primi segnali di interesse vennero, come noto, dai processualpenalisti, sull'onda anche di numerose condanne che la suddetta Corte emanò contro il nostro Paese per violazione dei principi del giusto processo e, in particolare, della ragionevole durata dello stesso²⁹. Ultimamente, tuttavia, pure gli studiosi di diritto penale sostanziale si sono interessati del tema in oggetto e hanno individuato l'esistenza, a carico del legislatore italiano, dei seguenti vincoli: *a*) sanzionare in chiave penale esclusivamente i comportamenti lesivi dei diritti fondamentali dell'uomo riconosciuti dalla CEDU, dal momento che la pena di per sé stessa comprime diritti umani fondamentali; *b*) astenersi dal configurare, in relazione a tali comportamenti, cause di esclusione della pena *lato sensu* intese (scriminanti, scusanti, esimenti, etc.)³⁰.

²⁹ L'attenzione rivolta ai problemi derivanti dall'eccessiva durata dei processi ha determinato, innanzitutto, l'adozione della legge 23 novembre 1999, n. 2 che ha costituzionalizzato i principi del giusto processo (art. 111 Cost.); e, successivamente, l'adozione della c.d. "legge Pinto" (l. 24 marzo 2001, n. 89) che statuisce all'art. 2, co. 1: "Chi ha subito un danno patrimoniale o non patrimoniale per effetto di violazione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, ratificata ai sensi della legge 4 agosto 1955, n. 848, sotto il profilo del mancato rispetto del termine ragionevole di cui all'articolo 6, paragrafo 1, della Convenzione, ha diritto ad una equa riparazione".

³⁰ Nello stesso senso la giurisprudenza europea "ritiene che dal catalogo dei diritti riconosciuti dalla CEDU e dai protocolli addizionali derivino agli Stati non solo obblighi c.d. *negativi* (consistenti, cioè, in altrettanti *divieti* di violare tali diritti fondamentali attraverso condotte dei propri organi legislativi, esecutivi o giudiziari), ma anche obblighi *positivi* di tutela, dedotti dall'obbligo generale di rispetto dei diritti fondamentali posto a carico di ciascuno Stato membro *ex art. 1 CEDU*: obblighi, cioè, di attivarsi *per impedire la lesione di tali diritti da parte dei terzi*, ovvero — quando la lesione si sia verificata — per assicurare *la scoperta e un'adeguata repressione della medesima*", F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., pp. 60-61. Per una rassegna della giurisprudenza di Strasburgo in merito, vedi *ivi*, p. 61 ss.

Inoltre, si ricordi che la CEDU impone vincoli pure in ordine al trattamento sanzionatorio penale, peraltro adottando un concetto di materia penale assai ampio e indipendente dalle qualificazioni formali di ogni singolo Stato. Dalla Convenzione in oggetto, invero, discendono il divieto di pena di morte, di utilizzo della tortura, di applicazione di trattamenti inumani o lesivi della dignità umana, di discriminazione. *Amplius* F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 42 ss. con gli ulteriori riferimenti bibliografici. Sul concetto di materia penale elaborato in ambito CEDU vedi *La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, a cura del Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques, diretto da M. Delmas-Marty, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 819 ss.; C. E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 920 ss.; A. BERNARDI, Art. 7, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, p. 256 ss., p. 271 ss.

Più controversi gli esiti della riflessione intorno alle conseguenze derivanti dalla violazione dei suddetti vincoli, soprattutto sul piano dell'ordinamento interno³¹. Infatti, la Corte Costituzionale a lungo ha rifiutato di sindacare la legittimità di una norma interna utilizzando le disposizioni CEDU come parametro interposto alla Costituzione³². Le ragioni di tale rifiuto sono essenzialmente due: *a)* dal momento che le summenzionate disposizioni sono state recepite da una legge ordinaria, hanno esse stesse mero rango legislativo e non possono perciò fungere da parametro di costituzionalità delle leggi; *b)* non è necessario prendere come parametro le disposizioni CEDU dal momento che la nostra Costituzione, riconoscendo per mezzo dell'art. 2 i diritti fondamentali dell'uomo, sia *uti singulus* sia come parte di una formazione sociale, offre direttamente *standard* di tutela quantomeno equivalenti a quelli CEDU, cosicché la violazione di un diritto fondamentale è violazione diretta del testo costituzionale³³.

Tuttavia, piuttosto recentemente, la Corte Costituzionale è tornata sull'argomento, questa volta prendendo una posizione più decisa, con le sentenze n. 348 e n. 349 del 24 ottobre 2007³⁴; essa ha statuito che la violazione dei diritti sanciti nella Convenzione in oggetto, come definiti in base all'interpretazione che di essi è data dai giudici di Strasburgo, integri un'ipotesi di illegittimità costituzionale per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., il quale sottopone la legge nazionale, così come quella regionale, al rispetto

³¹ Nell'ambito dell'ordinamento CEDU, invece, lo Stato è condannato a: *a)* risarcire i danni subiti dal soggetto che abbia proposto ricorso alla Corte lamentando la concreta violazione di un suo diritto fondamentale; *b)* adottare le misure (anche legislative) occorrenti ad eliminare la situazione di contrasto con la Convenzione.

³² Come noto, si ritiene in dottrina che le norme CEDU costituiscano norme interposte alla Costituzione e, pertanto, che la loro violazione si traduca in un *vulnus*, secondo gli orientamenti, de: *a)* l'art. 10 Cost., dal momento che le disposizioni CEDU sono "espressive di principi generalmente riconosciuti a livello internazionale", F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, cit., p. 74; *b)* l'art. 11 Cost., in virtù di un processo c.d. di *comunitarizzazione* del diritto CEDU; "ed in effetti, la giurisprudenza della Corte di Giustizia di Lussemburgo prima, lo stesso Trattato UE all'art. 6, § 2 e poi il preambolo della Carta dei diritti fondamentali di Nizza hanno fatto propri i diritti sanciti dalla CEDU, riconoscendoli come principi generali dello stesso diritto comunitario e dell'Unione, nella estensione loro assegnata dalla "giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e da quella della Corte europea dei diritti dell'uomo" — secondo quanto affermato nel preambolo alla Carta", *ivi*, p. 75; *c)* l'art. 2 Cost., poiché la Carta Fondamentale del nostro Paese riconoscerebbe i medesimi diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU, assicurando ad essi un medesimo *standard* di protezione; *d)* l'art. 117, co. 1, Cost., il quale vincola al rispetto degli obblighi internazionali non solo la potestà legislativa regionale ma anche quella statale. *Amplius*, *ivi*, p. 74 ss.

³³ La maggior parte della dottrina tuttavia è critica in proposito, ritenendo che non sempre la Costituzione offra livelli di protezione pari a quelli offerti dalla CEDU, *ivi*, p. 49 ss.

³⁴ Tali sentenze sanciscono l'illegittimità costituzionale, per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost., del meccanismo di calcolo dell'indennità che la pubblica amministrazione deve corrispondere al proprietario dell'immobile oggetto di un provvedimento di espropriazione.

dei vincoli derivanti dalla stipula di trattati internazionali³⁵. Con un limite non trascurabile: cioè che le norme interposte (cioè le norme CEDU) siano conformi a Costituzione, pena l'adozione degli strumenti giuridici tipici per l'espunzione dall'ordinamento giuridico italiano di una norma illegittima³⁶. "In tal modo, risulta realizzato un corretto bilanciamento tra l'esigenza di garantire il rispetto degli obblighi internazionali voluto dalla Costituzione e quella di evitare che ciò possa comportare per altro verso un *vulnus* alla Costituzione stessa"³⁷.

Tutto ciò considerato, quali che siano i futuri sviluppi del processo di integrazione comunitaria e di internazionalizzazione dell'ordinamento statale anche penale, allo stato attuale non resta che prendere atto del fatto che il processo di criminalizzazione è già sensibilmente influenzato da organi estranei all'apparato istituzionale nazionale. Con questo non si intende certo attribuire la responsabilità dell'ipertrofia penalistica agli ordinamenti che con quello italiano vengono in vario modo ad integrarsi. Si intende semplicemente segnalare l'esigenza che, a fronte delle inequivocabili indicazioni che da essi provengono nel senso di un'effettiva protezione di determinati interessi giuridici, il legislatore finalmente padroneggi gli strumenti sanzionatori (penali e amministrativi) che tale protezione possono assicurare e cominci a trasporre ed attuare quelle indicazioni secondo criteri di politica legislativa che ancorino la sua attività a binari di razionalità.

³⁵ Nel far ciò la Corte ha quindi respinto i percorsi argomentativi che individuavano nella violazione dei diritti CEDU una lesione degli artt. 10 o 11 della Costituzione. In particolare, la Corte esclude che sia leso l'art. 10 Cost. dal momento che quest'ultimo si riferisce in modo esclusivo al diritto internazionale consuetudinario, dal quale inequivocabilmente esula il diritto CEDU; ed esclude altresì la lesione dell'art. 11 dal momento che, tramite l'adesione alla Convenzione in oggetto, lo Stato italiano non ha inteso in alcun modo dare luogo ad una limitazione della propria sovranità, come invece è accaduto con riferimento alla Comunità Europea. In merito vedi, altresì, B. PIATTOLI, *Diritto giurisprudenziale Cedu, garanzie europee e prospettive costituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 262 ss.

³⁶ "Proprio perché si tratta di norme che integrano il parametro costituzionale, ma rimangono pur sempre ad un livello sub-costituzionale, è necessario che esse siano conformi a Costituzione. La particolare natura delle stesse norme, diverse sia da quelle comunitarie sia da quelle concordatarie, fa sì che lo scrutinio di costituzionalità non possa limitarsi alla possibile lesione dei principi e dei diritti fondamentali o dei principi supremi, ma debba estendersi a ogni profilo di contrasto tra le "norme interposte" e quelle costituzionali", C. Cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 348, punto 4.7 considerato in diritto.

³⁷ C. Cost., sent. 24 ottobre 2007, n. 349, punto 6.2 considerato in diritto.

4. *Le ricadute dell'ipertrofia penalistica in the books e in the facts.*

Venendo ora alle problematiche derivanti dalla tendenza espansiva del diritto penale, il panorama che si apre all'osservatore non è di certo meno complesso e articolato di quello sin qui tratteggiato con riferimento ai suoi principali fattori genetici. Infatti, tale tendenza influisce negativamente, in primo luogo, sul diritto penale *in the books*, cioè sul sistema normativo, e in secondo luogo, quasi per un "effetto a cascata", sul diritto penale *in the facts*, cioè sul sistema giuridico calato nella realtà applicativa. Precisamente essa influisce su: A) il numero e la qualità delle norme; B) l'efficienza del sistema giudiziario; C) l'applicazione della sanzione; D) il rapporto tra ordinamento e consociati.

A) Per quanto concerne *il numero e la qualità delle norme*, lo svuotamento della categoria del bene giuridico e la conseguente crisi del principio di offensività³⁸ hanno determinato una proliferazione di norme incriminanti condotte non concretamente lesive di un determinato bene o, per altro verso, prive di un'adeguata ponderazione del disvalore del fatto³⁹. Con l'ulteriore conseguenza che il sistema penale è andato allontanandosi, in misura sempre più significativa, anche dai principi di legalità, tassatività, determinatezza, frammentarietà, colpevolezza.

Si pensi, ad esempio, alla moltiplicazione di reati carenti o del tutto privi di un'oggettività giuridica definita⁴⁰; in particolare, non solo di "reati con bene giuridico vago o diffuso, non chiaramente identificabile nella sua reale consistenza (fede pubblica, economia nazionale, ambiente, ecc.), di fronte all'aumento dei quali si parla di «volatilizzazione» del bene giuridico"⁴¹; ma anche di *reati di scopo*, in cui "manca l'offesa, per l'anticipazione dell'incriminazione a fasi preoffensive⁴² o per la mancanza

³⁸ Vedi *supra*, sub par. 2, lett. C).

³⁹ F. GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1986, p. 198.

⁴⁰ Sul punto vedi F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 192 ss. e p. 207 ss.

⁴¹ *Ivi*, pp. 193-194.

⁴² Sono reati posti a presidio dei c.d. beni giuridici *strumentali*: "la tesi delle oggettività strumentali affonda le sue radici in una comprensibile esigenza politico-criminale di chiara impronta generalpreventiva: in certi contesti, dove il bene giuridico tutelato assume le fattezze di un bene superindividuale, o di un interesse «diffuso», è inopportuno, quanto inefficace, focalizzare la tutela su una ben precisa — e concretamente dimostrabile — lesività per gli interessi in gioco, dovendosi retrocedere su stadi intermedi della progressione offensiva, dove le condotte incriminate, spesso prive di un sostrato fattuale di offesa, sono focalizzate appunto su distinte oggettività giuridiche. Così, per giustificare la legittimità di fattispecie penali stilizzate sull'antidoverosità della condotta si ammette che esse siano immediatamente offensive di un *bene strumentale* alla protezione di un *bene finale* (o *scopo della tutela*), cui pure, in linea di principio, si riconosce rilievo costituzionale" (V. MANES, *Il principio di offensività*

dello stesso bene giuridico”⁴³, tra i quali si annoverano i c.d. *reati-ostacolo* e i c.d. *reati-funzione*, che caratterizzano il moderno «diritto penale accessorio» e sono posti a tutela di una funzione, cioè del modo, affidato dalla legge alla pubblica amministrazione, di risolvere un conflitto di interessi”⁴⁴. E così, il diritto penale dell’offesa è andato inesorabilmente a perdere alcune delle irrinunciabili condizioni per essere razionale ed effettivo⁴⁵.

Oppure, si pensi all’espansione del diritto penale simbolico, che si manifesta in vari modi⁴⁶ tra i quali: a) l’incriminazione dei fatti destanti il maggior allarme sociale (è il c.d. diritto penale dell’emergenza⁴⁷, che si esprime, tra l’altro, nell’introduzione di nuove disposizioni incriminatrici⁴⁸ o, più semplicemente, nell’arretramento della soglia

nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutica, parametro di ragionevolezza, cit., pp. 86-87. “(...) Fuori da ipotesi di questo tipo, nei quali il nesso di strumentalità legittima l’anticipazione della tutela e l’astrazione dell’offesa a uno stadio intermedio, perché la condotta esprime una diretta connessione di lesività con il bene finale, l’interposizione di un dato bene/interesse/valore è semplicemente il risultato di una valutazione politica da parte del legislatore (e/o dell’interprete), che stabilisce attraverso la sanzione penale la attuazione del proprio programma dirigitico”, *ivi*, pp. 89-90. Si pensi, ad esempio, al reato previsto dall’art. 169, d.lgs. 45/2004 che sanziona “la realizzazione di talune attività (ad es. di rimozione, ma anche di semplice restauro del bene) senza la prescritta autorizzazione, ancorché insuscettibile *in concreto* di provocare una lesione all’interesse protetto (l’integrità del patrimonio artistico, *ex art. 9 Cost.*)” in quanto lesive della *funzione di controllo* degli organi amministrativi sulle relative attività, *ivi*, p. 92.

⁴³ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 207.

⁴⁴ *Ivi*, p. 194.

⁴⁵ Si pensi, ad esempio, a come l’incremento dei c.d. *reati di mera creazione legislativa*, vale a dire i reati con bene giuridico difficilmente individuabile o assente, riduca di fatto la conoscibilità dell’ordinamento; cosicché, rispetto ai reati in oggetto, risulterà estremamente difficile: a) per i consociati, rappresentarsi non solo la rilevanza penale del fatto, ma ancor prima quella della generica illiceità giuridica dello stesso; b) per l’ordinamento, formulare nei confronti del reo quel giudizio di rimproverabilità (per non essersi motivato conformemente al diritto) che è uno dei presupposti essenziali per l’applicazione della pena; “se la sanzione penale deve perseguire (o, per lo meno, non rinunciare in partenza a promuovere) la rieducazione del condannato, è necessario che il soggetto realizzi (consapevolmente) un torto di significativa lesività; un torto concentrato, cioè, su un oggetto di tutela suscettibile di essere percepito dall’eventuale trasgressore come entità ben definita, «afferrabile», e stabilizzata nella coscienza sociale”, V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, cit., p. 53.

⁴⁶ Vedi S. BONINI, *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, cit., p. 513 ss.

⁴⁷ M. DONINI, *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 502. In argomento vedi, altresì, S. MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, cit.; F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1980; L. FERRAJOLI, *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi e G. Palombarini, Roma, 2002, p. 15.

⁴⁸ Le suddette disposizioni talora si limitano a punire autonomamente condotte già rilevanti in base a previgenti norme penali a carattere generale, magari con l’obiettivo di prevedere in relazione ad esse un trattamento sanzionatorio più severo. È questo il caso, ad esempio, della nuova fattispecie di cui all’art. 583 *bis* c.p., con il quale il legislatore — introducendo il reato di “pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili” (già punibile *ex artt.* 582 e 583 c.p.) — intendeva rendere più visibile tale reato e

di rilevanza penale di determinati comportamenti⁴⁹) cui fa da *pendant* la scarsa attenzione rivolta ai fatti di minor impatto sull'opinione pubblica ma non meno (anzi, spesso più) offensivi o socialmente destabilizzanti⁵⁰; b) l'innalzamento dei massimi edittali di molte fattispecie già esistenti, talora senza un'analoga variazione dei minimi (il che vanifica, in sede applicativa, l'aspettativa di un maggior rigore repressivo); c) l'introduzione di meccanismi sanzionatori in concreto più severi solamente rispetto a determinati tipi di autore, in particolare a quelli socialmente emarginati (il che incrementa, in concreto, le *chances* di impunità per gli autori più accorti e integrati nel tessuto sociale)⁵¹.

sottoporlo ad una disciplina sanzionatoria più rigida (dal momento che “le pene comminate per le lesioni gravi o gravissime — che secondo l'opinione maggioritaria costituiscono circostanze aggravanti del delitto di lesioni di cui all'art. 582 c.p. — avrebbero (...) potuto subire il “bilanciamento”, *ex art.* 69 c.p., di eventuali attenuanti, così producendo livelli sanzionatori relativamente modesti”, F. BASILE, *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 685). Peraltro, pare doveroso evidenziare che la nuova normativa non assicura affatto che il reo sottostia ad un trattamento sanzionatorio concretamente più severo di quello a lui applicabile ai sensi della disciplina già in vigore: l'art. 583 *bis*, infatti, sanziona le mutilazioni con un minimo edittale addirittura inferiore a quello previsto per le lesioni dolose gravissime e, nel secondo comma, introduce una disciplina sanzionatoria del tutto identica a quella prevista per le lesioni gravi (senza contare l'attenuante ad effetto speciale dell'ultima parte del secondo comma: “La pena è diminuita fino a due terzi se la lesione è di lieve entità”).

⁴⁹ “Questo arretramento si realizza in più modi: parificazione del delitto tentato a quello consumato, incriminazione di atti meramente preparatori, incrementi dei delitti di attentato e di associazione, massiccio ricorso a misure di prevenzione *ante delictum* pesantemente incisive sulle libertà individuali”, L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello ‘scopo’ nella teoria della pena*, Napoli, 1984, pp. 84-85.

⁵⁰ Basti pensare, per un verso, all'acceso dibattito politico sorto nella primavera del 2008 in ordine alla proposta di criminalizzare l'immigrazione clandestina, in risposta ad una pressante istanza di sicurezza pubblica, e sfociato nell'introduzione (ad opera del c.d. “Pacchetto sicurezza”, d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito in l. 24 luglio 2008, n. 125) dell'aggravante di clandestinità di cui all'art. 61, co. 11*bis*, c.p.; per l'altro, alla politica criminale di favore condotta, negli anni immediatamente precedenti, rispetto alla c.d. “criminalità dei colletti bianchi” (come è dimostrato, ad esempio, dalla riforma dei reati di falsità nelle comunicazioni sociali). Quest'ultima, infatti, per l'idoneità a produrre effetti su larga scala, può rivelarsi assai più dannosa per la collettività di quanto non siano i reati c.d. di microcriminalità (si ricordino, ad esempio, le disastrose conseguenze del “caso Parmalat” per migliaia di famiglie italiane).

⁵¹ In questa prospettiva si è mosso il legislatore nella riforma introdotta con la legge c.d. “*ex Cirielli*”, con la quale si è introdotto un trattamento sanzionatorio particolarmente severo nei confronti dei recidivi, che in concreto si identificano per la maggior parte con gli autori di spaccio di stupefacenti o di furti di modesta entità. Per i recidivi, infatti, è preclusa la sospensione condizionale, è limitato lo sconto di pena normalmente previsto per la continuazione, è esclusa la prevalenza delle attenuanti sulle aggravanti, è prevista una peculiare disciplina per la prescrizione. In merito vedi i rilievi di T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir., Dossier 1*, 2006, p. 37; G. MARINUCCI, *Certezza d'impunità per i reati gravi e “mano dura” per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 170 ss. e, in particolare, p. 172; E. DOLCINI, *Le due anime della legge “ex Cirielli”*, in *Corriere del merito*, 2006, p. 55 ss.; ID., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 515 ss. e, in particolare, p. 540 ss.

A ciò si aggiunga che la proliferazione delle norme penali ha da tempo stravolto, per vie di fatto, la tradizionale concezione del rapporto tra codice e legislazione extracodicistica⁵². Come si sa, secondo tale concezione il codice costituisce l'asse portante del sistema giuridico penale dal momento che ne individua, più o meno esplicitamente, i principi fondamentali⁵³ (e l'apparato di garanzie individuali che da quelli discendono) e tipizza le forme più intollerabili di aggressione a determinati beni giuridici⁵⁴, mentre la legislazione speciale disciplina settori specifici in conformità alle loro peculiari esigenze ma pur sempre nel tendenziale rispetto dei generali principi codicistici. Il legislatore, invece, spesso finisce col produrre sistemi normativi *extra codicem* connotati da una disciplina marcatamente derogatoria a quella comune. E, se è vero che l'esistenza di sottosistemi normativi per certi profili autonomi può talora essere ragionevole, è altrettanto vero che essa, oltre certi limiti, può determinare una perdita di trasparenza del sistema penale, che diventa poco comprensibile⁵⁵: innanzitutto per i

⁵² In argomento vedi G. FIANDACA, *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 137 ss.; *La riforma della legislazione penale complementare: studi di diritto comparato*, a cura di M. Donini, cit.; *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare. Atti del Convegno, Modena, 14-15 dicembre 2001*, a cura di M. Donini, Milano, 2003; D. BERTACCINI, M. PAVARINI, *L'altro diritto penale: percorsi di ricerca sociologica sul diritto penale complementare nelle norme e nei fatti*, Torino, 2004.

⁵³ Si pensi, ad esempio, alla disputa dottrinale sorta per trovare un ancoraggio codicistico — da taluni rinvenuto nell'art. 49, co. 2, c.p. — al principio di offensività; vedi F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 188 ss.; M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, sub art. 49, p. 511 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutica, parametro di ragionevolezza*, cit., p. 47 ss.

⁵⁴ Il codice è, secondo le teorizzazioni più risalenti, “la Magna Charta del delinquente”, A. A. CALVI, *Introduzione*, in F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962, p. XXI, in nota. Sul tema della riforma del diritto penale e del recupero di centralità del codice vedi, tra gli altri, E. DOLCINI, G. MARINUCCI, *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1992, p. 385 ss.; A. PAGLIARO, *Verso un nuovo codice penale?*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 15 ss.; F. PALAZZO, *Certezza del diritto e codificazione penale*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 365 ss.; G. FIANDACA, *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale*, in *Foro it.*, 1994, V, 1; R. RIZ, *Per un nuovo codice penale: problemi e itinerari*, in *Ind. pen.*, 1995, p. 5 ss.; G. VASSALLI, *Necessità di un nuovo codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 7 ss.; A. PAGLIARO, *Per un nuovo codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 543 ss.; A. MANNA, *Considerazioni sulla riforma del diritto penale in Italia*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1996, p. 525 ss.; E. MUSCO, *Verso un nuovo codice penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1497 ss.; F. PALAZZO, *Tra aspirazioni e chimere la ricodificazione del diritto penale italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 271 ss.; G. PISAPIA, *Prospettive di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 407.

⁵⁵ “Voglio cioè dire che, come niente esclude che esistano materie — come ad esempio quella ambientale — rispetto alle quali l'esigenza di una efficace tutela impone la necessità di ispirare la struttura dell'illecito e della risposta sanzionatoria a principi parzialmente difformi da quelli generali, così tutto ciò non impedisce però che si debba avere una tavola di riferimento consolidata di principi dotati di naturale *tendenza* universale e, dunque, espressi da una disciplina codicistica”, F. PALAZZO, *Continuità ed evoluzione nel processo di ricodificazione penale in Italia*, in *Un nuovo progetto di codice penale: dagli auspicii alla realizzazione*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2001, p. 28.

consociati, i quali potrebbero ritrovarsi imputati per la commissione di un fatto la cui offensività difficilmente avrebbero potuto rappresentarsi (sia pure in base al senso comune, secondo il criterio della “conoscenza laica” dell’offensività del fatto⁵⁶). E poi addirittura per gli stessi operatori giuridici, i quali non di rado si devono prodigare in interventi di ortopedia legislativa, nell’intento di restituire organicità (quantomeno in sede interpretativa) a una disciplina spesso farraginosa⁵⁷; o, per altro verso, nell’intento di munire di bene giuridico una norma che apparentemente (nelle migliori ipotesi) ne è sprovvista.

B) In relazione, invece, alle conseguenze dell’ipertrofia penalistica *sull’efficienza del sistema giudiziario*, è di tutta evidenza che un maggior numero di norme incriminatrici e, quindi, di comportamenti illeciti perseguibili non può non determinare un incremento dei processi, aggravando ulteriormente le condizioni di un sistema di giustizia già da lungo tempo profondamente in crisi come quello italiano. Si consideri, infatti, che il modello processuale attuale, di stampo prevalentemente accusatorio e fortemente garantista, contribuisce notevolmente — anche, e forse soprattutto, a causa delle distorsioni che subisce nel costume giudiziario latamente inteso — a rallentare il procedimento; il quale giunge alla sentenza (salvo prescrizione) trascorsi molti anni dall’iscrizione della notizia di reato nell’apposito registro⁵⁸. Circostanza questa che, come si è anticipato, ha determinato più volte la condanna dell’Italia da parte dell’ordinamento internazionale per violazione dell’art. 6 CEDU. Stando così le cose, non sorprenderà, perciò, che sia invalsa nelle Procure della Repubblica la prassi — di certo non scoraggiata dal legislatore — di adottare criteri di priorità nella selezione delle notizie di reato in ordine alle quali procedere; selezione che tende a privilegiare quei

⁵⁶ “La colpevolezza normativa, autentica, presuppone — almeno di principio — anche la *coscienza del disvalore* del fatto: in tanto può rimproverarsi al soggetto di avere commesso un fatto che non doveva volere o non doveva produrre, in quanto egli sappia che quel modo di agire è antidoveroso, riprovevole. Ciò vale in rapporto alla pena in funzione sia retributiva, sia specialpreventiva-risocializzatrice, sia, in certa misura, generalpreventiva, potendo essa operare come strumento intimidativo e di orientamento culturale innanzitutto sul presupposto della conoscenza del precetto penale. E, in particolare, in rapporto alla visione costituzionale del reato, essendo la coscienza del disvalore la premessa perché la pena possa svolgere le suddette funzioni, conferite dalla Cost., e per quell’uso corretto della propria libertà di scelta, postulato dalla costituzionalizzata responsabilità «personale»”, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 289 e, con specifico riferimento alla rappresentazione del fatto intesa come “conoscenza laica del profano” nel reato doloso, p. 303.

⁵⁷ Si pensi, ad esempio, alle norme penali in bianco, alla tecnica normativa del rinvio “a catena” o del rinvio mobile, all’utilizzo di elementi normativi elastici o vaghi.

⁵⁸ Il progressivo incremento della durata dei procedimenti penali emerge con particolare evidenza, ad esempio, nella relazione tenuta il 27 gennaio 2007 dal Dott. V. M. Caferra, Presidente della Corte di Appello di Bari, in occasione dell’Inaugurazione dell’Anno Giudiziario 2007, in http://www.giustizia.it/uffici/inaug_ag/ag2007/ag2007_ba.htm.

fatti in relazione ai quali sono più elevate le probabilità di giungere a una sentenza definitiva o rispetto ai quali maggiori sono il grado dell'offesa o le istanze collettive di tutela⁵⁹.

Infine, non si deve trascurare che l'atteggiamento di particolare severità assunto negli ultimi anni dal legislatore nei confronti di certe tipologie di reato e di autori (espressione, come si è visto, di una politica punitiva marcatamente simbolica) fa sì che, allo stato attuale, molti dei procedimenti penali celebrati in Italia concerna reati espressivi di microcriminalità (ad esempio, spaccio di sostanze stupefacenti, furti) e che buona parte degli imputati (oltre che dei detenuti) sia costituita da soggetti immigrati clandestinamente o, più in generale, da individui socialmente emarginati⁶⁰. Così, una quota per nulla trascurabile di reati altrettanto (e addirittura più) dannosi per la società vede, di fatto, accrescersi la possibilità di restare impunita.

⁵⁹ Basti pensare all'art. 227 del decreto legislativo 19 febbraio 1998, n. 51 recante "Norme in materia di istituzione del giudice unico di primo grado"; tale articolo dispone: "1. Al fine di assicurare la rapida definizione dei processi pendenti alla data di efficacia del presente decreto, nella trattazione dei procedimenti e nella formazione dei ruoli di udienza, anche indipendentemente dalla data del commesso reato o da quella delle iscrizioni del procedimento, si tiene conto della gravità e della concreta offensività del reato, del pregiudizio che può derivare dal ritardo per la formazione della prova e per l'accertamento dei fatti, nonché dell'interesse della persona offesa. 2. Gli uffici comunicano tempestivamente al Consiglio superiore della magistratura i criteri di priorità ai quali si atterranno per la trattazione dei procedimenti e per la fissazione delle udienze".

L'adozione di criteri di priorità per la trattazione delle cause penali sembra porsi in contrasto con il principio di obbligatorietà dell'azione; come noto, secondo tale principio la procura non deve esercitare alcun giudizio discrezionale in ordine ai fatti da perseguire allorché, in relazione ad essi, durante le indagini preliminari siano raccolti sufficienti elementi per sostenere l'accusa in sede dibattimentale. Peraltro, in merito si è pronunciato in più occasioni il Consiglio Superiore della Magistratura che pare legittimare la prassi in oggetto; infatti, nella delibera datata 7 maggio 2007 (richiamante la risoluzione del 9 novembre 2006), esso ha affermato: "i dirigenti degli uffici (inquirenti e giudicanti) possono e devono, nell'ambito delle loro competenze in tema di amministrazione della giurisdizione, adottare iniziative e provvedimenti idonei a razionalizzare la trattazione degli affari e l'impiego, a tal fine, delle (scarse) risorse disponibili. Addivenire a scelte organizzative razionali, nel rispetto del principio della obbligatorietà dell'azione penale (art. 112 Cost.) e di soggezione di ogni magistrato esclusivamente alla legge (art. 101, secondo comma, Cost.), risponde ai principi consacrati dall'art. 97, primo comma, della Costituzione — riferibile anche alla amministrazione della giustizia — che richiama i valori del buon andamento e della imparzialità della amministrazione con riferimento alle scelte che gli uffici adottano nella loro unità. Tali scelte sono correttamente collocabili nell'ambito del sistema tabellare, assicurando in tal modo predeterminazione, uniformità e trasparenza, e dimostrano la capacità e volontà dei dirigenti degli uffici di non rassegnarsi a una giurisdizione che produce disservizio, assumendosi la responsabilità di formulare progetti di organizzazione che, sulla base dell'elevato numero degli affari da trattare e preso atto delle risorse umane e materiali disponibili, esplicitino le scelte di intervento adottate per pervenire a risultati possibili e apprezzabili".

⁶⁰ Vedi, diffusamente, E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 95 e, in particolare, p. 98 ss. e p. 109.

C) Senza contare inoltre che, *sul piano dell'applicazione della sanzione penale*, la proliferazione delle norme, dei processi e, in ultimo, delle condanne finisce, da un lato, con il produrre un sovraffollamento carcerario che di certo non agevola gli auspicati compiti rieducativi della sanzione penale anche detentiva; e, dall'altro, con l'innescare un meccanismo di fuga dalla pena carceraria che sfocia in un utilizzo irrazionale e lassista delle misure alternative, sospensive e sostitutive di quest'ultima⁶¹.

D) Infine, per quanto più strettamente concerne *il rapporto tra ordinamento e consociati*, l'insieme dei fattori sin qui esposti instilla nel cittadino una generale sfiducia nel sistema punitivo, che non di rado viene alimentata dai *mass media* anche mediante rappresentazioni esasperate e distorte della realtà⁶². Tale sfiducia si manifesta, ad esempio, nella minor propensione delle vittime di taluni reati a denunciare il fatto, per il timore di aggiungere al dolore arrecato dall'offesa quello connesso alla celebrazione di un processo defatigante che talora si arresta prima della pronuncia della sentenza definitiva. Tutto ciò considerato, la norma penale perde nei fatti la sua efficacia generalpreventiva non solo in senso positivo, dal momento che difficilmente può esplicitare la sua funzione di orientamento culturale; ma anche in senso negativo, dal momento che — nonostante il sensibile aumento delle incriminazioni e l'innalzamento dei limiti edittali — l'effetto deterrente è impedito dall'incertezza e dai tempi eccessivamente lunghi della risposta punitiva⁶³.

⁶¹ Vedi *infra*, sub cap. II, sez. II, par. 10. In argomento vedi E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, cit., p. 95 ss.

⁶² “I *media* mettono, per così dire, in scena la realtà sulla base di criteri loro propri, che non sempre e non necessariamente coincidono con quelli del sistema penale. Il *cahier de doléances* che quest'ultimo rivolge all'indirizzo dei *media* può essere sintetizzato nella denuncia di divergenze (o distorsioni informative) di carattere quantitativo, qualitativo e contenutistico. Quantitativo perché la frequenza dei resoconti incentrati sul crimine e sulla prevenzione/repressione non dipende dalla frequenza del reato oggetto della notizia, ma si uniforma a criteri selettivi che finiscono col deformare la rappresentazione della realtà: ciò che è raro appare comune; ciò che è straordinario risulta normale, e così via. Qualitativo, perché la descrizione degli accadimenti privilegia le modalità inconsuete, ma sensazionalistiche ed emotigene: i tratti eccezionali vengono così stereotipizzati come caratteristici; gli aspetti singolari, avulsi dal contesto, evidenziati come quelli tipici, deformano il quadro ricomponendolo in una “verosimiglianza” parodistica e, alla fin fine, grottesca. Contenutistico, per la rappresentazione discorsiva dei rapporti di ruolo, che assume come sbocco per lo più la creazione del “mostro” o del “nemico”, o del “diverso”, ma talvolta anche la superfetazione vittimistica del protagonista in varia guisa “positivo”: l'investimento assiologico fa comunque aggio sulla realtà”, T. PADOVANI, *Informazione e giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 689 ss.

⁶³ Come si ricorderà, nell'ambito della teoria sulla *funzione generalpreventiva* della sanzione penale, si distingue tra *generalprevenzione negativa* (o *ristretta*) e *positiva* (o *allargata*).

La prima consiste nella prevenzione dei reati mediante deterrenza e presuppone la *severità*, la *certezza* e la *prontezza* della risposta punitiva. La *severità* esprime il coefficiente di afflittività e quindi di intimidazione della sanzione; la *certezza*, invece, esprime un giudizio di relazione tra l'illecito e la pena e assolve non solo una funzione, per l'appunto, di deterrenza nei confronti dei potenziali trasgressori (in particolar modo nei confronti di quelli che hanno un approccio razionale all'illecito) ma anche, più in

Nella realtà vive, quindi, un sistema penale assai lontano dal modello teorico retto dall'idea di scopo secondo la quale le norme, costruite nel rispetto dei tradizionali principi (legalità, offensività, etc.), mirano essenzialmente ad assicurare la concreta tutela dei beni giuridici.

5. *La rinascita dell'idea di scopo come motore trainante il processo di deflazione in Italia.*

A fronte della crisi del sistema penale, sin qui delineata nei suoi aspetti essenziali, è naturale che sia maturata la necessità di riavvicinare il diritto criminale vigente all'*idea di scopo*. Come si sa, infatti, essa costituisce il fondamento del diritto di punire ed è, ad un tempo, principio “di legittimazione dell'agire penale” e “di ottimizzazione della risposta penale in relazione alle mete che la politica criminale subisce o impone”⁶⁴. Un diritto penale non conforme all'idea di scopo è, quindi, illegittimo.

Invero, è noto che il suddetto fondamento è stato a lungo rinvenuto nell'idea retributiva (*malum passionis quod infligitur ob malum actionis*), secondo la quale la pena esprime una superiore idea di giustizia: la retribuzione giustifica la punizione in sé e per sé, prescindendo dall'analisi di problemi diversi da quelli strettamente inerenti la compensazione del male prodotto dal fatto di reato (come, ad esempio: “andamento dei tassi di criminalità, allarme sociale, problemi della risocializzazione, bisogni collettivi di sicurezza, cifra oscura”⁶⁵) i quali potrebbero influire sull'applicazione prima ancora che sulla quantificazione della pena. Alla stregua della teoria retributiva — che è, quindi, assoluta in quanto pretende di fondare la potestà punitiva su un'idea morale di giustizia —, la pena è volta a infliggere al reo un male proporzionato non solo alla dimensione oggettiva dell'illecito, ma anche a quella soggettiva⁶⁶: corollario della

generale, di convalida dell'ordinamento; la *prontezza*, infine, è rapidità nell'irrogazione della pena comminata.

La seconda, invece, consiste nella prevenzione mediante orientamento culturale e postula che la pena sia, anziché severa, *giusta* (in relazione alla gravità del fatto e secondo la sensibilità del contesto socio-culturale di riferimento), oltre che *certa e pronta*. Vedi A. PAGLIARO, *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 447 ss.

⁶⁴ L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, cit., pp. 96-97.

⁶⁵ *Ivi*, p. 6.

⁶⁶ Si tratta cioè di una “retribuzione secondo la misura della colpevolezza”, *ivi*, p. 33.

retribuzione è, infatti, il principio di proporzione della sanzione all'offesa e alla colpevolezza per il fatto⁶⁷.

Tuttavia, in parallelo all'affermarsi di una visione più laica del diritto penale⁶⁸, la teoria retributiva è andata perdendo il suo ruolo fondativo del diritto di punire, lasciando sempre maggior spazio a quella preventiva e, quindi, all'idea di scopo. In particolare, la teoria retributiva ha finito con l'accettare la prevenzione come criterio guida per la commisurazione della sanzione e proprio facendo ciò ha smentito il suo carattere assoluto⁶⁹.

Quindi, nella nuova impostazione teorica sul diritto di punire dominata dall'idea di scopo, la pena non si giustifica in sé ma in quanto e fintantoché essa sia necessaria alla tutela di determinati beni giuridici. In questa impostazione, la *retribuzione* — abbandonato il suo tradizionale ruolo di principio fondante la pretesa punitiva dello Stato — diventa *criterio di commisurazione della sanzione*, vera e propria misura della pena attraverso il suo corollario di *proporzione*. Pertanto, retribuzione e prevenzione non sono tra loro completamente inconciliabili; al contrario, la pena retributiva (quindi proporzionata) è l'unica idonea ad esplicare effetti di prevenzione generale e speciale⁷⁰.

⁶⁷ *Ivi*, p. 8.

⁶⁸ *Amplius ivi*, p. 15 ss., con gli essenziali riferimenti bibliografici.

⁶⁹ “In breve, quando una teoria che vede nella pena la realizzazione di un'esigenza di ordine etico riconosce la legittimità del perseguimento di scopi preventivi — seppure nei limiti della colpevolezza individuale — mette con ciò in discussione il principio stesso che la sorregge: cioè che nessun fine pratico, per nessuna ragione — per quanto utile o socialmente apprezzabile questa pur sia — è mai idoneo a giustificare la sofferenza inflitta ad un uomo. Una teoria assoluta della pena che accetta di mettere il 'suo' tempo al servizio delle mutevoli istanze della prevenzione, ha in realtà in buona parte rinunciato a sé stessa, per avvicinarsi pericolosamente al modo d'essere e di attuare caratteristico di una teoria relativa”, L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, cit., p. 39. E ancora: “nell'istanza retributiva risiede la giustificazione della pena statale, ma la realizzazione di tale istanza non rientra affatto tra i compiti del diritto penale, che sono invece di tutt'altra natura (tutela dei beni giuridici): la moderna teoria retributiva non è una teoria della pura retribuzione”, *ivi*, p. 36.

⁷⁰ “Il dissolvimento della idea di una pena 'giusta', perché eticamente fondata, nella laicizzata concezione di una pena 'utile', da verificare empiricamente, conduce alla supremazia delle teorie preventive, in cui la retribuzione si accontenta di un ruolo recessivo anche se indefettibile: essere il limite invalicabile alla misura della sanzione, dettato da irrinunciabili esigenze di 'proporzione' (quest'ultima da rintracciare però tra entità assolutamente disomogenee e forse non commensurabili: la *pena* e la *colpevolezza* per il fatto). Il passo successivo di questo percorso di 'riconciliazione' tra retribuzione e prevenzione, che muove dalla considerazione che nessuna delle finalità della pena menzionate, considerata isolatamente, sembra in grado di fondare la pretesa punitiva e di limitarla, è rappresentato dalla formulazione di 'sintesi di scopi', ciascuna delle quali diversamente articolata quanto ad architettura interna: dalla teoria polifunzionale alla teoria sincretistico-dialettica, alla proposta di una dialettica degli scopi legata alle fasi della vita della sanzione”, G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, pp. 1133-1134.

Nella sua più matura elaborazione, poi, l'idea di scopo pretende di spiegare i suoi effetti non solo — direttamente — in sede di criminalizzazione, vincolando il legislatore a coniare fattispecie unicamente a presidio di reale protezione di specifici interessi; ma anche — indirettamente — in sede applicativa, impegnando il giudice nell'attuazione dell'istanza specialpreventiva, la quale consente e legittima un trattamento punitivo differenziato in relazione al tipo di autore, proprio per una più efficace protezione dei beni giuridici⁷¹.

Così, si è progressivamente acuita l'attenzione riservata dagli operatori giuridici alla dimensione effettiva della sanzione e, più in generale, si è venuto affermando un modello di diritto penale sensibilmente orientato all'empiria (cioè una teoria del diritto penale e della pena suscettibile di essere falsificata mediante verifiche empiriche)⁷².

6. (Segue). *Le elaborazioni lisztiane dell'idea di scopo.*

Tra i primi e più illustri teorici dell'idea di scopo è indubbiamente Franz von Liszt il quale esprime le linee fondamentali del suo pensiero nel celebre Programma di Marburgo⁷³.

L'Autore, dissertando sul fondamento del diritto di punire⁷⁴, muove dalla netta distinzione tra scienza e metafisica e dall'estraneità alla pena di qualsiasi dimensione etico-retributiva: la sanzione criminale di per sé è indipendente dall'etica in quanto essa, come dimostrato dalle sue prime forme di manifestazione, non esprime un giudizio di

⁷¹ “L'idea dello scopo sembra convinta di bastare a sé stessa, e ne ha forse ragione: ha saputo avviare e dirigere tutti i più importanti sviluppi dei sistemi penali moderni, ha saputo guidare l'aggiornamento delle sanzioni e la riforma dell'esecuzione, ha patrocinato la depenalizzazione e si è aperta con prudenza ai nuovi bisogni di pena”, L. MONACO, *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, cit., p. 16.

⁷² L'affermazione di un diritto penale orientato all'empiria ha significato, per l'ordinamento italiano, una maggiore attenzione all'autore e una moltiplicazione delle sanzioni; ha significato, cioè, la creazione di un arsenale sanzionatorio flessibile e idoneo a consentire l'individualizzazione della risposta punitiva; vedi *ivi*, p. 27 e p. 41, con gli ulteriori riferimenti bibliografici.

⁷³ “Franz von Liszt modificherà sì qualche conclusione, ma non rinnegherà mai, nella sostanza, i principi affermati nel Programma di Marburgo; tutta la sua successiva produzione può pertanto essere vista quale sviluppo logico e assolutamente consequenziale delle teorie esposte nello scritto da noi tradotto”, A. A. CALVI, *Introduzione*, in F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. IX.

⁷⁴ In particolare, l'A. tenta di sciogliere questo interrogativo: si punisce *quia peccatum est* o *ne peccetur*? Il fondamento della pena, cioè, è retributivo o preventivo? Scoprire qual è il reale fondamento della pena significa poter controllare l'attività del legislatore, del giudice, di chi, infine, è responsabile della concreta applicazione alla sanzione.

riprovevolezza in ordine a un determinato comportamento, ma semplicemente reprime istintivamente una condotta perturbatrice dell'ordine sociale (c.d. pena istintiva)⁷⁵.

Contestato quello retributivo, il fondamento della pena (e, più in generale, del diritto penale complessivamente inteso) risulta essere, nel pensiero lisztiano, profondamente legato al suo scopo e cioè la protezione di specifici interessi giuridici. Pertanto, la pena *giusta* è solo quella *necessaria* — per proteggere, per l'appunto, quegli interessi ritenuti meritevoli di tutela — ed *efficace*⁷⁶.

Più precisamente, l'*idea di scopo* è lo strumento attraverso il quale la pena *primitiva*, intesa quale reazione istintiva ad un'aggressione, si *obiettiva* diventando pena *giuridica*; mentre la pena primitiva è — in ragione del suo carattere irrazionale — difficilmente limitabile, quella giuridica è suscettibile di incontrare determinati limiti proprio in vista del raggiungimento del suo scopo⁷⁷. Tale processo di obiettivazione segna così l'inizio di un percorso di civilizzazione e contenimento dell'afflittività della risposta punitiva e, in sostanza, di auto-limitazione nell'impiego della forza statale, la quale è

⁷⁵ “La pena è cioè necessaria non in quanto attuazione d'una superiore esigenza di giustizia retributiva, bensì quale naturalistica manifestazione dell'incoercibile istinto di conservazione della specie”, A. A. CALVI, *Introduzione*, in F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. XI. A onor del vero, la retribuzione non è del tutto estranea al pensiero lisztiano: essa, tuttavia, è concetto naturalistico da non confondersi con quello giuridico di Hegel, secondo il quale la sanzione è lo strumento attraverso cui il diritto riafferma sé stesso dopo la commissione di un reato. Infatti, Franz von Liszt elabora un concetto di retribuzione-necessità che ha una forte matrice (non etica, bensì) naturalistica. Più precisamente, l'A. osserva come anche in natura, nel mondo animale, esistano delle reazioni alle aggressioni altrui; la pena, quindi, non è il prodotto dell'ingegno umano ma è reazione istintiva — e in questo senso necessitata — ad un'offesa subita. Solo in una prospettiva evoluzionistica la pena si obiettiva grazie all'intervento dello Stato, che spersonalizza il conflitto ingenerato dal reato (facendosi carico della celebrazione del processo e dell'applicazione della pena) e consente alla sanzione di perdere i suoi tratti più primitivi. Secondo l'A. “la pena primitiva è, non semplicemente in senso negativo, ma bensì anche nel senso positivo e più proprio, azione istintiva, vale a dire manifestazione della tendenza dell'individuo all'*autoaffermazione*, all'individuale *autoconservazione*, e perciò forse sostanzialmente alla *conservazione della specie*”. Tale reazione, connotata *ab origine* da una dimensione sociale irrinunciabile, rimane nettamente distinta dall'etica; essa non esprime un giudizio morale di valore, un giudizio di riprovevolezza in ordine alla condotta umana, ma semplicemente tende a respingere quella determinata condotta. F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. 15 ss. e, in particolare, p. 17.

⁷⁶ La pena, nel pensiero lisztiano, è giusta in quanto necessaria alla protezione dei beni giuridici e non in quanto retribuzione di un male (il delitto) con un altro male (la pena). Peraltro, se il fondamento della pena fosse la retribuzione, sarebbe estremamente difficile determinare la pena *giusta* in relazione al singolo caso, stante innanzitutto l'impossibilità di mettere a confronto entità così eterogenee come il delitto e la pena (vedi *infra*, sub nt. 79); nonché, comunque, di tener conto, nel suddetto confronto, delle caratteristiche soggettive del reo e, quindi, di individualizzare il trattamento sanzionatorio.

⁷⁷ In questo senso, solo “l'esperienza rende possibile la comprensione della conformità della pena allo scopo. È l'idea dello scopo che ne determina i limiti”, F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., p. 10. La pena, in sostanza, non è più un mero *istinto* ma una *volontà*, vale a dire un istinto guidato dal perseguimento di uno scopo, *ivi*, p. 29.

legittimamente esercitata solo per la protezione di determinati beni giuridici⁷⁸. Pertanto, anche i criteri per la quantificazione della pena devono ancorarsi all'idea di scopo e non a quella retributiva, che implica la possibilità di comparare entità (il male prodotto dal delitto e quello insito nella sanzione) dall'Autore ritenute incommensurabili⁷⁹.

La tensione allo scopo, poi, postulando la *individualizzazione del trattamento sanzionatorio*, impone di distinguere *varie tipologie di trasgressori*. Infatti, secondo l'Autore, la risocializzazione e l'intimidazione (strumenti di coercizione indiretta), da un lato, e la neutralizzazione (strumenti di coercizione diretta), dall'altro, non sono concretamente possibili in relazione ad ogni singolo delinquente: taluni individui, non bisognosi o non suscettibili di risocializzazione, necessitano — rispettivamente — solo di intimidazione o di neutralizzazione⁸⁰. Esistono, cioè, soggetti: *a*) c.d. "irrecuperabili", che sono delinquenti abituali (quindi recidivi), i quali del reato (perlopiù patrimoniale e sessuale) fanno il loro stile di vita e in relazione ai quali è possibile solamente la neutralizzazione; *b*) "bisognevole di risocializzazione", che sono i potenziali delinquenti abituali, in relazione ai quali la rieducazione è ancora possibile e doverosa; *c*) "delinquenti occasionali", in relazione ai quali la rieducazione è eccessiva rispetto allo scopo ed è sufficiente l'intimidazione, cioè la mortificazione dei motivi egoistici che hanno condotto al reato⁸¹.

⁷⁸ Occorre "prevedere la pena per quei casi nei quali determinati beni giuridici abbisognano di protezione contro determinati turbamenti, e prevederla in quella forma ed in quella misura che per la protezione di determinati beni giuridici contro determinati reati appare necessaria", *ivi*, p. 32. Pertanto, la pena giusta è la pena (non solo necessaria ma anche) efficace. La misura della pena giusta (-efficace) può essere individuata attraverso lo studio, condotto per mezzo di statistiche criminali aggiornate e attendibili, del reato come "fenomeno sociale" e della pena come "funzione sociale", *ivi*, p. 47.

⁷⁹ "Infatti nella *comparazione di valore* tra delitto e pena si tratta di determinare il valore individuale che il primo presenta nei confronti del diritto e dello Stato, e la seconda nei confronti del reo. Da ciò si evince come per una equa pena concreta non vi possa essere alcuna misura valida per ogni tempo", *ivi*, p. 41.

⁸⁰ "In linea di massima riteniamo però che per ulteriori elaborazioni di possa muovere dalla seguente partizione: 1) *Risocializzazione* dei delinquenti che di essere risocializzati abbiano bisogno e siano suscettibili; 2) *Intimidazione* dei delinquenti che non abbiano bisogno di risocializzazione; 3) *Neutralizzazione* dei delinquenti che di risocializzazione non siano suscettibili", *ivi*, p. 53.

⁸¹ A nostro avviso, merita in conclusione di essere sottolineato che l'A., dopo aver esposto la propria teoria sul fondamento del diritto di punire (e aver individuato nell'idea di scopo tale fondamento), stenta a trarre le conseguenze più logiche del proprio pensiero. "Dissolto ogni valore nel naturalistico divenire della storia, subordinata ogni esigenza agli scopi della società, dichiarato sulla base dell'analisi storico-comparativa che le sanzioni penali debbono essere agli stessi conformi, egli dovrebbe conseguentemente proporre un sistema di difesa sociale veramente ed unicamente conforme allo scopo; un sistema di sanzioni, cioè, ove, senza remore di natura liberalistica per chi urta contro il precetto penale, prevenzione generale e prevenzione speciale dominassero incontrastate. Ma Franz von Liszt non ha il coraggio di compiere l'ultimo passo: non osa sostituire integralmente le pene con un sistema di misure a tempo indeterminato, il giudizio penale con una indagine antropologico-criminale, la fattispecie di reato con una fattispecie subiettiva di pericolosità nella quale non sia consentito distinguere tra reato consumato e reato

7. *La duplice dimensione dell'idea di scopo: profili teorici ed empirici.*

Come si è visto, dunque, l'idea di scopo assume un ruolo fondamentale nella costruzione del sistema penale. Essa, si è detto, fonda la potestà punitiva statale e segna la misura della ragionevolezza dell'attività legislativa; opzioni di criminalizzazione non strettamente finalizzate alla protezione di uno specifico bene giuridico o interesse fuoriescono, quindi, dall'alveo di un diritto penale legittimo. Non vi è dubbio, pertanto, che l'idea di scopo possa fungere da principio-guida della deflazione, giacché — legittimando solamente la sanzione penale necessaria ed effettiva — finisce per imporre l'adozione di soluzioni extrapenali allorquando queste siano sufficienti ad assicurare la tutela di determinati beni giuridici.

In sostanza, l'idea di scopo, nella sua duplice dimensione, teorica ed empirica, fornisce la base sulla quale si innestano gli ulteriori principi ai quali il legislatore impronta i suoi interventi (anche) deflativi. In particolare, la dimensione teorica dell'idea di scopo si traduce in tutti quei principi volti a costruire un diritto penale che attui un bilanciamento tra istanze di difesa sociale e di protezione individuale⁸², primo fra tutti, quello di *sussidiarietà*.

La dimensione empirica dell'idea di scopo si traduce, invece, nel principio di *effettività*; più in generale, essa implica una maggior attenzione all'ordinamento *in action* dalla cui osservazione il legislatore trae spunto (anche) per le proprie opzioni deflative (ad esempio, si pensi alla depenalizzazione, basata su criteri meramente statistici, dei reati concernenti l'emissione di assegni a vuoto o senza provvista).

8. *I profili teorici dell'idea di scopo tra abolizionismo e riduzionismo.*

Tra i principi che discendono dall'anima teorica dell'idea di scopo una posizione di rilievo in prospettiva di deflazione appartiene indubbiamente al principio di *sussidiarietà*.

tentato. Nel pensiero di Liszt la politica criminale trova così il proprio limite nel codice penale, nel quale il principio di legalità — simbolo della certezza del diritto e dei diritti fondamentali del cittadino — rappresenta il baluardo che l'esigenza di difesa sociale, ancorché conforme agli scopi dell'evoluzione della società non può in alcun modo superare. Ambientata in tale prospettiva di pensiero, perde ogni sapore paradossale la nota frase di von Liszt: «Il codice penale è la *Magna Charta* del delinquente», A. A. CALVI, *Introduzione*, in F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, cit., pp. XX-XXI.

⁸² Ad esempio, i principi di *tassatività*, *determinatezza*, *materialità*, *necessaria lesività* (quale limite all'anticipazione della tutela penale), *personalità della responsabilità penale*, *colpevolezza*.

Basti pensare, infatti, che a partire dagli anni '60, nell'intera area continentale europea, si diffonde un movimento culturale sostanzialmente ispirato, per l'appunto, alla valorizzazione del principio dell'*extrema ratio* della risposta sanzionatoria penale ai fatti antisociali; movimento che ha costituito il sostrato per lo sviluppo di varie dottrine politico-criminali, sensibilmente differenti tra loro ma tutte fautrici della necessità di ridurre l'area del penalmente rilevante. In particolare, tali dottrine sono accomunate dal postulato di partenza, cioè che la pena — in special modo quella detentiva — ha un intrinseco valore negativo, in quanto sopprime o comprime beni fondamentali dell'individuo. Tuttavia, esse differiscono innanzitutto per la misura in cui spingono nel senso di una contrazione del diritto criminale: dalle impostazioni più risalenti e moderate di Beccaria e di von Liszt⁸³, che rivivono nelle più recenti teorizzazioni di un "diritto penale minimo" (secondo le quali la pena è un male comunque necessario per la repressione di fatti giuridici intollerabili)⁸⁴; a quelle, in taluni casi esasperate e per certi versi utopiche, dell'abolizionismo penale (ove, come si vedrà, l'*extrema ratio* si fa *nulla ratio*) di cui uno tra i principali nonché più illustri esponenti fu, è noto, Louk Hulsman⁸⁵.

9. (Segue). L'abolizionismo.

L'abolizionismo trae le sue premesse ideologiche dalla filosofia epistemologica, secondo la quale obiettivo principale dell'uomo è accostarsi il più possibile, per il tramite del suo intelletto, alla Verità; il raggiungimento di tale obiettivo implica il rifiuto degli schemi e delle categorie che sono utilizzati, più o meno consapevolmente, dal pensiero umano e costituiscono il principale ostacolo alla più autentica percezione

⁸³ Vedi C. E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*» - *Iperτροφία del diritto penale e criminalizzazione dei reati bagatellari*, cit., p. 3.

⁸⁴ In argomento vedi *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi e G. Palombarini, cit.; A. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443; G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Diritto penale "minimo" e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 802 ss.; L. FERRAJOLI, *Sul diritto penale minimo* (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini), in *Foro it.*, 2000, pt. 5, p. 125 ss.; F. MANTOVANI, *Il vero "diritto penale minimo": la riduzione della criminalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 864 ss.

⁸⁵ L. HULSMAN, *Abolire il sistema penale?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, p. 71 ss.; L. HULSMAN, J. BERNAT DE CÉLIS, *Peines perdues. Le système pénal en question*, Parigi, 1982 (*Pene perdute. Il sistema penale messo in discussione*, trad. it. di V. Guagliardo, Paderno Dugnano, Milano, 2001), p. 105; L. HULSMAN, J. BERNAT DE CÉLIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcellona, 1984.

della realtà. Per quanto specificamente concerne la politica criminale, l'ostacolo più rilevante è, fondamentalmente, il concetto ontologico di "male" che ogni Stato pone a base della costruzione del proprio sistema penale⁸⁶.

Secondo gli abolizionisti, a tale concetto non corrisponde un'entità naturale; questo è dimostrato dal fatto che la storia di ogni ordinamento registra incessanti modificazioni delle proprie norme incriminatrici: quello che in un dato momento storico è "male", e quindi "reato", è il prodotto di un determinato contesto sociale e della sua sensibilità giuridica e, in quanto frutto di una valutazione contingente, può entrare anche solo in via transitoria nell'apparato normativo⁸⁷. Ciò si evince in modo particolarmente nitido, ad esempio, da quei fenomeni di alterna de/criminalizzazione (perlopiù ispirati ad una logica emergenziale) di particolari comportamenti illeciti. "Male" è, piuttosto, uno schema intellettuale utilizzato dal potere costituito per giustificare l'utilizzo di una potestà coercitiva, che, peraltro, concretamente fallisce poi il suo scopo di rieducazione del reo e di pacificazione sociale. Tale potestà quindi è inutile e, anzi, addirittura dannosa perché finisce con l'ingenerare una dinamica di ulteriore conflittualità interpersonale. Infatti, la mancata individualizzazione del trattamento sanzionatorio, impedendo la rieducazione del trasgressore, di fatto priva la pena dell'unica funzione che la distingue dagli strumenti di repressione extrapenali⁸⁸; poi, la mancanza di celerità e di certezza della risposta sanzionatoria — dovuta anche all'adozione di modelli processuali di stampo accusatorio e marcatamente garantisti, oltre che alle distorsioni che tali modelli subiscono nelle aule giudiziarie — fa sì che la vittima non sia pienamente soddisfatta nel proprio bisogno di giustizia scaturente dall'offesa ricevuta⁸⁹.

⁸⁶ E. D. CRESPO, *De nuevo sobre el pensamiento abolicionista*, in *Cahiers de défense sociale*, Milano, 2003, p. 107 ss. e, in particolare, p. 110 ss.

⁸⁷ "Crime, Hulsman claims, has no ontological reality and is not the object but the product of criminal policy", A. CERETTI, *A Homage to Louk Hulsman*, in *Cahiers de défense sociale*, cit., p. 49.

⁸⁸ Nel pensiero abolizionista, l'impossibilità di individualizzare il trattamento sanzionatorio è la ricaduta inevitabile di un difetto di tipizzazione della condotta illecita da parte del legislatore (e, in particolare, della carenza di determinatezza e tassatività della norma incriminatrice). Infatti, la fattispecie astratta è per definizione idonea a sussumere — per mezzo dell'intervento ermeneutico del giudice — una serie indefinibile di comportamenti concreti che sono, quindi, tutti puniti nell'ambito della medesima cornice edittale; pertanto, il potere di personalizzazione del trattamento sanzionatorio è fortemente limitato. Ciò impedisce alla sanzione penale di esplicare la propria funzione rieducativa e finisce col comprometterne l'efficacia.

⁸⁹ Nata da premesse ideologiche di matrice filosofica, rinvigorita dal pensiero anarchico e da quello marxista, la teoria abolizionista è in sostanza alimentata dalla perdurante (e vieppiù crescente) crisi della pena e, più in generale, del sistema penale *in action*. In particolare, l'abolizionismo critica aspramente la sanzione carceraria, che rimane la pena in concreto più utilizzata, la quale consiste (nella quasi totalità dei casi) nella privazione della libertà senza un adeguato trattamento di risocializzazione del reo; il che peraltro amplifica i correlati effetti di desocializzazione — per la perdita dei legami affettivi, familiari e

Così, il conflitto — che si esprime nel fatto di reato e che lo Stato radicalizza al fine di gestirlo per mezzo del proprio sistema processuale — non trova concretamente soluzione e propaga i suoi effetti nel tessuto sociale in modo non più — o comunque sempre più difficilmente — controllabile attraverso i tradizionali strumenti utilizzati dal potere statale⁹⁰. Viene di conseguenza frustrato l'intento originario con il quale l'autorità statale ha avocato a sé il potere di risolvere i conflitti, costituendo una sorta di “monopolio nell'uso della forza” per la risoluzione delle controversie intersoggettive. E l'abolizione di ogni sistema coercitivo diventa, quindi, una necessità logica.

10. (Segue). *L'abolizionismo di Louk Hulsman: più modelli per la risoluzione dei conflitti.*

Nella formulazione più moderata di Louk Hulsman, l'abolizionismo non implica la rinuncia a qualsivoglia strumento di coercizione né all'idea della responsabilità individuale⁹¹. Esso implica la mera abolizione del sistema penale, il quale è espressione di un'autorità centrale (lo Stato) che impone una gerarchia di valori attraverso definizioni incontestabili di ciò che è bene (quindi lecito) e ciò che è male (cioè illecito penalmente perseguibile)⁹².

Al tradizionale concetto di “male/reato” deve essere sostituito quello di “situazione problematica”, in relazione alla quale si rendono necessarie soluzioni diverse dalla pena,

sociali che di regola segue a periodi detentivi soprattutto di media e lunga durata — e dell'esposizione al rischio di contagio criminale.

⁹⁰ “Entre los postulados básicos del abolicionismo se hallan los siguientes: el sistema penal está específicamente concebido para hacer mal; se trata de una respuesta violenta y pública, susceptible de incitar a la violencia en otros ámbitos de la vida; es además una institución que crea y mantiene de modo falso la idea de poder procurar a las víctimas ayuda y protección”, E. D. CRESPO, *De nuevo sobre el pensamiento abolicionista*, in *Cahiers de défense sociale*, cit., pp. 115-116.

⁹¹ Vedi *ivi*, pp. 116-117 e p. 120.

⁹² “...valuto negativamente, è chiaro, l'esistenza di un potere centrale, che possa definire ciò che è bene e ciò che è male, e applicare le sanzioni in base a questa separazione. Non posso capire come si possa pensare a un tale potere e credere che esso possa materializzarsi in principi universali, se si guardi concretamente le diversità di forme di vita nella nostra società, e insieme, l'estrema precarietà del processo di decisione (...) se io sostengo l'abolizione del sistema penale, mi riferisco esattamente a questo potere centrale di dire e di interpretare il giusto e il corretto, e di far derivare da tali decisioni conseguenze che si dicono “punizioni”, e che sono in realtà violenza, privazione di libertà, morte”, L. HULSMAN, *Abolire il sistema penale?*, cit., p. 73.

in special modo detentiva⁹³. Il classico e familiare paradigma di un sistema di giustizia criminale incentrato sulla spersonalizzazione del conflitto e sulla sua radicalizzazione deve, quindi, venire abbandonato. In particolare, l'apparato coercitivo penale deve lasciare spazio a meccanismi di soluzione delle situazioni problematiche ispirati ad un'idea di *solidarietà sociale* che coinvolga tutti gli individui interessati in qualche misura dal conflitto ingenerato dal reato: gli autori del fatto illecito, le vittime, la comunità e tutti coloro che consentono il funzionamento concreto del sistema⁹⁴. Gli ordinamenti penali contemporanei, infatti, non tengono debitamente conto dell'individuo, sia questo la vittima, che non ottiene una reale soddisfazione per l'offesa subita, sia questo il reo, nei cui confronti la pena non opera come strumento di rieducazione bensì come strumento di sofferenza, stigmatizzazione e isolamento sociale.

Nella riflessione di Hulsman, esistono più modelli per la risoluzione dei conflitti, come egli bene evidenzia nel tanto celebre quanto criticato esempio dei cinque studenti che convivono: "Cinco estudiantes viven juntos. En un momento dado, uno de ellos se lanza sobre el televisor y lo rompe; también rompe algunos platos. ¿Cómo van a reaccionar sus compañeros?. Ninguno de ellos estará contento, esto se comprende por sí mismo. Pero cada uno, analizando el suceso a su manera, puede adoptar una actitud diferente. El estudiante número dos, furioso, declara que él no puede vivir más con el primero, y habla de echarlo a la calle. El estudiante número tres declara: 'De lo que se trata es de comprar un nuevo aparato de televisión y otros platos, y que él pague'. El estudiante número cuatro, muy afectado por lo que acaba de ocurrir, sostiene con vehemencia: 'Está seguramente enfermo, hay que ir en busca de un médico, hacer que lo vea un psiquiatra', etc. El último arguye: 'Creíamos entendernos bien, pero algo no debe marchar bien en nuestra comunidad, para que tal acción haya sido posible...Hagamos juntos un examen de conciencia'"⁹⁵.

L'Autore ritiene, in sostanza, che al modello tradizionale di reazione al conflitto sociale si possano e si debbano trovare diverse alternative, ritagliate sulle peculiarità delle singole situazioni conflittuali di volta in volta considerate; in particolare, avendo sempre come obiettivo quello di garantire la pacificazione sociale, auspica un più

⁹³ "...el abolicionismo afirma que una "situación problemática" sólo puede ser calificada y resuelta de acuerdo con la visión de la misma en la conciencia de los componentes de lo grupo afectado", E. D. CRESPO, *De nuevo sobre el pensamiento abolicionista*, in *Cahiers de défense sociale*, cit., p. 114.

⁹⁴ *Ivi*, p. 120.

⁹⁵ L. HULSMAN, J. BERNAT DE CÉLIS, *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, cit., p. 89.

cospicuo utilizzo di istituti che, valorizzando il ruolo della vittima, consentano la riparazione del danno cagionato dal reato.

11. (*Segue*). *Il riduzionismo*.

Oltre alle teorie abolizioniste, sin qui richiamate in estrema sintesi, fautrici di modelli di controllo sociale tanto innovativi quanto, per certi versi, utopistici, il principio di *extrema ratio* ha ispirato altresì l'elaborazione di teorie riduzioniste, che suggeriscono soluzioni di controllo e contenimento dell'illiceità meno sovversive rispetto a quelle proposte dall'abolizionismo e destinate, già solo per le loro maggiori *chances* di praticabilità, a godere di maggiori consensi⁹⁶. Infatti, nel pensiero riduzionista non si esclude *in toto* la sanzione penale ma semplicemente si circoscrive la legittimità del suo utilizzo. Ed è inutile dire che proprio l'utopismo abolizionista (insito nella rinuncia *tout-court* alla sanzione) ha decretato a tavolino — nell'ambito del dibattito dottrinale sul diritto di punire e sul futuro della politica punitiva — la vittoria del riduzionismo. Questo, infatti, ha attecchito in tutti gli ordinamenti europei contemporanei, con forme certo peculiari in ogni singolo Stato, propugnando l'ideale di un "diritto penale minimo" e cioè la sostanziale "marginalizzazione del diritto penale", come è dimostrato, peraltro, dal vasto movimento di depenalizzazione e decriminalizzazione che ha attraversato l'Europa a partire dalla metà del Novecento⁹⁷.

12. *I profili empirici dell'idea di scopo: le conseguenze di un diritto penale orientato all'empiria*.

La dimensione empirica dell'idea di scopo postula, come si è detto, una pena *effettiva* e implica che l'ordinamento rivolga maggiore attenzione alle istanze della collettività nonché alle elaborazioni delle scienze sociali. A questo proposito, è stato osservato che "Se non 'la' caratteristica dei sistemi giuridici odierni, l'*orientamento alle conseguenze* è senza dubbio tra quelle di maggior rilevanza. Legislazione e giurisprudenza sono

⁹⁶ La potestà punitiva, oltre a costituire uno dei tradizionali mezzi di espressione della sovranità statale, è infatti imprescindibile per il mantenimento dell'ordine sociale, dato che solo la sanzione penale — in ragione della sua afflittività e della sua valenza stigmatizzante — è idonea a raggiungere apprezzabili livelli di prevenzione generale e speciale.

⁹⁷ C. E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 426.

sicuramente ‘interessate’ alle conseguenze fattuali del proprio operato assai più di quanto non lo fossero ieri, ma non è certo questo che conta. Il *novum* è rappresentato piuttosto dalla *qualità* di questo ‘interesse’: nella capacità di produrre effetti positivi — ed impedirne di negativi — è un criterio di *legittimazione* fondamentale, ed ormai irrinunciabile, per la moderna cultura giuridica”⁹⁸.

Per quanto concerne il presente studio, ci preme sottolineare che proprio questa particolare attenzione per i profili empirici del diritto penale e, in special modo, per le istanze di difesa sociale orienta il legislatore verso opzioni deflative volte a contenere i fattori che rallentano il funzionamento dell’apparato giudiziario minando la prontezza e la certezza della risposta sanzionatoria⁹⁹.

Il rischio — pare opportuno segnalarlo — è che un’eccessiva valorizzazione, in sede legislativa, della “logica efficientistica” alimenti interventi deflativi del tutto avulsi da quei principi generali (sussidiarietà, proporzionalità, offensività, determinatezza) che consentirebbero, se rispettati, di iscrivere tali interventi in un quadro di ripensamento del sistema punitivo *razionale*. Quindi, le istanze collettive di tutela nonché gli *input* da parte delle scienze sociali devono costituire senz’altro un punto di partenza per scelte di politica criminale capaci concretamente di migliorare il funzionamento del sistema, ma non possono costituire l’unico punto di riferimento per tali scelte, a pena di continuare ad alimentare una politica criminale rapsodica ed irrazionale¹⁰⁰.

⁹⁸ L. MONACO, *Prospettive dell’idea dello ‘scopo’ nella teoria della pena*, cit., p. 71.

⁹⁹ È doveroso comunque notare che l’attenzione alle istanze di tutela provenienti dalla collettività può di fatto originare pure una tendenza nettamente antitetica a quella deflativa: infatti, tale attenzione può indurre il legislatore anche ad estendere l’ambito dei comportamenti penalmente rilevanti (attraverso nuove incriminazioni o l’arretramento della soglia di rilevanza di determinati comportamenti) o ad innalzare i limiti edittali, onde infondere nei consociati un maggiore senso di sicurezza. Si tratta tuttavia, in questo caso, di un’empiria di tipo diverso da quello che orienta verso scelte deflative, in quanto l’ipercriminalizzazione è perlopiù il prodotto di una reazione quasi compulsiva del legislatore alle suddette istanze di tutela, piuttosto che di una politica criminale preventiva particolarmente ponderata: “È una politica criminale di attesa, una politica ‘del giorno dopo’: più che il frutto di una vigilanza assidua e discreta sul reale andamento delle vicende di cui si interessa, appare invece il portato delle reazioni sociali che a tali vicende conseguono, reazioni di cui essa è solerte nel ‘misurare’ l’entità e tradurla in ‘aspettative’ di pena”, *ivi*, p. 81 e p. 84.

¹⁰⁰ In questo senso si pensi, ad esempio, alla coniazione di nuove cause speciali di non punibilità o di circostanze ad effetto “super-attenuante”, oppure al c.d. “indultino”, introdotto con legge 31 luglio 2006, n. 241 come palliativo di una situazione carceraria emergenziale. *Ivi*, p. 98.

13. *Le molteplici forme della deflazione penale.*

In chiusura di questo capitolo, dedicato a quegli aspetti che ci sono parsi imprescindibili per la ricostruzione di un quadro generale, sia pure estremamente sommario, della deflazione complessivamente intesa, sembra opportuno soffermarsi un poco su un ulteriore aspetto della deflazione, al quale si è scelto di dedicare (in considerazione della sua complessità) l'intero capitolo successivo, cioè la sua attitudine ad assumere varie e diverse forme.

Prendere atto del proteismo della deflazione penale non significa rinunciare a individuare linee di fondo comuni anche solo ad alcuni dei meccanismi deflativi, sia pure attraverso classificazioni essenziali. Infatti, si ritiene che possa innanzitutto farsi una distinzione tra deflazione *in astratto* e deflazione *in concreto*, per poi individuare ulteriori sotto-distinzioni.

La deflazione in astratto comprende meccanismi in base ai quali il legislatore compie una volta per tutte la selezione di ciò che è penalmente rilevante; cosicché non residua, in capo agli operatori di diritto, l'onere di valutare — in relazione al singolo caso concreto — se vi sia la necessità o l'opportunità di applicare la pena. Rientrano nella deflazione in astratto la *decriminalizzazione* (cioè la definitiva abrogazione di un reato) e la *depenalizzazione* (cioè la degradazione di un illecito penale a illecito amministrativo).

La deflazione in concreto, invece, — se si esclude la moltiplicazione delle autorità giudiziarie penali di primo grado — comprende gli istituti e i meccanismi in base ai quali la selezione dei fatti penalmente rilevanti e meritevoli di punizione ha carattere, per così dire, “contingente”, “istantaneo”, “occasionale”. La selezione in oggetto è compiuta, in prima battuta e indirettamente, dal legislatore (che individua i presupposti generali di tali istituti e meccanismi) e, in seconda battuta, da ulteriori soggetti ai quali è rimessa la valutazione in ordine all'opportunità di celebrare il processo o di applicare la sanzione astrattamente prevista in relazione al fatto commesso. Tali soggetti possono essere, secondo i casi, la vittima del reato (come nel caso di reati procedibili a querela della persona offesa), l'autorità giudicante in sede processuale (come nel caso di cause di estinzione del reato), il giudice dell'esecuzione o il magistrato di sorveglianza (come nel caso in cui si debba valutare l'applicazione di misure sanzionatorie alternative, sospensive). Nell'ambito della deflazione in concreto, poi, è possibile distinguere tra *deflazione in sede processuale* e *deflazione in sede esecutiva*. La prima comprende soluzioni e meccanismi che esplicano i loro effetti in sede processuale consentendo di ridurre il carico giudiziario, ispirati talora a logiche di mera deflazione processuale (c.d.

deprocessualizzazione), talaltra prevalentemente a logiche di meritevolezza di pena (c.d. *decriminalizzazione giudiziale*). La seconda, invece, comprende meccanismi e istituti che esplicano i loro effetti in sede esecutiva e che sono ispirati in misura pressoché esclusiva a logiche di mera deflazione carceraria (c.d. *decarcerizzazione*)¹⁰¹.

È fondamentale precisare che la bipartizione *deflazione in astratto/deflazione in concreto* non rispecchia affatto la distinzione tra profili teorici, da un lato, ed empirici, dall'altro, dell'idea di scopo. In altri termini, la deflazione in astratto non tende solo ad assecondare le istanze teoriche di un diritto criminale fondato sull'idea di scopo, rappresentate essenzialmente dal principio di sussidiarietà dell'intervento penale. In realtà, come si avrà modo di vedere nel prosieguo della trattazione, la depenalizzazione o la decriminalizzazione non di rado riflettono altresì esigenze di carattere eminentemente empirico. Allo stesso modo, la deflazione in concreto non mira a soddisfare mere esigenze di carattere pratico, esclusivamente legate all'efficienza del sistema penale; infatti, taluni dei suoi meccanismi implicano valutazioni sulla meritevolezza di pena del reo e sulla necessità dell'intervento penale¹⁰².

¹⁰¹ Infatti, l'applicazione di talune misure di decarcerizzazione è subordinata a valutazioni giudiziali di carattere sostanziale.

¹⁰² È appunto questo il caso, ad esempio, delle forme di *decriminalizzazione giudiziale* che valorizzano una logica conciliativa e riparatoria o di alcune forme della decarcerizzazione.

CAPITOLO II

DEFLAZIONE IN ASTRATTO E IN CONCRETO

SOMMARIO: *Sezione I. La deflazione in astratto.* — 1. Deflazione, decriminalizzazione, depenalizzazione: precisazioni terminologiche. — 2. (Segue). Decriminalizzazione e depenalizzazione. — 3. Decriminalizzazione-abrogazione e decriminalizzazione giudiziale. — 4. Depenalizzazione (rinvio). — *Sezione II. La deflazione in concreto.* — 1. La deflazione in concreto: deflazione in sede processuale e deflazione in sede esecutiva. — 2. La deflazione in sede processuale: la deprocessualizzazione. — 3. (Segue). La deprocessualizzazione attraverso *diversion*. — 4. La deflazione in sede processuale: la decriminalizzazione giudiziale. — 5. (Segue). La decriminalizzazione giudiziale basata sul modesto o assente disvalore del fatto. — 6. (Segue). La decriminalizzazione giudiziale “premiale”. — 7. (Segue) La decriminalizzazione giudiziale “avalutativa”. — 8. La decarcerizzazione. — 9. (Segue). Le forme di manifestazione della decarcerizzazione. — 10. (Segue). La decarcerizzazione nella prassi.

Sezione I

La deflazione in astratto

1. *Deflazione, decriminalizzazione, depenalizzazione: precisazioni terminologiche.*

Prima di addentrarci nell’analisi delle varie forme di manifestazione della deflazione, pare doveroso sottolineare che, nei numerosi contributi dottrinali sul tema in oggetto, si riscontra un uso assai disomogeneo dei medesimi termini (deflazione, decriminalizzazione, depenalizzazione), ai quali sono attribuiti significati talora anche profondamente diversi se non addirittura antitetici¹.

¹ “Secondo una prima interpretazione, il termine «*decriminalizzazione*» assumerebbe un significato più «*radicale*», indicando «la soppressione della stessa incriminazione e, conseguentemente, della pena che vi è collegata»; il termine «*depenalizzazione*» contrassegnerebbe invece *interventi meno incisivi*, ma avrebbe *contenuto più ampio*, inglobando «tutte le forme di attenuazione o modificazione delle sanzioni applicabili alle infrazioni che non siano decriminalizzate». La prima espressione andrebbe così riservata alla radicale abrogazione di fattispecie penali, mentre la seconda locuzione dovrebbe venire impiegata, *sicuramente*, in tutti i casi di sostituzione della pena con sanzioni extrapenali e, *forse*, nelle ipotesi di attenuazione del regime sanzionatorio *penale*.

Secondo un’opposta interpretazione, più aderente all’etimo dei due termini, la *decriminalizzazione* dovrebbe invece indicare la perdita della sola *natura criminale del fatto* (cioè la punibilità con *sanzione criminale*) e il residuare di una sua illiceità sotto altro profilo (amministrativo, civile, disciplinare); la *depenalizzazione*, per contro, rappresenterebbe un intervento più radicale, eliminando ogni tipo di *pena* in senso lato (non solo quella *criminale*) e realizzando così la *completa liceizzazione* del fatto.

Per quanto specificamente concerne la presente trattazione, è quindi opportuno ribadire, una volta per tutte, che con il termine deflazione si allude ad un grande “contenitore”, nell’ambito del quale è possibile distinguere, come si è visto, tra deflazione in astratto e deflazione in concreto. Mentre quest’ultima comprende istituti assai eterogenei di deflazione in sede processuale (di deprocessualizzazione² e decriminalizzazione giudiziale) ed esecutiva (decarcerizzazione), la prima presenta un contenuto più omogeneo e comprende la decriminalizzazione e la depenalizzazione.

Con il termine *decriminalizzazione* qui si allude all’espunzione della norma incriminatrice dal sistema punitivo. La decriminalizzazione consiste cioè, fatte salve le precisazioni del seguente paragrafo, nella rinuncia *tout-court* alla sanzione in relazione a un determinato comportamento ed esprime un giudizio di assoluta liceità della condotta sino ad allora punita.

Ancora, una ricostruzione più elastica delle due formule assegna alla *decriminalizzazione* la funzione di «attenuare o sopprimere il carattere criminale del fatto», alla depenalizzazione il ruolo di «attenuare o sopprimere la sanzione penale».

Il nostro legislatore, poi, con il termine depenalizzazione indica “la sostituzione *legislativa* della pena criminale con la sanzione pecuniaria amministrativa”, C. E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, pp. 429-431.

Secondo altro A. “per depenalizzazione *stricto sensu* o decriminalizzazione si intende comunemente la degradazione legislativa di reati in illeciti punitivi amministrativi”; invece, “per depenalizzazione *lato sensu* si intende anzitutto la rinuncia dell’ordinamento giuridico a qualsiasi tipo di sanzione sia penale, sia extrapenale, con riguardo a uno o più comportamenti costituenti reato, sicché ne consegua la loro assoluta liceità (c.d. *depenalizzazione secca*)”. Entrambe le forme di depenalizzazione ora considerate, poi, sono accomunate “sotto il *nomen* di depenalizzazione in astratto”. La “depenalizzazione c.d. *in concreto* comprende invece quegli istituti deflattivi che, predisposti dalla legge in funzione del loro impiego in sede processuale, richiedono poi da parte dell’operatore giuridico di volta in volta abilitato (sia esso il giudice, il pubblico ministero o la stessa vittima del reato) una concreta attività senza la quale gli strumenti legislativi restano per se stessi inoperanti”; così F. GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1986, pp. 192-194.

² Secondo F. Giunta, la deprocessualizzazione è un meccanismo di depenalizzazione *in concreto* che va nettamente distinto dalla *semplificazione dei riti*: “Invero, mentre la depenalizzazione che avviene in sede processuale è sempre finalizzata a selezionare reati meritevoli di sanzione penale da quelli che — a certe condizioni — risultano non gravi, i procedimenti abbreviati si pongono nella duplice prospettiva di riduzione dei tempi processuali e della tempestività della risposta sanzionatoria; non anche nella prospettiva di degradazione del reato. Per questa ragione, a differenza della deprocessualizzazione che — come già rilevato — può risultare collegata alla semplice sussistenza di taluni presupposti operativi, i riti abbreviati non possono prescindere invece da un accertamento, seppur semplificato, del fatto e — là dove approdano alla responsabilità dell’imputato — si concludono conseguentemente con una condanna a sanzione penale”, F. GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 202.

Secondo C. E. Paliero, invece, con il termine *deprocessualizzazione* si intende far riferimento proprio ai riti speciali, vedi C. E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 430.

Per quanto concerne il presente lavoro, come si tornerà a precisare in seguito, con *deprocessualizzazione* si intende invece riferirsi alla *deflazione del carico giudiziario* e, quindi, proprio ai procedimenti semplificati (oltre che alla moltiplicazione delle autorità giudiziarie penali di primo grado); la deflazione all’interno del procedimento penale, che preclude la condanna o l’applicazione della pena, è invece da noi ricondotta alla categoria della decriminalizzazione giudiziale.

Con il termine *depenalizzazione*, invece, qui si allude al fenomeno della degradazione di un reato ad illecito amministrativo.

Infine, si ricordi che la distinzione “deflazione in astratto”/“deflazione in concreto” intende sottolineare le modalità attraverso le quali è operata la selezione dei fatti meritevoli di sanzione, non i principi o i criteri (di natura, per l'appunto, astratta o concreta) che per quella selezione vengono utilizzati. È di tutta evidenza, pertanto, che decriminalizzazione e depenalizzazione non sempre rispondono all'esigenza di eliminare fattispecie rispetto alle quali la sanzione penale non è necessaria per la tutela dei beni presidiati dalla norma. Talora esse espungono dall'ordinamento penale norme semplicemente desuete o, addirittura, norme di più elevata incidenza statistica, secondo un criterio — in quest'ultimo caso, s'intende — che ha carattere inequivocabilmente empirico e che tende esclusivamente a ridurre il carico giudiziario.

2. (Segue). Decriminalizzazione e depenalizzazione.

Già si è detto che la *decriminalizzazione* e la *depenalizzazione* esprimono una valutazione legislativa in ordine all'irrelevanza penale del fatto previsto dalla norma, rispettivamente decriminalizzata o depenalizzata, ma sembra doveroso precisare che tale valutazione presenta caratteri di absolutezza e di definitività solo tendenziale. E ciò non solo perché la scelta di abrogare un reato (*tout-court* o trasformandolo in illecito amministrativo), come peraltro ogni scelta di politica criminale, riflette la sensibilità di un determinato contesto sociale in un altrettanto determinato momento storico; il che non esclude affatto, quindi, che successivi mutamenti del sentire giuridico collettivo o nuove emergenze criminali inducano il legislatore a tornare sui propri passi e a criminalizzare nuovamente comportamenti fino ad allora ritenuti leciti, semplicemente tollerati, o meritevoli di un sanzione amministrativa, meno afflittiva (di regola) di quella penale. Ma anche perché ben può accadere, ad esempio, che il comportamento punito dalla norma decriminalizzata resti comunque rilevante in base ad altre norme penali più ampie rispetto a quelle abrogate. In casi siffatti, l'abrogazione ha il solo effetto di semplificare e razionalizzare l'apparato normativo³.

³ “la depenalizzazione non significa di per sé riduzione dell'area punibile, e ancor meno significa riduzione dei precetti. (...) Una quota significativa di fattispecie minori del diritto penale complementare è costituita da norme speciali rispetto ad altre norme penali generali: la loro abrogazione, quindi, non riduce l'area del penalmente rilevante, ma determina soltanto una semplificazione razionalizzante e una risposta punitiva meno diversificata. In secondo luogo, una forte eliminazione di norme incriminatrici, per es. contravvenzionali, non implica affatto che i precetti la cui violazione viene da esse sanzionata, restino penalmente irrilevanti: di regola si tratta di fattispecie-avamposto che precisano in modo tassativo un

In generale, comunque, sembra potersi affermare che attraverso la decriminalizzazione e la depenalizzazione il legislatore compie inequivocabilmente una selezione in astratto dei fatti che ritiene meritevoli di sanzione penale. Ciò significa che i comportamenti oggetto di decriminalizzazione o depenalizzazione fuoriescono dall'universo criminale per effetto di un intervento che interessa il sistema penale *in the books*, diversamente da quanto accade, invece, nella deflazione in concreto, in cui la selezione dei comportamenti penalmente rilevanti avviene in sede processuale con puntuale riferimento a singole vicende criminose.

3. *Decriminalizzazione-abrogazione e decriminalizzazione giudiziale.*

La decriminalizzazione intesa quale abrogazione della norma penale non va confusa con quella forma di deflazione, per certi versi affine, che va sotto il nome di *decriminalizzazione giudiziale*.

La decriminalizzazione giudiziale, infatti, come la decriminalizzazione-abrogazione, implica di regola un giudizio in ordine alla meritevolezza di pena; ma, a differenza di quest'ultima, esprime tale giudizio (non, per l'appunto, in relazione ad una norma astrattamente considerata, bensì) in relazione ad un singolo reato e ad un ben individuato autore. Essa, quindi, è frutto (non tanto di un'opzione politico-criminale compiuta in sede legislativa, quanto piuttosto) della discrezionalità dell'autorità giudiziaria (sia pure esercitata, come è ovvio, sulla base di presupposti predeterminati legislativamente) e costituisce una forma di *deflazione in concreto*.

4. *Depenalizzazione (rinvio).*

La depenalizzazione segna la fuoriuscita del comportamento sanzionato dalla norma depenalizzata dall'ambito penale e il suo contestuale ingresso in quello amministrativo.

Essa solleva problematiche di non poco rilievo che, a nostro avviso, meritano un'attenzione particolare, non solo in considerazione del fatto che essa ha costituito per molto tempo il principale strumento di deflazione, ma anche perché essa può tuttora giocare un ruolo estremamente significativo in prospettiva di riforma del sistema penale.

disvalore di azione”, *amplius*, M. DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del “sistema”*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, pp. 1655-1656.

Tali problematiche sono estremamente varie e complesse e vanno dalla scelta dei criteri per orientare la discrezionalità legislativa in sede di selezione dei comportamenti penalmente rilevanti, all'analisi del volto attuale dell'illecito punitivo amministrativo (e della relativa sanzione), chiamato (pure) dalla depenalizzazione a svolgere un compito decisivo per la tenuta del sistema punitivo globalmente inteso.

L'estrema complessità del tema rende velleitaria ogni aspirazione di esaustività della nostra trattazione la quale si limiterà — nella sua seconda parte, dedicata interamente alla depenalizzazione — ad abbozzare un esame delle principali tra le suddette problematiche.

Sezione II
La deflazione in concreto

1. *La deflazione in concreto: deflazione in sede processuale e deflazione in sede esecutiva.*

La *deflazione in concreto*, come si ricorderà, differisce da quella in astratto perché la selezione dei comportamenti punibili è rimessa a soggetti diversi dal legislatore (giudice, pubblico ministero, vittima) e i suoi effetti si esplicano non sul sistema giuridico *in the books*, cioè sul complesso delle norme penali, bensì sul sistema giuridico *in action*, cioè *in sede processuale ed esecutiva*.

A) Alla *deflazione (in concreto) in sede processuale* appartengono istituti e meccanismi assai eterogenei, che incidono in vario modo sul processo penale. All'interno della deflazione processuale, infatti, è possibile distinguere tra:

a) *deprocessualizzazione*, che consiste nella diversificazione delle autorità giurisdizionali competenti in primo grado in sede penale, al fine di consentire *una più uniforme distribuzione del carico giudiziario*; nonché in taluni procedimenti speciali e nella procedibilità a querela, cioè istituti tesi a *ridurre la mole di lavoro dei tribunali* e il cui effetto deflativo è del tutto indipendente da valutazioni giudiziali inerenti il complessivo disvalore del fatto di reato;

b) *decriminalizzazione giudiziale*, comprensiva di istituti la cui efficacia deflativa, al contrario che nella deprocessualizzazione, consegue il più delle volte (cioè salvi i casi di decriminalizzazione giudiziale valutativa¹) ad un giudizio in ordine alla gravità del fatto o alla meritevolezza di pena del reo e che *precludono la pronuncia di una sentenza di merito sul fatto o l'applicazione della sanzione* astrattamente comminata dalla legge.

B) Nell'ambito della *deflazione (in concreto) in sede esecutiva (o decarcerizzazione)*, invece, rientrano istituti, meccanismi e misure eterogenei che mirano esclusivamente a contenere il sovraffollamento carcerario al fine di recuperare la tanto auspicata funzione rieducativa della pena privativa della libertà personale. I suddetti meccanismi di regola non fanno astrazione dalla ponderazione dell'offensività del fatto o della meritevolezza di pena del reo (o, addirittura della sua capacità a delinquere): l'applicabilità della maggior parte di essi presuppone, infatti, il modesto disvalore del reato o la prognosi di non recidiva, e il loro mantenimento dipende dal rispetto di taluni obblighi di ("buona")

¹ Vedi *infra*, sub par. 7.

condotta. Tuttavia, come si avrà modo di precisare in seguito, in realtà la loro applicazione è perlopiù “automatica”, di rado contaminata da valutazioni di valore, cosicché la decarcerizzazione finisce per essere quella forma di deflazione che per vie di fatto, più delle altre, esclude ponderazioni inerenti i profili sostanziali della vicenda giudiziaria².

2. *La deflazione in sede processuale: la deprocessualizzazione.*

Nell’ambito di quella particolare forma di deflazione in sede processuale che è la deprocessualizzazione, si è detto, rientrano: A) la diversificazione delle autorità giudiziarie competenti in primo grado in sede penale; B) ulteriori meccanismi deflativi che tendenzialmente prescindono da valutazioni di merito sul fatto.

A) La *moltiplicazione delle autorità giudiziarie penali di primo grado* è frutto della complessa vicenda riformistica del sistema giurisdizionale culminata nell’introduzione del *giudice penale di pace* ad opera del decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274³.

Come si sa, infatti, già da tempo era iniziato in Italia un processo di semplificazione e razionalizzazione dell’apparato giurisdizionale al fine di incrementare l’efficienza del sistema giudiziario. Si tratta della c.d. *riforma del giudice unico*⁴, introdotta dal decreto legislativo 19 febbraio 1998, n. 51 (attuativo della legge delega 16 luglio 1997, n. 254), che — fatta salva la competenza delle corti d’assise e dei tribunali per i minorenni in ragione delle peculiarità delle materie ad essi devolute — ha accorpato gli uffici delle preture e dei tribunali. A tale riforma è poi seguito un significativo sforzo da parte del legislatore per adeguare la normativa preesistente a quella di più recente introduzione; tra i vari interventi di *maquillage* legislativi, meritano tra tutti di essere ricordati, innanzitutto, quello avente ad oggetto la ridefinizione dell’ambito delle attribuzioni del tribunale giudicante in composizione monocratica, e poi quello che ha riscritto le relative regole processuali. È noto, infatti, che la legge istitutiva del c.d. giudice unico rendeva applicabile di fronte a questi il rito pretorile, meno garantista di quello ordinario in considerazione della minore offensività dei fatti di reato devoluti, per l’appunto, alla sfera di competenza pretorile. L’impianto normativo attuale, invece, prevede due

² Vedi *infra*, sub par. 10.

³ In argomento vedi G. FIDELBO, voce *Giudice di pace (nel dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2004, p. 242 ss. con gli ulteriori riferimenti bibliografici.

⁴ Per una disamina delle tappe della complessa vicenda riformistica in oggetto vedi P. P. RIVELLO, voce *Giudice unico*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2004, p. 311 ss.

differenti moduli procedimentali: l'uno, per i delitti sanzionati con la reclusione tra quattro e dieci anni, assai simile a quello ordinario; l'altro, per i delitti individuati dall'art. 550 c.p.p., attivabile per citazione diretta da parte del pubblico ministero, non scevro di un'apprezzabile valenza deflativa: privo dell'udienza preliminare, si incentra sull'udienza c.d. di comparizione nell'ambito della quale non solo il giudice, quando il reato è perseguibile a querela della persona offesa, "verifica se il querelante è disposto a rimettere la querela e il querelato ad accettare la remissione" (art. 555, co. 3, c.p.p.); ma è anche data la possibilità all'imputato di optare per uno dei riti speciali compatibili con la disciplina in oggetto⁵.

Come si è anticipato, tuttavia, l'intervento di maggiore rilievo in prospettiva di deflazione è rappresentato dalla messa in opera della legge delega sul *giudice di pace*⁶.

La nuova figura giurisdizionale, invero, ha una marcata vocazione conciliativa, coerentemente con la natura dei reati rientranti nella sua sfera di cognizione (peraltro più ampia di quella originariamente prevista dalla suddetta legge delega). Tali reati, infatti, tassativamente elencati nell'art. 4 del citato decreto, sono perlopiù espressivi di microconflittualità individuale, di disvalore contenuto e suscettibili di trovare soluzioni di tipo conciliatorio che realizzano una vera e propria *decriminalizzazione giudiziale* in base a valutazioni di merito sul fatto (vedi gli artt. 29, 34, 35 d.lgs. 274/2000)⁷.

Il nuovo ambito giurisdizionale "di pace", poi, è connotato da un *procedimento semplificato*, rispetto a quello ordinario, già nei meccanismi introduttivi dato che, nel caso di reati perseguibili a querela, la persona offesa può fare *ricorso immediato* al

⁵ E cioè il patteggiamento, il giudizio abbreviato o l'oblazione; infatti, la mancanza dell'udienza preliminare si riflette sugli istituti che presentano uno stretto collegamento con essa come, ad esempio, il giudizio immediato, che invece è pienamente compatibile col processo celebrato *ex art.* 549 c.p.p., sempre di fronte al tribunale in composizione monocratica.

⁶ Le vicende della riforma sono note: si istituì il giudice di pace con la legge 21 novembre 1991, n. 374, mentre con la legge 24 novembre 1999, n. 468 si delegò il Governo ad emanare le norme relative alla competenza penale di tale giudice e al procedimento applicabile di fronte ad esso. L'entrata in vigore della riforma (attuata, come si sa, dal decreto legislativo 274/2000) fu fissata inizialmente al 5 aprile 2001; successivamente, al 1 ottobre 2001 (ad opera del decreto legge 2 aprile 2001, n. 91); infine, al 2 gennaio 2002 (ad opera della legge 3 maggio 2001, n. 163 di conversione del citato decreto).

⁷ Così la stessa *Relazione ministeriale al decreto legislativo 274/2000* (in *Guida dir.*, 2000, fasc. 38, p. 39 ss.): "Si ha in prevalenza a che fare con reati espressivi di micro-conflittualità privata, non particolarmente gravi, ma che spesso alimentano ragioni di disagio nei rapporti interindividuali che, ove non "contenuti", possono non di rado sfociare in comportamenti illeciti più gravi. È opportuno, quindi, che la domanda di processo si arresti solo se la persona offesa manifesti un sostanziale disinteresse alla prosecuzione del procedimento: disinteresse che, in larga misura, potrà costituire la spia di un conflitto ormai sedato, o attraverso forme di riparazione o, più semplicemente, per intimo convincimento" (*ivi*, p. 42).

giudice al fine di ottenere la citazione in giudizio dell'autore del fatto⁸. Vero è che questo meccanismo pare muovere in senso nettamente contrario alla riduzione del contenzioso (e, quindi, alla deflazione), dal momento che consente alla vittima un accesso diretto all'autorità giudiziaria, in relazione al quale il pubblico ministero può solo dare un parere non vincolante per il giudice⁹; ma è altrettanto vero, altresì, che esso esprime la volontà legislativa di semplificare e accelerare l'*iter* processuale, in quanto favorisce “(con un meccanismo *lato sensu* parificabile a quello codicistico del rito direttissimo) l'instaurazione del giudizio senza lo svolgimento di una fase di indagini preliminari”¹⁰.

Un'ulteriore *semplificazione* del rito si ha, inoltre, in relazione alle *indagini preliminari*, per più aspetti: *a*) la polizia giudiziaria assume un ruolo di primo piano nell'attività investigativa e — fermo restando il potere di controllo e di direzione investigativi del pubblico ministero — gode di un margine di autonomia più ampio rispetto a quello di cui dispone nel rito ordinario¹¹; *b*) le funzioni del pubblico ministero sono espletate dalla procura circondariale, dal momento che non sono stati istituiti appositi uffici; *c*) le funzioni di giudice per le indagini preliminari sono svolte dal c.d. giudice di pace circondariale (art. 5, co. 2, e art. 19 d.lgs. 274/2000).

Infine, sul versante sanzionatorio, l'introduzione di nuove pene principali non detentive (permanenza domiciliare e lavoro di pubblica utilità) evidenzia la

⁸ Tale ricorso contiene l'addebito provvisorio mosso all'imputato, una forma di “imputazione *in fieri*, sottoposta al controllo del pubblico ministero e, poi, del giudice”, G. FIDELBO, voce *Giudice di pace (nel dir. proc. pen.)*, cit., p. 281.

⁹ La dottrina ha ravvisato nel meccanismo in questione una vera e propria *azione penale privata*, compatibile con il disposto dell'art. 112 Cost. in quanto sussidiaria (e non alternativa) a quella esercitata dal pubblico ministero (in questo senso vedi, *ex multis*, C. cost. 30 dicembre 1993, n. 474, in *Leg. pen.*, 1994, p. 259; C. cost. 18 giugno 1982, n. 114, in *Giur. cost.*, 1981, p. 1101; C. cost. 26 luglio 1979, n. 84, in *Cass. pen.*, 1980, p. 593). La sussidiarietà dell'azione privata introdotta dal decreto legislativo 274/2000 risulta evidente laddove si consideri che, se “il pubblico ministero formula l'imputazione, confermando o modificando l'addebito contenuto nel ricorso, (...) assume l'iniziativa, togliendola al ricorrente che in questo caso ha solo posto in essere un'attività propulsiva che consente l'ulteriore svolgimento del procedimento, in cui prevale l'intervento — adesivo o sostitutivo — del pubblico ministero. L'unica differenza con le ordinarie modalità di esercizio dell'azione penale è che l'imputazione sostanziale è preceduta da un addebito provvisorio formulato dal ricorrente”, G. FIDELBO, voce *Giudice di pace (nel dir. proc. pen.)*, cit., p. 281.

¹⁰ E. APRILE, *Profili deflativi del procedimento innanzi al giudice di pace: scelte dell'imputato e della persona offesa*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 1855.

¹¹ Alla polizia giudiziaria “spetta la responsabilità nella conduzione delle indagini; (...) dal momento della notizia di reato fino alla relazione conclusiva, la polizia ha un ampio potere di iniziativa sugli atti da compiere. È stato abbandonato lo strumento della “delega” da parte della pubblica accusa; spetta alla polizia di sollecitare dal pubblico ministero una “autorizzazione” a compiere quegli atti, che le sarebbero preclusi nel procedimento di tribunale”, P. TONINI, *La nuova competenza del giudice penale di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 930.

consapevolezza legislativa che le tradizionali forme sanzionatorie poco si addicono ad esplicitare gli auspicati effetti di prevenzione e repressione in relazione a reati “bagatellari” come quelli attribuiti al giudice di pace¹² e si inserisce in quel più generale movimento di “fuga dal carcere” che in sede esecutiva trova la massima espressione.

B) Per quanto concerne le altre forme della deprocessualizzazione, si fa riferimento a:

a) talune soluzioni di c.d. *diversion* processuale, cioè a taluni dei *riti speciali*, segnatamente: il rito abbreviato, l’applicazione della pena su richiesta delle parti, il procedimento per decreto penale di condanna.

Come si sa, i riti speciali sono stati introdotti nella “consapevolezza dell’impossibilità di applicare il rito ordinario, la sequenza procedimentale tipica, a tutte le regiodicande, pena la paralisi del sistema”¹³ e la loro specialità consiste nella mancanza di una o più fasi procedimentali (e delle connesse garanzie individuali) che, invece, sono presenti nel procedimento ordinario. In base alla fase processuale di cui essi risultano privi, si suole distinguere tra procedimenti *predibattimentali*, che consentono di definire il procedimento in sede di udienza preliminare o, addirittura, in sede di indagini preliminari, e *dibattimentali*, che — in considerazione della evidenza della prova (giudizio immediato) o di un’evidenza “qualificata” della stessa (giudizio direttissimo) — consentono di evitare le indagini e l’udienza preliminari.

In prospettiva di deflazione processuale assumono un ruolo certamente preminente i riti predibattimentali (sui quali si tornerà nel paragrafo seguente), detti anche di “giustizia negoziata”, i quali — di regola sulla base di un accordo tra accusa e difesa, anche sotto forma di mancata opposizione come nel procedimento per decreto — *by-passano* (quantomeno) la fase più complessa e più lunga del processo: il dibattimento. Al fine di incentivarne l’utilizzo, il legislatore ha conferito a tali riti un carattere nettamente premiale, erogando a piene mani all’imputato che ne richieda l’applicazione considerevoli benefici (tra i quali, in ogni caso, la mitigazione della risposta sanzionatoria) a compensazione della rinuncia all’apparato di garanzie connesso alla celebrazione del dibattimento-processo ordinario.

¹² “Si tratta di un complesso di sanzioni assolutamente innovativo, che si ascrive ad un diritto penale «mite», funzionale ad esaltare la capacità di mediazione dei micro-conflitti sociali, instaurando in questo modo un processo di avvicinamento del giudice di pace alle istanze sociali minori, anche nel momento applicativo della pena, che lo spinge verso un forte radicamento nella società”, G. FIDELBO, voce *Giudice di pace (nel dir. proc. pen.)*, cit., pp. 246-247.

¹³ S. LORUSSO, *Il patteggiamento “allargato” tra limiti all’accertamento della verità ed esigenze di deflazione processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 665, che in nota rinvia alle riflessioni contenute nella *Relazione al progetto preliminare del codice di procedura penale*, in *Gazz. uff.* 24 ottobre 1988, n. 250, *Suppl. ord.*, n. 2, p. 103.

I summenzionati riti speciali sono applicabili, peraltro, anche nell'ambito del giudizio celebrato di fronte al tribunale in composizione monocratica (seppure con alcune lievi differenze rispetto alla disciplina prevista nel Libro VI c.p.p.), ove già opera, come si è anticipato, il rito "semplificato" per citazione diretta *ex art. 550 c.p.p.*. Essi non trovano invece applicazione nel giudizio minorile, né di fronte al giudice di pace, il cui procedimento è, peraltro, già strutturato in modo tale da assicurare la celerità della risposta sanzionatoria.

b) L'istituto della *procedibilità a querela*¹⁴.

Come noto, la *querela* è un atto mediante il quale la persona offesa (nonché, in casi particolari, ulteriori soggetti tassativamente individuati dall'ordinamento) manifesta la volontà che si proceda in ordine al fatto di reato di cui è vittima.

Di regola essa condiziona la procedibilità per reati di modesto disvalore, per i quali si ritiene altrettanto modesto l'interesse pubblico alla punizione del colpevole (c.d. *querela-opportunità*); oppure, per reati lesivi di beni strettamente legati alla sfera privata dell'offeso (onore, libertà sessuale), in relazione ai quali il suddetto interesse soggiace alla libera scelta della vittima di perseguire o meno il reo (c.d. *querela-garanzia*)¹⁵. Tuttavia, non si è mancato di utilizzare tale istituto con intento meramente deflativo, come dimostra l'estensione del suo ambito applicativo anche a reati difficilmente inquadrabili tra quelli ora menzionati.

Non interessa, in questa sede, soffermarsi sui problemi che tradizionalmente sono evocati dalla querela e cioè quello della sua compatibilità con il principio dell'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost. o della natura — sostanziale o processuale — del relativo atto; interessa, piuttosto, sottolineare la sua valenza deflativa. Questa risulta particolarmente evidente se si consideri che il giudice dovrà arrestare il corso del procedimento con una pronuncia di natura meramente processuale ogniqualvolta la querela, ove prevista dalla legge, manchi o risulti viziata¹⁶. Si consideri, inoltre, che il potere (che attraverso la querela la vittima

¹⁴ In argomento vedi F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993; A. CANDIAN, *La querela*, Milano, 1951; G. BATTAGLINI, *La querela*, Torino, 1958.

¹⁵ È il caso della perseguibilità a querela della persona offesa dei reati di lesioni colpose anche gravi e gravissime (salvo le eccezioni previste dall'ultimo comma dell'art. 590 c.p.). Vedi F. GIUNTA, *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, cit., p. 37 e ss. e p. 60.

¹⁶ "La mancanza di una condizione di procedibilità porta: all'archiviazione prima dell'udienza preliminare (art. 411 c.p.p.); ad una sentenza di non luogo a procedere dopo l'udienza preliminare (art. 425 c.p.p.); ad una sentenza di proscioglimento predibattimentale (art. 469 c.p.p.); a sentenza di non doversi procedere dopo il dibattimento (art. 529 c.p.p.); ad una sentenza di riforma dopo il processo di appello (art. 605 c.p.p.); ad una sentenza di annullamento senza rinvio a seguito di giudizio in cassazione (art. 620 c.p.p.)", L. SAPONARO, voce *Querela*, in *Dig. disc. pen.*, Milano, 2005, p. 1283, nt. 62.

esercita) di condizionare il procedimento non si esaurisce — se si escludono i casi tassativi di irrevocabilità — con la sua proposizione; di regola, infatti, la querela può essere rimessa fino a che la sentenza non passi in giudicato o il decreto penale di condanna sia inoppugnabile. Attraverso l'istituto della *remissione della querela* il reato si estingue e il giudice, non potendo pronunciare nel merito, emetterà, secondo i casi, sentenza di non luogo a procedere o sentenza di non doversi procedere¹⁷. In proposito pare opportuno evidenziare che, nel caso in cui la remissione intervenga in una fase processuale avanzata, gli effetti di deflazione giudiziale risulteranno alquanto contenuti; vero è, tuttavia, che parallelamente al progredire del procedimento penale si riducono le probabilità di remissione della querela che dunque di fatto assolve la sua funzione di filtro in via preventiva rispetto alla celebrazione del processo in senso stretto¹⁸.

Da ultimo, merita di essere ricordato che esistono nel nostro ordinamento taluni istituti processuali simili negli effetti alla querela, benché da questa siano per altri profili profondamente differenti. È il caso, ad esempio, del *ricorso immediato al giudice di pace*, equiparato alla querela per esplicito disposto normativo¹⁹. Tuttavia, come si è detto, esso non costituisce una condizione di procedibilità ma semplicemente un modo per l'esercizio dell'iniziativa processuale complementare a quello del pubblico ministero²⁰. Oppure, degli istituti del *non luogo a procedere per irrilevanza del fatto* (nel processo minorile) e dell'*esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto* (nella giurisdizione del giudice di pace), da certa dottrina etichettati come condizioni di procedibilità in considerazione della loro idoneità a determinare l'arresto del procedimento con una pronuncia di natura meramente processuale. Quantomeno nella prospettiva che a noi interessa, però, le differenze tra i suddetti istituti e la querela appaiono evidenti: mentre a quest'ultima è estranea qualsiasi valutazione del disvalore del fatto storico (dal momento che una valutazione sulla gravità del comportamento punito è compiuta solo in sede normativa in relazione alla fattispecie astratta), i secondi tengono conto proprio del disvalore concreto dell'illecito e costituiscono strumenti di decriminalizzazione giudiziale.

¹⁷ L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., p. 1295.

¹⁸ In proposito vedi le osservazioni di A. BERNARDI, *La depenalizzazione e le sue diverse forme*, in A. BERNARDI, I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Padova, 2008, pp. 11-12.

¹⁹ Peraltro, si noti che il decreto ha esteso l'operatività del ricorso immediato a *tutti* i reati perseguibili a querela di parte, cioè oltre i limiti indicati dalla legge delega 468/1999, art. 17, lett. c), che così dispone: "previsione che per *taluni* reati perseguibili a querela la citazione in giudizio possa essere esercitata anche direttamente dalla persona offesa col ministero del difensore mediante ricorso al giudice di pace"; L. SAPONARO, voce *Querela*, cit., p. 1297.

²⁰ Vedi *supra*, sub lett. A, in particolare nt. 9.

3. (Segue). *La deprocessualizzazione attraverso diversion.*

In prospettiva di *deprocessualizzazione*, come si sa, il legislatore ha puntato in misura significativa sui riti di giustizia negoziata che tendenzialmente implicano un accordo tra accusa e difesa volto ad evitare la celebrazione di quella fase del procedimento che, anche in considerazione del correlato apparato di garanzie, presenta maggiore complessità e lunghezza: il dibattimento. Essi sono: *a)* il rito abbreviato; *b)* l'applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. patteggiamento); *c)* il procedimento per decreto penale di condanna. “Tutti e tre tali procedimenti speciali vengono qualificati «deflativi» in quanto caratterizzati dalla definizione anticipata del procedimento, con l'adozione di una decisione «allo stato degli atti» vale a dire sugli elementi di prova raccolti dal pubblico ministero: rappresentano quindi l'alternativa inquisitoria rispetto al giudizio ordinario, nel quale, al contrario, si sostanziano le qualità proprie del sistema accusatorio”²¹.

È noto, tuttavia, che tali procedimenti, introdotti con intenti di deflazione processuale, si sono rivelati in concreto inadeguati allo scopo²². Pertanto, al fine di incentivarne l'utilizzo, con legge 16 dicembre 1999, n. 479 (c.d. Carotti) il legislatore ha modificato l'originaria disciplina codicistica²³: ha soppresso il requisito del consenso del pubblico ministero all'instaurazione del rito abbreviato e la previa valutazione sulla decidibilità allo stato degli atti della regiudicanda; ha anticipato all'udienza preliminare il termine entro cui è possibile fare richiesta di patteggiamento²⁴ (prima fissato nel momento immediatamente precedente la dichiarazione di apertura del dibattimento); ha

²¹ E. APRILE, *Profili deflativi del procedimento innanzi al giudice di pace: scelte dell'imputato e della persona offesa*, cit., p. 1852.

²² Per disegnare i procedimenti in oggetto il legislatore si è ispirato alla realtà giuridica statunitense, nell'ambito della quale la giustizia negoziata consente di smaltire in tempi ragionevoli la quasi totalità dei procedimenti penali. Analogo risultato non si è ottenuto però nel nostro Paese, dove è da tempo assodato il sostanziale fallimento dei procedimenti speciali in termini di reale efficacia deflativa. Ciò è in larga misura dovuto alla scarsa attenzione con cui il legislatore ha trasposto i modelli U.S.A. nel nostro ordinamento processuale (retto da principi profondamente diversi da quelli statunitensi) ed è successivamente intervenuto a modificarne la disciplina. S. LORUSSO, *Il patteggiamento “allargato” tra limiti all'accertamento della verità ed esigenze di deflazione processuale*, cit., p. 665 e, in particolare, p. 667 ss.

²³ E. APRILE, *Le modifiche agli istituti del diritto processuale premiale introdotte dalla riforma sul giudice unico*, in *Giur. mer.*, 2001, p. 813 ss.

²⁴ “Tale scelta di anticipazione risponde ad una palese e più generale tendenza alla valorizzazione dell'udienza preliminare propria dell'intera legge «Carotti», con la quale si è voluto cercare di recuperare la logica iniziale del codice di procedura penale del 1988” in cui l'udienza preliminare fungeva da filtro al dibattimento; E. APRILE, *Le modifiche agli istituti del diritto processuale premiale introdotte dalla riforma sul giudice unico*, cit., p. 815.

esteso al decreto penale di condanna irrevocabile i benefici previsti per il patteggiamento “tradizionale”, al fine di ridurre i ricorsi in opposizione aventi mera finalità dilatoria. Con legge 12 giugno 2003, n. 134, poi, il legislatore ha introdotto il c.d. patteggiamento allargato.

Esula dall’economia nonché dagli intenti del presente lavoro un’analisi puntuale dei suddetti istituti, dei quali, pertanto, ci limiteremo a richiamare gli aspetti essenziali.

a) Il *rito abbreviato* (artt. 438 c.p.p. e ss.) consente all’imputato, con istanza unilaterale, di evitare il dibattimento e di ottenere una pronuncia giurisdizionale sulla base degli elementi raccolti durante le indagini preliminari e contenuti nel fascicolo del pubblico ministero²⁵; la legge Carotti, infatti, ha eliminato il requisito del consenso del pubblico ministero all’instaurazione di tale procedimento. La suddetta istanza deve necessariamente essere accolta dal giudice se incondizionata, mentre può essere rigettata se condizionata ad integrazione probatoria.

A compensazione della rinuncia alle garanzie processuali connesse alla celebrazione del dibattimento (ad esempio, formazione della prova in contraddittorio tra le parti di fronte ad un giudice terzo e imparziale²⁶), l’imputato gode di regola della segretezza del giudizio (art. 441, comma 3, c.p.p.) e ha diritto, in caso di condanna, ad uno sconto di un terzo della pena (mentre l’ergastolo è sostituito con trent’anni di reclusione).

Il giudizio abbreviato può essere celebrato anche in conversione di un altro rito speciale purché diverso dal patteggiamento, che presenta rispetto al primo un carattere di alternatività (vige, come noto, la regola *electa una via recursus ad alteram non datur*) e cioè: in sede di opposizione al decreto penale di condanna (art. 464 c.p.p.), oppure per conversione del giudizio direttissimo (art. 452 c.p.p.) o di quello immediato (art. 458 c.p.p.).

²⁵ Per vero, esiste anche il rito abbreviato c.d. *condizionato* ad integrazione probatoria, l’ammissibilità del quale è subordinata al vaglio del giudice circa la necessità di tale integrazione ai fini della decisione e la sua “compatibilità con le finalità di economia processuale proprie del procedimento, tenuto conto degli atti già acquisiti ed utilizzabili” (art. 438, co. 5 c.p.p.). Va ricordato, peraltro, che la Corte costituzionale e la Corte di cassazione sono intervenute a più riprese sul tema venendo di fatto a svuotare i requisiti stabiliti dal codice. Infatti, la prima “ha neutralizzato sostanzialmente la portata del requisito della compatibilità con le finalità di economia processuale proprie del procedimento quando ha precisato che il giudizio abbreviato va posto a raffronto con l’ordinario giudizio dibattimentale e, quindi, in relazione a quest’ultimo si traduce sempre e comunque in una considerevole economia processuale rispetto alla più onerosa formazione della prova in contraddittorio” (sent. 9 maggio 2001, n. 115, in *Gazz. Uff.* 16 maggio 2001, n. 19). La seconda (SS.UU. 27 ottobre-18 novembre 2004, n. 44711, *Wajib*, in *Guida dir.*, 2004, fasc. 49, p. 78), invece, ha stabilito che la necessità vada valutata “in relazione ad un qualsiasi aspetto rilevante della regiudicanda”, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, Milano, 2008, p. 644.

²⁶ La rinuncia al diritto di formazione della prova nel pieno contraddittorio tra le parti è totale allorché, in sede di indagini preliminari o di udienza preliminare, non sia stato neppure celebrato incidente probatorio.

b) L'applicazione della pena su richiesta delle parti (c.d. *patteggiamento*, art. 444 c.p.p. e ss.) è il rito speciale alternativo a quello abbreviato mediante il quale imputato e pubblico ministero, in determinati casi previsti dalla legge, si accordano sull'applicazione di una sanzione sostitutiva o di una pena diminuita fino ad un terzo mediante una pronuncia giurisdizionale basata sui verbali degli atti di indagine e priva di efficacia extrapenale²⁷. In un caso particolare, poi, il patteggiamento può essere applicato sulla base della volontà unilaterale dell'imputato, prescindendo totalmente dal consenso della pubblica accusa (alla quale è concesso unicamente la possibilità di fare appello ai sensi dell'art. 448, co. 2, c.p.p.). Si tratta dell'ipotesi in cui, dopo la rinnovazione della richiesta di patteggiamento da parte dell'imputato prima dell'apertura del dibattimento di primo grado²⁸, il pubblico ministero non presta il proprio consenso a che il giudice del dibattimento esamini la richiesta di patteggiamento. "In tal caso il giudice del dibattimento non può accogliere immediatamente la richiesta formulata dall'imputato poiché sacrificerebbe il diritto alla prova spettante alla pubblica accusa. Il potere del giudice di pronunciare sentenza malgrado il dissenso del pubblico ministero può essere esercitato soltanto dopo la chiusura del dibattimento quando il giudice stesso è in grado di valutare, alla luce delle prove raccolte, se le ragioni del dissenso della pubblica accusa erano giustificate"²⁹.

Si consideri inoltre che, a differenza di tutti gli altri riti speciali, i quali presuppongono l'esercizio dell'azione penale e dunque la formulazione dell'imputazione, il patteggiamento può essere esperito già nel corso delle indagini preliminari (art. 447 c.p.p.).

Il codice prevede due diverse forme di patteggiamento: l'uno c.d. *tradizionale* (o *semplice*), che ricorre quando la pena pattuita, tenuto conto delle circostanze e diminuita fino a un terzo, non super due anni soli o congiunti a pena pecuniaria, e al quale conseguono forti benefici (art. 445 c.p.p.); l'altro, c.d. *allargato* (in considerazione della "larghezza" delle condizioni previste per la sua ammissibilità), che ricorre quando la suddetta pena, analogamente calcolata, non superi i cinque anni soli o congiunti a quella

²⁷ Sull'annosa questione della natura della sentenza di patteggiamento (e specialmente del rapporto tra patteggiamento e accertamento della responsabilità) vedi, ad esempio, G. LOZZI, *Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1167 ss.; L. RISICATO, *I riflessi sostanziali del c.d. patteggiamento "allargato": l'irriducibile attrito tra giustizia penale negoziale, funzioni della pena e tutela della vittima*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 877 ss.

²⁸ Come si sa, la suddetta rinnovazione può aversi quando il pubblico ministero non abbia prestato il proprio consenso alla richiesta di patteggiamento oppure quando questa sia stata rigettata dal giudice per le indagini preliminari.

²⁹ P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., p. 665.

pecuniaria (cioè a reati di gravità non modesta, sanzionati anche con undici anni di pena detentiva³⁰).

Come si sa, il patteggiamento allargato è stato introdotto, con palesate finalità deflative, dal momento che i riti speciali premiali già esistenti non avevano dato i risultati auspicati in termini di deprocessualizzazione. Tuttavia, esso ha avuto un'applicazione inferiore alle aspettative, nonostante che il suo ambito applicativo fosse assai ampio (si è detto, esso è applicabile anche a reati sanzionati con undici anni di reclusione). Il motivo è di tutta evidenza: la “sostanziale coincidenza con l'area coperta dal giudizio abbreviato — e si tratta, si badi bene, di considerazioni prospettate già prima dell'entrata in vigore della l. 134/2003, poi avallate dalla pratica — che però offre maggiori garanzie e direi anche maggiori utilità per l'imputato, fa propendere sicuramente quest'ultimo per il giudizio abbreviato piuttosto che per il patteggiamento, soprattutto in considerazione della configurazione normativa del “patteggiamento allargato”, che non prevede benefici legati normalmente all'adozione del “patteggiamento semplice” (in aggiunta alla riduzione della pena fino ad un terzo), quali la mancata condanna delle spese processuali, l'impossibilità di applicare pene accessorie e di irrogare misure di sicurezza (eccezion fatta per la confisca) (art. 445 comma 1 c.p.p.) o l'estinzione del reato e di ogni effetto penale in caso di mancata commissione di un ulteriore delitto o di una contravvenzione della stessa indole, rispettivamente nei cinque o nei due anni successivi, con possibilità di usufruire nuovamente della sospensione condizionale della pena (art. 445 comma 2 c.p.p.) qualora sia stata applicata una pena pecuniaria o una pena sostitutiva”³¹.

c) Il procedimento per decreto penale di condanna (art. 459 c.p.p. e ss.) consente di evitare la celebrazione non solo del dibattimento ma anche della stessa udienza preliminare, sulla base di richiesta unilaterale del pubblico ministero e con provvedimento emesso *de plano* dal giudice delle indagini preliminari, nonché di applicare una sanzione pecuniaria diminuita sino alla metà rispetto al minimo edittale.

³⁰ “...i reati che possono diventare oggetto di pena concordata sono numerosi; si tratta di tutti quei reati per i quali la pena da concordare, prima di operare la riduzione fino a un terzo, si colloca fino a sette anni e sei mesi. Ciò significa che, ove le attenuanti prevalgano sulle aggravanti, sono teoricamente negoziabili reati punibili con una pena base fino a undici anni di reclusione”, P. TONINI, *Manuale di procedura penale*, cit., pp. 656-657. In termini analoghi anche E. CORDERO, *Procedura penale*, Milano, 2006, p. 1039 (“Nel nuovo regime la soglia massima sale a 11 anni e 3 mesi, ricorrendo un'attenuante, e supera i 15 quando le attenuanti siano due”); L. RISICATO, *I riflessi sostanziali del c.d. patteggiamento “allargato”: l'irriducibile attrito tra giustizia penale negoziale, funzioni della pena e tutela della vittima*, cit., pp. 872-873.

³¹ S. LORUSSO, *Il patteggiamento “allargato” tra limiti all'accertamento della verità ed esigenze di deflazione processuale*, cit., p. 666.

Come anticipato, la legge Carotti ha incentivato il suo utilizzo venendo in sostanza a prevedere per esso benefici analoghi a quelli già previsti per il patteggiamento tradizionale³². Esso, tuttavia, presenta un ambito applicativo assai più ristretto rispetto agli altri riti speciali premiali, giacché concerne solamente i reati per i quali è applicabile una pena pecuniaria (anche se sostitutiva di pena detentiva breve).

4. *La deflazione in sede processuale: la decriminalizzazione giudiziale.*

Nell'ambito della decriminalizzazione giudiziale rientrano meccanismi e istituti che precludono la sentenza sul fatto o la pena in base a valutazioni giudiziali di merito relative al reato commesso (decriminalizzazione giudiziale valutativa); oppure in base a ragioni di opportunità politico-criminale che non implicano — o, come si dirà, implicano solo in via del tutto marginale o eventuale — giudizi di valore sulla vicenda criminosa oggetto di cognizione (decriminalizzazione giudiziale avalutativa).

Mi pare che gli istituti suddetti possano essere ordinati in *tre gruppi*, i primi due di decriminalizzazione valutativa, il terzo di decriminalizzazione avalutativa: *a)* nel primo rientrano gli istituti e i meccanismi deflativi basati sul *modesto disvalore del fatto*, i quali dunque implicano un giudizio incentrato sull'offensività del reato complessivamente considerato; *b)* nel secondo rientrano quelli di carattere premiale, in base ai quali si rinuncia all'applicazione della pena in considerazione delle *condotte post factum del reo volte a contenere o elidere il danno o il pericolo derivante dall'illecito*; *c)* nel terzo, invece, rientrano quelli che operano in considerazione di mere ragioni di *opportunità politico-criminale*.

5. *(Segue). La decriminalizzazione giudiziale basata sul modesto o assente disvalore del fatto.*

Il primo dei suddetti gruppi comprende istituti che consentono di arrestare il processo tendenzialmente prima della pronuncia della sentenza di merito, perlopiù in considerazione del *modesto disvalore del reato* per cui si procede, quindi per la carenza in concreto di meritevolezza di pena del reo. Le valutazioni giurisdizionali ad essi sottese non inglobano, diversamente che nel gruppo seguente, eventuali condotte *post*

³² E. APRILE, *Le modifiche agli istituti del diritto processuale premiale introdotte dalla riforma sul giudice unico*, cit., pp. 819-820.

factum del reo volte a mitigare o annullare le conseguenze dannose o pericolose dell'illecito ma si concentrano esclusivamente sul fatto di reato nella sua duplice dimensione oggettiva e soggettiva.

In altri termini, i suddetti istituti consentono di attuare in sede applicativa i principi di offensività e di proporzione/sussidiarietà della risposta sanzionatoria al fatto commesso, giacché escludono la sanzione in relazione a condotte concretamente inoffensive o scarsamente offensive³³, orientando la deflazione verso i reati bagatellari c.d. impropri,

³³ È doveroso sottolineare che nei progetti di riforma del codice penale elaborati dai primi anni '90 ad oggi e in taluni recenti disegni di legge si registra una spiccata tendenza a rafforzare il ruolo del principio di offensività proprio in prospettiva di deflazione e, più in generale, di contenimento della tendenza espansiva del sistema delle incriminazioni.

Nel progetto Pagliaro, ad esempio, si intendeva valorizzare tale principio non solo in sede applicativa, vincolando il giudice ad interpretare la norma "in modo da limitare la punibilità ai fatti offensivi del bene giuridico" (art. 4), ma anche in sede legislativa, prescrivendo che le fattispecie fossero modellate su reali modalità ontologiche di aggressioni ai beni giuridici (art. 54).

Nel progetto della Commissione Bicamerale per la riforma della Costituzione, il nuovo art. 129, co. 1 e 2, stabiliva: "Le norme penali tutelano beni di rilevanza costituzionale. Non è punibile chi ha commesso un fatto previsto come reato nel caso in cui esso non abbia determinato una concreta offensività" (in argomento, vedi diffusamente M. DONINI, *L'art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997 — Per una progressione "legale", prima che "giurisprudenziale", dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Alla ricerca di un disegno — Scritti sulla riforma penale in Italia*, Padova, 2003, p. 67 e ss.). Inoltre, "nel testo dell'art. 112 Cost., dopo la riaffermazione del principio di obbligatorietà dell'azione penale, si aggiungeva che «la legge stabilisce le misure idonee ad assicurarne l'effettivo esercizio» e che «il pubblico ministero chiede al giudice di dichiarare l'improcedibilità dell'azione penale nei casi in cui ritenga insussistente l'offensività del fatto ovvero l'interesse pubblico al suo perseguimento»", R. BARTOLI, *L'irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. "verticale" del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1473.

L'art. 12, d.d.l. n. 4625/C del 3 marzo 1998, poi, intendeva introdurre l'art. 346-bis c.p.p. che avrebbe escluso la procedibilità per irrilevanza penale del fatto, salvo opposizione dell'imputato, in relazione ai reati sanzionati con una pena detentiva non superiore nel massimo a tre anni ovvero con una pena pecuniaria sola o congiunta alla predetta pena. Il secondo comma della nuova disposizione precisava: "Il fatto è penalmente irrilevante quando, rispetto all'interesse tutelato, l'esiguità del danno o del pericolo che ne è derivato, nonché le modalità della condotta, la sua occasionalità, valutata anche in relazione alla capacità a delinquere del reo, e il grado della colpevolezza non giustificano l'esercizio dell'azione penale".

Nel Progetto Grosso, l'art. 2, co. 2, disponeva: "Le norme incriminatrici non si applicano ai fatti che non determinano una offesa del bene giuridico", mentre l'art. 74 escludeva la punibilità, in relazione ai reati puniti con pena detentiva non superiore nel massimo ai due anni, in caso di particolare tenuità del fatto (per la minima entità del danno o del pericolo nonché per la minima colpevolezza dell'agente), occasionalità del comportamento, insussistenza di pretese risarcitorie e di esigenze di prevenzione — generale o speciale — tali da richiedere una qualsiasi misura nei confronti dell'autore del reato.

Nel progetto Nordio, l'art. 7, recante "Offensività del reato", statuiva che la norma incriminatrice fosse applicata ai soli casi in cui si fosse verificato un danno o un pericolo per l'interesse da essa specificamente protetto.

Infine, nel più recente progetto Pisapia, l'art. 2 ("Principio di offensività. Irrilevanza del fatto") disponeva che nessuno fosse punito per un fatto inoffensivo di beni giuridici costituzionalmente rilevanti o in concreto inoffensivo dei beni giuridici presidiati dalla norma incriminatrice, oppure nei casi di tenuità dell'offesa o di occasionalità del comportamento.

cioè reati di modesto disvalore in concreto, benché ascrivibili a fattispecie astratte idonee a comprendere altresì fatti di disvalore assai maggiore³⁴. Essi sono:

a) l'istituto del *non luogo a procedere per irrilevanza del fatto*³⁵ (art. 27 d.lgs. 22 settembre 1988, n. 448), in forza del quale “durante le indagini preliminari, se risulta la tenuità del fatto e l'occasionalità del comportamento, il pubblico ministero chiede al giudice sentenza di non luogo a procedere (...) quando l'ulteriore corso del procedimento pregiudica le esigenze educative del minorenne”³⁶.

b) *L'esclusione della procedibilità nei casi di particolare tenuità del fatto* (art. 34 d.lgs. 28 agosto 2000 n. 274), che opera nella giurisdizione di pace in considerazione dell'esiguità e dell'occasionalità dell'offesa, del grado di colpevolezza, nonché delle particolari esigenze (di lavoro, di studio, di famiglia, di salute) dell'indagato o dell'imputato; e sempre che, in sede di indagini preliminari o in sede processuale, non constino, rispettivamente, l'interesse contrario della vittima oppure l'opposizione di quest'ultima o dello stesso imputato.

c) Il *reato impossibile* (art. 49, co. 2, c.p.), che esclude la punibilità “quando, per l'inidoneità dell'azione o per la inesistenza dell'oggetto di essa, è impossibile l'evento dannoso o pericoloso”³⁷.

d) Con qualche riserva, il *perdono giudiziale* (art. 169 c.p.), che consente al giudice minorile di astenersi dal pronunciare il rinvio a giudizio o la sentenza di condanna in

³⁴ Sul punto vedi C. E. PALIERO, «*Minima non curat praetor*» - *Iperrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985, p. 646 ss.

³⁵ In argomento vedi R. BARTOLI, *L'irrilevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. “verticale” del diritto penale*, cit., p. 1474; ID., *L'irrilevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, a cura di G. De Francesco, E. Venafro, Torino, 2002, p. 101 ss.

In dottrina si è osservato che tale istituto rappresenta una delle rare forme di manifestazione della mediazione nel nostro ordinamento penale, in quanto il decreto legislativo 448/1988 non esclude che, per le valutazioni giudiziali di cui all'art. 27, il giudice possa utilizzare elementi raccolti anche ai sensi dell'art. 9 del medesimo decreto, e cioè anche attraverso pratiche mediatricie (G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, a cura di G. De Francesco, E. Venafro, cit., p. 131). A nostro avviso, proprio la compatibilità con la mediazione differenzia nettamente il suddetto istituto da quello (che dall'altro trae ispirazione) dell'improcedibilità per la particolare tenuità del fatto (nella giurisdizione di pace, art. 34 d.lgs. 274/2000). Infatti quest'ultimo non prevede un previo e significativo coinvolgimento della vittima, alla quale è data solamente facoltà di opporsi alla dichiarazione giudiziale, per l'appunto, della particolare tenuità del fatto. Per la definizione, sia pur sommaria, di mediazione vedi *infra*, sub nt. 40.

³⁶ Giova sottolineare che anche questo, come gli altri istituti di diritto minorile da noi considerati, si inserisce in un apparato normativo (quello sul processo minorile, appunto) marcatamente derogatorio a quello disciplinante il processo ordinario in ragione della particolare valorizzazione della persona del minore e dell'istanza rieducativa.

³⁷ M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004, sub art. 49, p. 511 ss.

relazione a fatti di gravità contenuta (sanzionati in astratto con pena detentiva fino ai due anni o con pena pecuniaria di € 1.549, anche se congiunta alla prima), quando — avuto riguardo alle circostanze indicate nell'articolo 133 c.p. (quindi, anche alla gravità del fatto in concreto, desunta dalle modalità della condotta, dal grado dell'offesa e della colpevolezza) — presume che il colpevole (che non sia già stato condannato a pena detentiva per delitto, o dichiarato delinquente o contravventore abituale o professionale) si asterrà dal commettere ulteriori reati³⁸.

6. (Segue). *La decriminalizzazione giudiziale “premiata”.*

Il secondo gruppo comprende meccanismi preclusivi della sentenza di merito non tanto in considerazione del (modesto) disvalore del fatto (si pensi alla sospensione del processo con messa alla prova, che può operare anche in relazione a fatti di rilevante disvalore, sanzionate con l'ergastolo), quanto piuttosto delle *condotte* post factum *del reo volte a contenere o elidere il danno o il pericolo derivanti dall'illecito*.

Tali meccanismi (cause di estinzione del reato e cause di non punibilità) hanno carattere premiale³⁹ o, in taluni casi, conciliativo/mediatoria⁴⁰. Essi sono:

³⁸ Le nostre riserve nell'inserire l'istituto in esame tra i meccanismi di decriminalizzazione giudiziale basata sul modesto disvalore del reato derivano essenzialmente dalla circostanza che l'art. 169 c.p. sembra attribuire un peso di gran lunga prevalente, nella valutazione del giudice in ordine alla sua applicabilità, non tanto alla ridotta offensività del fatto (come invece accade nel caso dell'improcedibilità per irrilevanza del fatto) quanto, piuttosto, alle istanze rieducative del minore e alla prognosi di non recidiva. Vedi *infra*, sub nt. 45.

³⁹ “Il diritto penale premiale sostanziale accorda benefici (in termini di non o minore punibilità) ad un soggetto che, avendo già intrapreso una condotta almeno potenzialmente costituente reato, tiene un comportamento antagonista rispetto all'offesa (di pericolo o di danno), eliminandola, attenuandola o impedendo conseguenze ulteriori, oppure tiene un comportamento funzionale alla soddisfazione di interessi diversi da quello offeso, ma pur sempre rilevanti in un'ottica di contenimento di beni giuridici o, infine, tiene un comportamento idoneo a suscitare un giudizio di non o minore pericolosità sociale o di avvenuta o più agevole risocializzazione”, C. RUGA RIVA, voce *Premialità (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 4422.

⁴⁰ Pare opportuno precisare che sul rapporto tra il concetto di mediazione e quello di conciliazione/riparazione non si registra un orientamento unanime e consolidato in dottrina.

Vi è chi, ad esempio, accoglie un concetto “minimo” e piuttosto ampio di mediazione, ricondotta *nell'alveo della giustizia riparativa* e definita come “un processo informale in cui l'autore e la vittima di un reato, sotto la guida di un mediatore, discutono del fatto criminoso e dei suoi effetti sulla vita e sulle relazioni sociali della vittima”; così G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, a cura di G. De Francesco, E. Venafro, cit., p. 124. Lo stesso A. afferma: “Nel contesto giuridico-penale, la mediazione — sia essa finalizzata alla riparazione del danno, alla riconciliazione tra autore e vittima, alla realizzazione di condotte aventi efficacia estintiva del reato o, ancora, al compimento di un percorso riconciliativo valutabile nel procedimento di sorveglianza — emerge nella sua funzione di strumento di soluzione dei conflitti a cui si

a) l'estinzione del reato in seguito al buon esito del *tentativo di conciliazione* esperito dal giudice di pace, nei procedimenti relativi ai reati perseguibili a querela della persona

può ricorrere prima o nel corso o addirittura successivamente alla vicenda processuale" (*ivi*, p. 118). In sostanza, la mediazione implica il superamento del paradigma classico retributivo-preventivo e del tradizionale modello di giustizia penale "del conflitto" e il progressivo avvicinamento ad un modello (nuovo) di giustizia penale "del consenso", in cui assume un ruolo centrale il dialogo tra le parti della vicenda criminosa, in una prospettiva di generale valorizzazione del ruolo della vittima. Dall'ambito della giustizia riparativa/mediatoria, l'A. esclude quegli istituti di stampo premiale che implicano una diminuzione (o la non applicazione) della pena prevista per il fatto concreto, in virtù di condotte del reo volte a riparare o mitigare l'offesa arrecata col reato, in vista di un vantaggio esclusivamente personale e indipendentemente da qualsivoglia considerazione delle ragioni della vittima (vedi altresì G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, p. 1129 ss. e, in particolare, p. 1150 ss.).

In modo parzialmente analogo, vi è chi include *nella giustizia conciliativa* la mediazione, distinguendo però tra conciliazione *in senso ampio*, che "mira a ristabilire un dialogo tra l'ordinamento giuridico e l'agente di reato" attraverso istituti volti a incentivare l'eliminazione delle conseguenze del fatto illecito, e conciliazione *in senso stretto* (mediazione) che mira a ristabilire un dialogo concreto "tra l'agente e la vittima" attraverso istituti volti a soddisfare in concreto le reali istanze della persona offesa (L. EUSEBI, *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, cit., pp. 1122-1123).

E, ancora, vi è chi, prendendo le mosse da una definizione metagiuridica di mediazione ("prassi volta al superamento di conflitti interpersonali, grazie alla guida di un terzo disinteressato, capace di stabilire o ripristinare un contatto comunicativo" esclusivamente tra autore del reato e vittima; R. ORLANDI, *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenza di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1171 ss.), la *distingue nettamente dalla conciliazione*, la quale comprende i soli meccanismi in forza dei quali l'ordinamento — non la persona offesa — rinuncia o attenua la sua pretesa punitiva nei confronti del reo. Lo stesso A., poi, lungi dall'avallare una commistione tra i concetti "conciliazione" e "mediazione", richiama la Raccomandazione n° R(99)19 del Consiglio d'Europa, del 15 settembre 1999, secondo cui è mediazione "any process whereby the victim and the offender are enabled, if they freely consent, to participate actively in the resolution of matters arising from the crime through the help of an impartial third party (mediator)". Secondo questa definizione, quindi, la mediazione presuppone: a) una relazione tra reo e vittima (il che esclude meccanismi tesi a riparare il conflitto tra reo e ordinamento giuridico, quali ad esempio, quelli di estinzione del reato in seguito a condotte riparatorie); b) "libertà di scelta nell'ingresso e partecipazione attiva" di "entrambi i soggetti coinvolti" (il che esclude meccanismi di natura premiale, ai quali il reo aderisce in via esclusiva per il perseguimento di un utile individuale); c) un mediatore indipendente dagli interessi delle parti coinvolte nel processo mediatorio, nonché da "condizionamenti giuridici" (*ivi*, pp. 1172-1174, e, in particolare, nt. 5). L'A. sottolinea più volte la necessità di distinguere tra mediatore e giudice: "«Mediare» e «giudicare» implicano abilità differenti destinate ad ostacolarsi reciprocamente, se a esercitarle fosse una stessa persona. Colui che «media» deve possedere capacità di comunicazione, facilità di relazione umana, doti di empatia, di ascolto: egli è a servizio delle parti in conflitto e non ha poteri su di esse. Chi giudica, viceversa, è nella condizione di esercitare un potere sui partecipanti alla contesa: quel potere senza il quale il comando della legge non potrebbe convertirsi in sentenza; dal giudice si esige imparzialità, distacco emotivo, preparazione giuridica" (*ivi*, pp. 1182-1183). In altri termini, "la mediazione penale punta a ottenere risultati sul terreno delle relazioni interpersonali, al di fuori del processo e grazie all'attività di un soggetto (il mediatore) che non interviene in nome, bensì «in vece» dello Stato" (*ivi*, p. 1176).

Al di là delle differenze degli orientamenti ora richiamati, tutti individuano una caratteristica imprescindibile della mediazione; e cioè la valorizzazione del ruolo della vittima per la composizione del conflitto ingenerato dal reato. Un istituto che consenta di chiudere (almeno formalmente) quel conflitto prescindendo dalle specifiche esigenze della persona offesa non appartiene, quindi, alla mediazione in senso proprio.

offesa (art. 29 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274). Secondo certa dottrina, si tratta del primo esempio di mediazione nella giustizia per maggiorenni, dal momento che il reato si estingue per effetto di una pacificazione del conflitto tra autore e vittima del reato; ma di parere contrario è quella dottrina secondo la quale la mediazione implica necessariamente l'intervento di un soggetto terzo al rapporto processuale⁴¹, dal momento che, *ex art. 29*, il suddetto tentativo può essere esperito anche direttamente dal giudice.

Solo negli effetti analoga è l'estinzione del reato *ex art. 555*, co. 3, c.p.p., poiché il giudice monocratico non deve avviare una vera e propria procedura di conciliazione, dovendo limitarsi a verificare la volontà di parte offesa di rimettere la querela.

b) L'estinzione del reato allorché il reo attui *condotte riparatorie del danno derivante dal reato* che siano ritenute idonee dal giudice (di pace) a soddisfare le istanze di riprovazione del fatto e di prevenzione (art. 35 d.lgs. 28 agosto 2000, n. 274). Tale istituto è alternativo a quello della conciliazione di cui all'art. 29 del citato decreto: esso "è, dunque, operante in tutti quei casi nei quali, non ostando il ristoro o il risarcimento, permanga un'indisponibilità della persona offesa alla conciliazione, il cui parere, che pure deve essere obbligatoriamente acquisito, se negativo non è però affatto vincolante per il giudice"⁴². In considerazione del limitato ruolo della vittima, che "ha unicamente il diritto di essere ascoltata prima della dichiarazione di estinzione del reato"⁴³, vi è chi esclude che l'istituto in esame appartenga alla mediazione, dal momento che, secondo l'opinione maggioritaria, questa implica che la composizione del conflitto sia frutto di un autentico dialogo tra gli attori della vicenda criminosa. Ma non mancano voci contrarie, che individuano in questo meccanismo estintivo una peculiare forma di mediazione penale, in cui il giudice assume un ruolo propulsivo verso la conciliazione, dovendo egli stesso giudicare se le condotte riparatorie siano in concreto idonee a soddisfare l'interesse della persona offesa⁴⁴.

c) L'estinzione del reato in seguito alla *sospensione del processo con messa alla prova* (artt. 28 e 29 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448) nel processo minorile. Il giudice dispone la sospensione quando ritiene di dover valutare la personalità del minore in seguito ad un programma di trattamento e di sostegno e "dichiara con sentenza estinto il

⁴¹ Vedi *supra*, sub nt. 40.

⁴² E. APRILE, *Profili deflativi del procedimento innanzi al giudice di pace: scelte dell'imputato e della persona offesa*, cit., p. 1862.

⁴³ G. MANNOZZI, *Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, a cura di G. De Francesco, E. Venafro, cit., p. 136.

⁴⁴ G. FIDELBO, voce *Giudice di pace (nel dir. proc. pen.)*, cit., p. 300 ss.

reato se, tenuto conto del comportamento del minorenne e della evoluzione della sua personalità, ritiene che la prova abbia dato esito positivo”⁴⁵.

d) *Talune cause di estinzione del reato di parte speciale.*

Si pensi, per esempio, al tardivo adempimento dell’obbligo estintivo del reato di insolvenza fraudolenta (art. 641 c.p.); oppure, nell’ambito della normativa extracodicistica, alla “rimessione in pristino delle aree o degli immobili soggetti a vincoli paesaggistici, da parte del trasgressore, prima che venga disposta d’ufficio dall’autorità amministrativa, e comunque prima che intervenga la condanna”⁴⁶, di cui all’art. 181, co. 1 *quinquies*, d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42, che estingue il reato di cui al comma 1 del medesimo articolo, cioè l’esecuzione di lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici, senza la prescritta autorizzazione o in difformità da essa⁴⁷.

O, ancora, si pensi a quel peculiare meccanismo estintivo recentemente introdotto dal decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, meglio noto come Testo Unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. L’art. 302 di tale decreto dispone, per tutte le contravvenzioni sanzionate in via esclusiva con pena detentiva (e, quindi, escluse dall’ambito di applicazione dell’oblazione condizionata di cui all’art. 301 t.u. citato), la *sostituzione*, in sede di condanna, *della pena dell’arresto con quella dell’ammenda*⁴⁸, “se entro la conclusione del giudizio di primo grado, risultano eliminate tutte le irregolarità, le fonti di rischio e le eventuali conseguenze dannose del reato”. L’ultimo comma del medesimo articolo dispone, poi, che “il reato si estingue decorsi tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza senza che l’imputato abbia commesso ulteriori

⁴⁵ Benché la sospensione del processo con messa alla prova possa sembrare una forma di manifestazione della mediazione penale in senso ampio (per meglio dire, di conciliazione, vedi *supra*, sub nt. 40), in quanto il secondo comma del succitato art. 28 attribuisce al giudice la facoltà di “impartire prescrizioni dirette a riparare le conseguenze del reato e a promuovere la conciliazione del minorenne con la persona offesa dal reato”, è stato opportunamente osservato che si tratta “pur sempre di prescrizioni inserite nel tessuto di una norma formulata sin dall’inizio per ottimizzare le esigenze educative del minore autore del reato” e nella quale la conciliazione-riparazione “è parte di un progetto educativo con obiettivi diversi da quelli di un intervento puntuale come la mediazione”, G. MANNOZZI, *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, cit., p. 130.

⁴⁶ C. RUGA RIVA, voce *Premialità (dir. pen.)*, cit., p. 4422.

⁴⁷ L’autodemolizione delle opere abusive non estingue invece il reato urbanistico, in considerazione dello specifico oggetto giuridico di questo, cioè l’interesse a che non sia eluso il controllo che l’autorità amministrativa deve esercitare sull’attività edilizia assoggettata a regime concessorio (Cass., sez. III, 10 gennaio 2007, n. 231).

⁴⁸ Di primo acchito parrebbe lecito classificare tale meccanismo tra quelli di deflazione carceraria, in quanto esso comporta la sostituzione di una pena detentiva con una pecuniaria; tuttavia, la decisa valorizzazione delle condotte riparatorie, al fine del perfezionamento della fattispecie estintiva in esame, ci fa propendere per il suo inquadramento tra i meccanismi di decriminalizzazione giudiziale premiale. *Amplius*, vedi *infra*, sub nt. 49.

reati in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ovvero quelli di cui agli articoli 589 e 590 del codice penale, limitatamente all'ipotesi di violazione delle norme relative alla prevenzione degli infortuni sul lavoro. In questo caso si estingue ogni effetto penale della condanna"⁴⁹.

e) La *desistenza* dall'azione criminosa nell'ambito del delitto tentato (art. 56 c.p.).

f) Particolari *cause di non punibilità previste nella parte speciale* quali, ad esempio, la ritrattazione in relazione a taluni reati contro l'amministrazione della giustizia (art. 376 c.p.)⁵⁰; oppure, le condotte previste dall'art. 308 e 309 c.p., in relazione, rispettivamente, ai delitti di cospirazione politica e di banda armata.

g) Cause di estinzione del reato o di esclusione della punibilità previste dai *provvedimenti clemenziali c.d. atipici*.

Come si sa, in dottrina si distingue tra provvedimenti clemenziali tipici e atipici. I primi (amnistia, indulto, grazia), che costituiscono l'originaria forma di manifestazione della *indulgentia principis*, spezzano il nesso reato-sanzione in considerazione di

⁴⁹ “La linea politico-criminale seguita è, ancora una volta, quella volta alla valorizzazione delle condotte riparatorie *in extremis*, dirette ad elidere le conseguenze dannose o pericolose del reato. Lo scopo viene raggiunto con l'introduzione di un inedito meccanismo di commutazione della pena detentiva con effetto estintivo, con il quale si dà ingresso nel sistema ad uno strumento di degradazione dell'illecito in concreto. L'effetto estintivo premiale è ancorato a condotte ripristinatorie, e al ricorrere di ulteriori condizioni oggettive e soggettive (art. 302, comma 2, lett. *a* e *b*, t.u.) sintomatiche del rilievo bagatellare “in concreto” della contravvenzione infortunistica. In tale prospettiva, si comprende la *ratio* dell'esclusione oggettiva nel caso in cui «la violazione abbia avuto un contributo causale nel verificarsi di un infortunio sul lavoro»: il parametro impiegato dal giudice, ai fini della «degradazione dell'illecito», è rapportato agli sviluppi offensivi rispetto ai “beni finali” implicati dalla tutela funzione prevenzionistica “violata”, secondo il paradigma della seriazione degli interessi protetti. L'inosservanza delle norme contravvenzionali, quindi, non deve condurre in concreto ad un addebito di colpa specifica per l'evento. Ma v'è di più: la condotta riparatoria dell'autore, nella prospettiva delineata, deve tradursi nella radicale neutralizzazione del rischio, incorporato nella regola cautelare violata e nella eliminazione delle conseguenze dannose del reato. L'effetto estintivo si produce dopo tre anni dal passaggio in giudicato della sentenza che accerta il fatto, trascorsi senza che l'imputato abbia commesso ulteriori reati in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ovvero quelli di agli artt. 589 e 590 c.p., limitatamente all'ipotesi di violazione delle norme relative alla prevenzione degli infortuni sul lavoro. In questo caso, si estingue ogni effetto penale della condanna. In definitiva, questo meccanismo premiale preserva, da una parte, l'efficacia generalpreventiva della sanzione penale, dall'altra, potenzia la funzione di prevenzione del rischio, propria delle norme contravvenzionali in materia di salute e sicurezza sul lavoro”, N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 837-838.

⁵⁰ Tale causa di non punibilità opera in favore dell'autore di taluni reati contro l'amministrazione della giustizia e, segnatamente, contro l'attività giudiziaria — cioè i reati di false informazioni al pubblico ministero (art. 371 *bis* c.p.), false dichiarazioni al difensore (art. 371 *ter* c.p.), falsa testimonianza (art. 372 c.p.), falsa perizia o interpretazione (art. 373 c.p.) — se egli, “nel procedimento penale in cui ha prestato il suo ufficio o reso le sue dichiarazioni, ritratta il falso e manifesta il vero non oltre la chiusura del dibattimento. Qualora la falsità sia intervenuta in una causa civile, il colpevole non è punibile se ritratta il falso e manifesta il vero prima che sulla domanda giudiziale sia pronunciata sentenza definitiva, anche se non irrevocabile”.

particolari interessi di natura strettamente politica; i secondi, invece, spezzano quel medesimo nesso in favore di altri interessi ritenuti prevalenti in sede di bilanciamento con il bene tutelato dalla norma oggetto del provvedimento⁵¹. In particolare, questi ultimi garantiscono “l’impunità retroattiva, per fatti consumatisi prima dell’entrata in vigore della legge, a condizione che l’agente tenga determinate condotte *lato sensu* riparatorie entro determinati lassi di tempo, il tutto, diversamente dalle ipotesi classiche di amnistia e indulto condizionati, al di fuori della procedura (art. 79 cost.) e dei presupposti richiesti per i provvedimenti di clemenza”⁵².

Pertanto, solo i provvedimenti clemenziali atipici sono idonei a realizzare una deflazione in concreto di tipo premiale, dal momento che solamente essi implicano una rinuncia alla pena previa valutazione di merito sul fatto⁵³. Tra questi rientrano, ad esempio, i provvedimenti che attribuiscono efficacia estintiva del reato alle *dichiarazioni di emersione del lavoro irregolare* da parte dell’imprenditore, o quelle relative al lavoro irregolare prestato da soggetti extracomunitari da parte del datore di lavoro (non imprenditore); oppure, i vari provvedimenti di *condono: fiscale, edilizio* (sia pure con qualche riserva)⁵⁴, *previdenziale*⁵⁵.

⁵¹ I provvedimenti clemenziali *tipici* “perseguono interessi prettamente politici, estranei ai valori sottesi al sistema penale” o, in ogni caso, “interessi politici suscettibili, con qualche sforzo, di essere formalizzati in interessi più strettamente giuridici (efficienza dell’amministrazione della giustizia, dignità dei detenuti) ma che comunque rimangono estranei ad una logica di stretto bilanciamento giuridico con il bene tutelato dalle fattispecie incriminatrici”.

I provvedimenti clemenziali *atipici*, invece, attuano un “bilanciamento tra gli interessi sacrificati dalla clemenza e altri interessi che viceversa essa salvaguarderebbe. Si tratta di interessi sussumibili in *uno o più beni giuridici diversi da quello tutelato dalla norma incriminatrice*, ma comunque *interni* al sistema e ritenuti prevalenti in un’ottica di bilanciamento”; oppure, “incentivano condotte che, seppure tardivamente, reintegrano lo *stesso bene* tutelato dal reato in relazione al quale opera il provvedimento clemenziale”. C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, «indultino»: forme e limiti costituzionali dell’impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 209 ss.; ID., *Io ti assolvo nel nome del sindacato: un’inedita ipotesi di sanatoria previdenziale subordinata ad accordo sindacale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 957-958.

⁵² C. RUGA RIVA, voce *Premialità (dir. pen.)*, cit., p. 4423. Vedi, altresì, ID., *Sanatorie, condoni, «indultino»: forme e limiti costituzionali dell’impunità retroattiva*, cit., p. 203.

⁵³ Tali provvedimenti presentano una certa affinità con talune cause di estinzione del reato previste per singole fattispecie o per singole materie (vedi *supra*, sub lett. d), in quanto anch’essi implicano la rinuncia alla punibilità in considerazione di determinate condotte volte ad attenuare l’offesa cagionata con il reato; ma, a differenza delle suddette cause estintive, essi non hanno carattere “permanente”, essendo la loro applicabilità circoscritta nel tempo.

⁵⁴ Il primo condono edilizio fu quello previsto dalla legge 28 febbraio 1985, n. 47, il cui art. 38 introduceva una causa estintiva del reato *obbligatoria*, consistente nel pagamento di una somma di denaro determinata in base al caso concreto. Le riserve circa l’opportunità di ricondurre il condono edilizio tra i provvedimenti clemenziali atipici — e non piuttosto all’istituto dell’oblazione — derivano dal fatto che l’estinzione del reato qui segue il mero pagamento della predetta somma (vedi A. MARTINI, voce *Oblazione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, 1994, in particolare, nt. 166, pp. 431-432).

7. (Segue). *La decriminalizzazione giudiziale “avalutativa”.*

Il terzo e ultimo dei summenzionati gruppi comprende meccanismi che escludono in vario modo la punibilità facendo astrazione da *valutazioni in ordine all’offensività del fatto o alla meritevolezza di pena* del reo e difficilmente riconducibili a un disegno politico-criminale razionale. Essi vengono tendenzialmente utilizzati dal legislatore per il soddisfacimento di esigenze contingenti, secondo meri criteri funzionalistici e di opportunità, e sono:

A) *l’oblazione*⁵⁶.

Le difficoltà incontrate nell’individuare la classificazione più opportuna, all’interno delle nostre categorie, di un istituto così controverso come l’oblazione suggeriscono di soffermarsi un poco sulle riflessioni che ci hanno infine indotto ad annoverarlo tra gli istituti di decriminalizzazione giudiziale avalutativa.

Come si sa, la dottrina è concorde nel ritenere che l’oblazione, in generale, sia una causa estintiva del reato (in particolare, delle contravvenzioni) *sui generis* e di indubbia valenza deflativa; essa, infatti, “tende alla definizione dei procedimenti o processi che riguardano reati di minima entità politica o di scarso allarme sociale, senza dispiego di

Si è invero opportunamente osservato che attraverso il provvedimento di clemenza il legislatore bilancia beni giuridici contrapposti, realizzando una sorta di “ridefinizione provvisoria degli interessi in gioco” e che “tra questi — beninteso, al di fuori dei reati tributari — non sembra potersi annoverare l’interesse erariale. Se infatti lo Stato baratta la pena per reati diversi da quelli tributari contro il pagamento di (sole) somme di denaro, senza null’altro pretendere in termini di reintegrazione/eliminazione del reato o delle sue conseguenze ulteriori, la natura dell’atto di clemenza muta, e da espressione di un bilanciamento giuridico (per quanto discutibile negli esiti) si trasforma in una forma di perdono a pagamento strumentale a esigenze di politica finanziaria, come tali esterne al sistema costituzionale penale”, C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, «indultino»: forme e limiti costituzionali dell’impunità retroattiva*, cit., pp. 211-212.

Le medesime considerazioni valgono anche per i successivi condoni edilizi, cioè per quello della legge 23 dicembre 1994, n. 724 e per quello del decreto legge 29 settembre 2003, n. 269, poi convertito nella legge 24 novembre 2003, n. 326. In tutti e tre i condoni edilizi, infatti, “l’estinzione del reato urbanistico consegue a determinate condotte (tra le quali l’autodenuncia e il pagamento di una somma di denaro a titolo di oblazione), anche laddove il Sindaco neghi la sanatoria amministrativa per carenza dei requisiti di legge (artt. 38 e 39 l. 47/1985), persistendo dunque il sotteso illecito urbanistico, e magari in assenza di demolizioni e rimessioni in pristino del manufatto abusivo”, *ivi*, p. 212.

⁵⁵ Si pensi a quello introdotto dalla legge 27 dicembre 2006, n. 296 (c.d. finanziaria 2007), che introduce una causa di estinzione dei reati in materia di versamenti di contributi e premi, subordinata all’adempimento degli obblighi in materia di salute e sicurezza dei lavoratori, ad un accordo sindacale da parte delle associazioni maggiormente rappresentative, nonché al pagamento di una somma di denaro predeterminata; *amplius* C. RUGA RIVA, *Io ti assolvo nel nome del sindacato: un’inedita ipotesi di sanatoria previdenziale subordinata ad accordo sindacale*, cit., p. 955 ss.

⁵⁶ Sull’oblazione in generale vedi, fondamentalmente, L. MAZZA, voce *Oblazione volontaria (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, 1979, p. 562 ss.; A. MARTINI, voce *Oblazione (profili sostanziali)*, cit., p. 401 ss.; P. POMANTI, voce *Oblazione (diritto processuale)*, in *Dig. disc. pen.*, 2005, p. 956 ss.

energie processuali e in breve termine”⁵⁷. Non è altrettanto concorde, però, nello stabilire quale sia il fondamento dogmatico di tale istituto⁵⁸; perlopiù, nella perdurante incertezza su tale fondamento, la dottrina si limita ad affermare che questo consiste “nella convenienza per l’ordinamento di definire sollecitamente i procedimenti per reati di non grande rilevanza sociale, consentendo ugualmente la soddisfazione della pretesa punitiva dello Stato”⁵⁹ attraverso il pagamento di una somma di denaro che “viene corrisposta al fine unico di poter beneficiare della causa estintiva in esame”⁶⁰. In sostanza, dunque, si ritiene che la *ratio* dell’istituto in oggetto altro non sia che un principio di carattere eminentemente empirico, cioè il principio di efficienza⁶¹.

Venendo ora alle forme dell’oblazione, si suole distinguere tra: *a*) oblazione *processuale*, che può essere *obbligatoria* (o *comune*, ex art. 162 c.p.) e *discrezionale* (o *speciale*, ex art. 162 *bis* c.p.)⁶²; *b*) oblazione *extraprocessuale* (conciliazione

⁵⁷ P. POMANTI, voce *Oblazione (diritto processuale)*, cit., pp. 956-957.

⁵⁸ La posizione più risalente, accolta anche dalla relazione ministeriale al codice penale, intravedeva nell’oblazione un meccanismo di degradazione del reato ad illecito amministrativo; tuttavia, tale impostazione andò incontro ad aspre critiche, prima fra tutte quella secondo cui, “una volta intervenuto il pagamento previsto dalla disposizione che consente l’oblazione, l’illecito commesso non assume più alcun rilievo negli altri rami dell’ordinamento”, L. MAZZA, voce *Oblazione volontaria (diritto penale)*, cit., p. 571. Nel senso che l’oblazione comporta la degradazione della contravvenzione ad illecito amministrativo vedi, ad esempio, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008, p. 624; oppure, con riferimento all’oblazione extraprocessuale relativa alle contravvenzioni in materia di sicurezza e igiene sul lavoro, L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc.pen.*, Torino, 2000, p. 277 ss. Per una rassegna delle varie teorie sorte in ordine al fondamento dogmatico dell’oblazione, vedi, per tutti, L. MAZZA, voce *Oblazione volontaria (diritto penale)*, cit., p. 569 ss.

⁵⁹ L. MAZZA, voce *Oblazione volontaria (diritto penale)*, cit., p. 562.

⁶⁰ P. POMANTI, voce *Oblazione (diritto processuale)*, cit., p. 957.

⁶¹ L. MAZZA, voce *Oblazione volontaria (diritto penale)*, cit., p. 575 ss.

⁶² L’oblazione obbligatoria (art. 162 c.p.) è una causa estintiva delle contravvenzioni sanzionate con la sola pena dell’ammenda, che opera dietro pagamento di un terzo del massimo edittale oltre le spese del procedimento; il giudice, ricevuta nei termini di legge l’istanza di oblazione, è assolutamente vincolato (laddove sussistano i presupposti di legge e salvi i casi previsti ex art. 129 c.p.p.) ad ammettere il pagamento e, quindi, a dichiarare l’estinzione del reato. Infatti, l’ammissione a tale forma di oblazione “spetta ope legis al richiedente senza alcuna valutazione discrezionale da parte del giudice. Si è detto, infatti, che nell’ipotesi dell’oblazione comune sussista in capo all’interessato un vero e proprio diritto pubblico soggettivo all’oblazione”, P. POMANTI, voce *Oblazione (diritto processuale)*, cit., p. 958.

L’oblazione discrezionale (art. 162 *bis*), invece, introdotta nel codice penale dalla legge 689/1981 con evidenti intenti deflativi, ha un ambito di applicazione più ampio ed elastico. Tale istituto, infatti, estingue le contravvenzioni sanzionate con pena alternativa dell’ammenda o dell’arresto previo pagamento di una somma più alta di quella prevista per l’oblazione obbligatoria (la metà del massimo dell’ammenda, oltre le spese del procedimento) e la sua ammissibilità è sottoposta ad alcune preclusioni di tipo soggettivo e oggettivo. Tra le prime: la qualifica di recidivo reiterato, di contravventore abituale o professionale; tra le seconde: il mancato pagamento nei termini stabiliti (cioè *contestualmente* al deposito dell’istanza di oblazione; anche se, ex art. 141 disp. att. c.p.p., parrebbe comunque ammissibile l’istanza di oblazione presentata senza la prova di avvenuto pagamento, *ivi*, pp. 958-959), la permanenza di “conseguenze dannose o pericolose dal reato eliminabili da parte del contravventore”. Senza contare che “in ogni altro

amministrativa o oblazione in via breve), comprensiva di “una serie di ipotesi previste dalla legislazione penale speciale che contemplano la possibilità per il contravventore di estinguere il reato mediante il pagamento all’autorità amministrativa di una somma di danaro, prima e comunque al di fuori del processo”⁶³.

a) *Per quanto concerne l’oblazione processuale*, si è riflettuto sull’opportunità di distinguere — ai fini della nostra classificazione — tra quella obbligatoria e quella discrezionale. Infatti, mentre la prima ci sembrava pacificamente inquadrabile tra le forme di decriminalizzazione “avalutativa” (giacché il suo funzionamento è del tutto avulso da considerazioni di merito sulla gravità del fatto o sulla meritevolezza di pena del reo), la seconda pareva prestarsi ad essere inquadrata anche nell’ambito dei meccanismi di decriminalizzazione giudiziale basati proprio sulla gravità del fatto o sulla meritevolezza di pena del reo, stante che il margine di discrezionalità attribuita all’autorità giudicante consente di ponderare il disvalore in concreto del reato⁶⁴.

Tuttavia, entrambe le ipotesi di classificazione dell’oblazione discrezionale nelle categorie da ultimo menzionate evocavano l’immagine di una coperta troppo corta finendo per restituirci una sensazione di disagio. Infatti, l’inserimento dell’oblazione nella decriminalizzazione giudiziale *per modesto disvalore del fatto* da un lato sembrava opportuno, dal momento che essa opera in relazione alle sole contravvenzioni (per definizione, meno gravi dei delitti) e il giudice può rigettare la relativa istanza in

caso il giudice può respingere con ordinanza la domanda di oblazione, avuto riguardo alla gravità del fatto”, *ivi*, p. 959.

Per quanto concerne l’oblazione processuale in generale, poi, si ricordi che il legislatore, al fine di potenziarne la valenza deflativa, ha introdotto con la legge Carotti una sorta di remissione in termini per l’imputato “il quale, in caso di modifica dell’originaria imputazione, può presentare domanda di oblazione per ottenere una dichiarazione di estinzione del reato come modificato, laddove per la prima imputazione non fosse stata possibile tale forma di definizione del procedimento” (art. 141, co. 4 *bis*, disp. att. c.p.p.); *amplius* E. APRILE, *Le modifiche agli istituti del diritto processuale premiale introdotte dalla riforma sul giudice unico*, cit., pp. 821-822.

⁶³ “La dottrina distingue all’interno dell’oblazione extraprocessuale due species fondamentali a seconda che il pagamento intervenga prima ancora della redazione e dell’invio della notizia di reato all’autorità giudiziaria, ovvero dopo la redazione del processo verbale di accertamento e, quindi, l’inizio del procedimento penale stesso. Nel primo caso l’oblazione (...) può inibire lo stesso procedimento penale per il reato riscontrato, finendo per assumere i connotati di una sorta di deroga al principio generale di obbligatorietà dell’azione penale. Nel secondo caso l’azione penale deve essere comunque attivata tempestivamente (...) anche se l’effettivo esercizio della stessa rimane comunque sospeso in attesa della conclusione dell’iter procedimentale finalizzato a rendere possibile la conciliazione in via amministrativa dell’illecito”, A. MARTINI, voce *Oblazione (profili sostanziali)*, cit., pp. 428-429.

⁶⁴ Infatti, nel valutare la gravità del fatto, il giudice, secondo l’opinione dottrinale maggioritaria, deve basarsi sugli indici dell’art. 133 c.p. “anche se, come si è osservato correttamente, una siffatta valutazione necessiterebbe di un pieno vaglio processuale. Si tratta, dunque, di una valutazione parziale, per certi aspetti di prognosi, effettuata allo stato degli atti”, P. POMANTI, voce *Oblazione (diritto processuale)*, cit., p. 959.

considerazione della gravità del fatto; dall'altro, però, era insoddisfacente, considerato che, pur trovandosi di fronte a un fatto di modesto disvalore, il giudice non potrebbe ammettere il reo al pagamento qualora ricorresse una delle preclusioni soggettive di cui all'art. 162 *bis*, co. 3, c.p.⁶⁵.

Allo stesso modo, l'inquadramento dell'oblazione nella *decriminalizzazione premiale* da una parte pareva corretto, dato che l'eliminazione delle conseguenze dannose e pericolose del reato è una delle condizioni per la sua ammissione (art. 162 *bis*, co. 3, c.p.); dall'altra, tuttavia, si appalesava inappropriato, tenuto conto del fatto che l'oblazione può essere concessa anche in relazione a contravvenzioni che non producano conseguenze eliminabili dal reo (cioè nei casi in cui un'attività riparatoria non è concretamente possibile). È di tutta evidenza, poi, che a supporto di questa ipotesi classificatoria non si potrebbe nemmeno legittimamente addurre che il pagamento della somma prevista dalla legge sia una forma di riparazione per l'offesa arrecata, in quanto esso costituisce solamente il presupposto operativo per l'estinzione del reato.

Di fronte a tali e tante difficoltà, ci è parso più opportuno ricondurre l'oblazione (anche discrezionale) tra i meccanismi di decriminalizzazione giudiziale avalutativa, i quali, come si è anticipato, hanno essenzialmente una *ratio* funzionalistica.

b) Per quanto concerne l'oblazione extraprocessuale, gli ostacoli nell'individuare per essa una sistemazione convincente nell'ambito delle nostre categorie derivano piuttosto dall'impossibilità di ricondurre ad una disciplina unitaria le sue forme di manifestazione, le quali si diversificano in relazione alle peculiarità dei settori normativi in cui sono destinate ad operare.

Infatti, alcune delle suddette forme presuppongono, oltre al pagamento della somma di denaro determinata per legge, un'attività materiale del reo volta ad eliminare le conseguenze dell'illecito, così come avviene nei meccanismi della deflazione premiale⁶⁶. È quanto accade, ad esempio, in materia di sicurezza e igiene del lavoro (artt. 20-25 d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, richiamati dall'art. 301 d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81)⁶⁷.

⁶⁵ Cioè quando ricorrono i casi previsti dal terzo capoverso dell'art. 99, dall'art. 104 e dall'art. 105 c.p. (rispettivamente: recidiva reiterata, abitudine e professionalità nelle contravvenzioni).

⁶⁶ La componente premiale di talune forme di oblazione extraprocessuale potrebbe indurre a qualificarle come veri e propri provvedimenti di clemenza atipici; tuttavia, si ritiene determinante in senso contrario il fatto che i provvedimenti di clemenza abbiano un'applicazione circoscritta nel tempo, mentre l'oblazione è un istituto di carattere generale che opera permanentemente nel sistema.

⁶⁷ Così, ad esempio, C. RUGA RIVA, voce *Premialità (dir. pen.)*, cit., pp. 4422-4423.

Giova sottolineare che il nuovo testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (d.lgs. 81/2008), da un lato, ha fatto salvo e ha valorizzato il meccanismo estintivo delle contravvenzioni disciplinate dagli artt. 20-25 d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758 (vedi l'art. 301 t.u. citato), consentendone

Altre, invece, presuppongono esclusivamente il versamento della somma prevista; il che spinge ad assimilarle per certi versi all'oblazione processuale (quindi a soluzioni di decriminalizzazione avalutativa), sia pure discrezionale (considerata la presenza, anche in queste, di un margine di discrezionalità dell'autorità — in tal caso, amministrativa — giudicante l'ammissione al pagamento). È quanto accade, ad esempio, in materia edilizia, laddove il pagamento estingue un illecito che ha natura meramente formale (c.d. sanatoria di regime, art. 36 d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380, t.u. edilizia)⁶⁸.

Stante l'estrema varietà delle forme di oblazione extraprocessuale e l'impossibilità di ricondurle ad una *ratio* unitaria, non resta pertanto che richiamare quanto premesso con riferimento all'oblazione in generale e cioè che essa si presta a soddisfare interessi legislativi contingenti in forza del principio efficientistico, suo unico fondamento. Però con una precisazione: tale principio non esclude che, attraverso la previsione di particolari presupposti applicativi di talune specifiche forme di oblazione, possa darsi concretamente spazio anche a valutazioni di carattere sostanziale⁶⁹.

l'applicazione “a tutti i reati contravvenzionali in materia di igiene, salute e sicurezza punibili con la pena alternativa dell'arresto e dell'ammenda, (...) oltre i limiti della precedente disciplina di cui all'art. 19 d.lgs. n. 758 del 1994, che risulta implicitamente abrogato” (N. PISANI, *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, cit., p. 837); dall'altro, ha sottratto ad esso numerose contravvenzioni punite con la sola pena detentiva.

Il suddetto meccanismo estintivo è così articolato: l'organo di vigilanza, accertata la contravvenzione, impartisce al trasgressore una prescrizione (con la quale può imporre specifiche misure atte a far cessare il pericolo per la sicurezza o per la salute dei lavoratori) e un termine entro il quale adempiervi e riferisce la notizia di reato al pubblico ministero. In caso di ottemperanza alla suddetta prescrizione nel termine stabilito, il contravventore è ammesso al pagamento di una somma di denaro ridotta ai sensi dell'art. 21, d.lgs. 758/1994 (una somma pari al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa), effettuato il quale la contravvenzione si estingue (con conseguente archiviazione del procedimento penale che nel frattempo è rimasto sospeso). L'ultimo comma dell'art. 24 infine dispone: “L'adempimento in un tempo superiore a quello indicato nella prescrizione, ma che comunque risulta congruo a norma dell'art. 20, comma 1, ovvero l'eliminazione delle conseguenze dannose o pericolose della contravvenzione con modalità diverse da quelle indicate dall'organo di vigilanza, sono valutate ai fini dell'applicazione dell'art. 162-bis del codice penale. In tal caso, la somma da versare è ridotta al quarto del massimo dell'ammenda stabilita per la contravvenzione commessa”; in argomento vedi L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, cit., p. 277 ss.

⁶⁸ L'art. 45 del testo unico citato dispone: “L'azione penale relativa alle violazioni edilizie rimane sospesa finché non siano esauriti i procedimenti amministrativi di sanatoria di cui all'art. 36” (co. 1); “Il rilascio in sanatoria del permesso di costruire estingue i reati contravvenzionali previsti dalle norme urbanistiche vigenti” (co. 3).

Benché l'economia del presente lavoro ci impedisca di addentrarci nell'analisi dell'istituto in esame, ci pare comunque doveroso segnalare che esso presenta profili particolarmente problematici laddove consente che il pagamento estintivo del reato possa essere effettuato anche dall'attuale proprietario dell'immobile e cioè da un soggetto diverso dall'autore dell'illecito.

⁶⁹ Con specifico riferimento all'oblazione in materia di sicurezza e igiene del lavoro e a quella in materia edilizia, ad esempio, si è osservato che l'estinzione delle contravvenzioni “è conforme allo scopo dell'incriminazione” (M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1047), dal momento che l'avvenuta regolarizzazione delle situazioni illecite, nei modi di volta in volta prescritti, fa

B) Le *immunità* di diritto pubblico interno e internazionale⁷⁰.

Come si sa, esse sono “ipotesi di esenzione da ogni conseguenza penale di soggetti titolari di determinate funzioni, rilevanti nell’ambito costituzionale o internazionalistico”⁷¹ e hanno una *ratio* di carattere prettamente politico.

C) Talune *ipotesi di non punibilità di parte speciale*.

Queste rispondono a ragioni di opportunità strettamente correlate al fatto di reato al quale ineriscono; come, ad esempio, quella prevista dall’art. 649, co. 1, c.p. in relazione ai delitti contro il patrimonio commessi senza violenza personale a danno dei più stretti congiunti; oppure, quella prevista dall’art. 609 *quater*, co. 3, in relazione ai rapporti sessuali tra minorenni⁷².

D) Le *condizioni obiettive di punibilità* (art. 44 c.p.).

Esse consistono, come noto, in accadimenti esterni al reato, concomitanti o susseguenti a questo, non imputabili al reo neppure oggettivamente, dalla verifica dei quali tuttavia il legislatore fa dipendere l’assoggettabilità a pena dell’autore del fatto⁷³.

E) La *prescrizione* del reato (art. 157 c.p.).

Si ritiene perlopiù che la prescrizione si fondi sull’affievolimento della pretesa punitiva dello Stato e della collettività per effetto del decorso del tempo; il che solleva varie problematiche in un sistema giudiziario, come quello italiano, piagato da gravi inefficienze e da cronica lentezza⁷⁴.

La legge 5 dicembre 2005, n. 251 (c.d. *ex Cirielli*) ne ha modificato la disciplina, ancorando la quantificazione del tempo prescrizione in via esclusiva alla pena in astratto comminata dal legislatore (precedentemente calcolato, invece, in relazione al

venir meno le istanze di tutela dell’interesse protetto dalla norma incriminatrice. Nota, infatti, lo stesso A.: “È lo stesso diritto penale del fatto che reca con sé un eccesso di minacce punitive, rispetto alle esigenze teleologiche della loro applicazione ai diversi autori. A quest’eccesso di criminalizzazione in astratto, deve perciò corrispondere (...) una *disapplicazione finalizzata* delle pene comminate. (...) Questa disapplicazione finalizzata di pene criminali, in molti casi, deve essere solo una degradazione nella gravità sanzionatoria rispetto all’entità della pena edittale principale ordinariamente prevista, e andrà coordinata con valutazioni riguardanti sia il fatto e sia l’autore”, *ivi*, pp. 1048-1049.

⁷⁰ Cfr. A. PAGLIARO, voce *Immunità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, p. 213.

⁷¹ F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007, p. 786.

⁷² Art. 609 *quater*, co. 3, c.p.: “Non è punibile il minorenne che, al di fuori delle ipotesi previste nell’art. 609 *bis*, compie atti sessuali con un minorenne che abbia compiuto gli anni tredici, se la differenza di età tra i soggetti non è superiore a tre anni”.

⁷³ M. DONINI, *Non punibilità e idea negoziale*, cit., p. 1044.

⁷⁴ Vedi, ad esempio, F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 627 ss.

massimo edittale della pena, tenuto conto degli aumenti e delle diminuzioni stabiliti, rispettivamente, per le aggravanti e per le attenuanti)⁷⁵.

F) *L'amnistia c.d. propria* (art 79 Cost. e 151 c.p.).

L'amnistia propria, come si sa, è un provvedimento generale ed astratto con il quale si estingue l'illecito penale (e ogni sua conseguenza) per effetto di un'*abolitio criminis* temporanea o, se si preferisce, di una sospensione temporanea dell'efficacia della norma incriminatrice⁷⁶.

Essa non incide "sulla norma *in astratto* ma esclusivamente sui suoi effetti"⁷⁷, obbligando il giudice ad una pronuncia di estinzione del reato e quindi ad una decriminalizzazione giudiziale del tutto avalutativa, almeno in linea tendenziale. Non è escluso, infatti, che il legislatore possa subordinare la suddetta estinzione ad alcune condizioni, perlopiù inerenti la condotta *post factum* del reo (c.d. amnistia propria condizionata); ma ci pare che, indipendentemente dalla circostanza che l'istituto in oggetto possa talora tendere a valorizzare anche taluni aspetti di meritevolezza della sanzione da parte del reo, il suo fondamento sia comunque essenzialmente legato a ragioni di opportunità politica⁷⁸.

8. *La decarcerizzazione.*

La deflazione in concreto è fenomeno che riguarda, come si è precisato in apertura del presente capitolo, anche la dimensione esecutiva del diritto penale; si tratta della *decarcerizzazione*, la quale consiste delle misure e degli istituti tesi a ridurre l'applicazione della sanzione penale detentiva.

I fattori che hanno reso inevitabile il consolidamento di interventi deflativi in sede esecutiva sono noti: la considerevole estensione dell'ambito applicativo della pena

⁷⁵ Cfr. T. PADOVANI, *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir., Dossier 1*, 2006, p. 36.

⁷⁶ In merito alla prassi clemenziale degli anni '90, vedi G. GEMMA, voce *Clemenza (profili costituzionali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2000, p. 51 ss.; L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, cit., pp. 272-274.

⁷⁷ L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, cit., p. 273.

⁷⁸ In altri termini, le valutazioni sottese all'adozione di un provvedimento di amnistia non attengono alla necessità dell'intervento penale in prospettiva di concreta tutela dei beni giuridici presidiati dalle norme interessate dal suddetto provvedimento o, comunque, di bilanciamento di interessi giuridici in qualche misura confliggenti, come avviene nel diritto penale premiale; piuttosto, esse attingono a logiche di opportunità politico-criminale (e fiscale, vedi *supra*, sub nt. 54) che non sempre si conciliano con le reali istanze di protezione di specifiche oggettività giuridiche. Vedi *supra*, sub nt. 51.

carceraria⁷⁹, unitamente alla propensione della magistratura a prediligere questo tipo di pena a quella pecuniaria⁸⁰ nonché ad un numero di strutture penitenziarie evidentemente inadeguato alla bisogna, ha determinato il progressivo incremento dei detenuti, costretti a vivere da lungo tempo in una situazione di *sovraffollamento*, in condizioni di vita precarie e non di rado confliggenti con i fondamentali diritti umani⁸¹. Basti pensare che negli ultimi anni si è registrato un incremento della popolazione carceraria di oltre il 90% e dei soggetti condannati in espiazione di pena detentiva di oltre il 185% (perlopiù soggetti socialmente emarginati, autori, all'incirca nel 68% dei casi, di reati contro il patrimonio e in materia di stupefacenti)⁸².

Pertanto è naturale che si sia innescato, già a partire dalla metà degli anni '70, un processo di "fuga dal carcere" il quale si manifesta nei numerosi interventi legislativi e nei vari progetti e proposte di riforma volti, per l'appunto, a restringere l'ambito applicativo della sanzione detentiva e a ricercare e valorizzare soluzioni sanzionatorie ad essa alternative.

Tra i suddetti interventi legislativi alcuni hanno, per così dire, *carattere strutturale*, in quanto tendono a produrre delle modificazioni di tipo permanente nel sistema. Si fa riferimento all'introduzione delle misure sanzionatorie alternative e a quelle sostitutive

⁷⁹ L'apparato sanzionatorio attuale è indubbiamente assai diverso da quello originario del Codice Rocco: la pena di morte è stata soppressa; quella detentiva ha visto estendersi il proprio ambito applicativo a reati di gravità anche relativamente modesta; quella pecuniaria "ha mosso timidi passi nella direzione della criminalità media, salvo cedere contemporaneamente terreno, verso il basso, alla sanzione pecuniaria amministrativa", E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 95; ID., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, cit., pp. 1080-1082.

Sulla crisi del sistema sanzionatorio italiano vedi, altresì, E. DOLCINI, *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 34 ss.; T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 419 ss.; C. E. PALIERO, *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 538.

⁸⁰ Con riferimento allo scarso utilizzo della sanzione pecuniaria in rapporto al totale delle sanzioni inflitte vedi E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, cit., pp. 101-102.

⁸¹ Vedi, diffusamente, il *Rapporto di Alvaro Gil-Robles, Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, sulla sua visita in Italia del 10-17 giugno 2005*, oggi consultabile in http://www.dirittiuomo.it/News/News2006/CommDH_2005_9_IT.pdf.

⁸² Vedi E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, cit., pp. 98-99 e p. 100, ove richiama, alla nt. 8, il *Rapporto di Alvaro Gil-Robles*, cit., pp. 16-17: "Al 31 dicembre 2004, la popolazione detenuta comprendeva 56.068 persone — tra cui 2.589 donne —, per una capacità massima degli istituti penitenziari di 42.478 posti. Il tasso medio di occupazione è quindi di oltre il 130%".

della pena detentiva breve; e altresì, più recentemente, alla radicale sostituzione, nell'ambito della giurisdizione penale di pace, della pena detentiva con quelle della permanenza domiciliare e del lavoro di pubblica utilità. Altri, invece, hanno *carattere contingente*; si pensi ai provvedimenti clemenziali che fino ai primi anni '90 si sono susseguiti con ritmo regolare e incalzante, con palesati intenti di deflazione penitenziaria.

Tra i suddetti progetti e proposte di riforma, si pensi, invece, a quelli per la riforma del codice penale⁸³ oppure del sistema sanzionatorio e dell'ordinamento penitenziario nel suo complesso⁸⁴.

9. (Segue). *Le forme di manifestazione della decarcerizzazione.*

Venendo ora alle misure e agli istituti di deflazione carceraria, ci pare possibile distinguere tra quelli a carattere, per così dire, strutturale e quelli a carattere contingente.

A) Tra gli istituti e le misure di deflazione carceraria *a carattere strutturale* rientrano:
a) *le misure alternative alla pena detentiva.*

Come si sa, la legge 26 luglio 1975, n. 354 (“Norme sull’ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative della libertà”) ha introdotto l’affidamento in prova al servizio sociale e la semilibertà, mentre la legge 10 ottobre 1986, n. 663 (c.d.

⁸³ *Amplius* M. NIRO, *Le misure alternative tra deflazione carceraria e revisione del sistema sanzionatorio penale*, in *Quest. giust.*, 2007, pp. 232 ss.

⁸⁴ È il caso, ad esempio, della proposta di legge 3 novembre 2005, n. 6164 (c.d. Margara), recante “Nuovo ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle pene e delle altre misure privative o limitative della libertà”. Nella premessa generale della relazione alla suddetta proposta si legge: “il quadro generale entro il quale questa proposta si muove cerca di rispondere alla preoccupazione sul progressivo e, parrebbe, inarrestabile allargarsi dell’area della penalità, con inevitabili conseguenze sull’area del carcere, il cui sovraffollamento rende gli istituti sempre meno gestibili e sempre più incompatibili con le indicazioni costituzionali. Si noti che ciò avviene in presenza di un andamento costante e stabile della criminalità da vari anni, con qualche momento di crescita, ma anche con un andamento di diminuzione per lunghi periodi. La crescita della penalità è sostanzialmente concentrata su quella che può essere chiamata l’area della detenzione sociale, comprendente in buona parte tossicodipendenti, alcooldipendenti, immigrati, persone che presentano problemi psichici o di abbandono sociale: un’area, questa, che interessa circa i due terzi dei reclusi, cioè la netta maggioranza. Per questa area, il carcere rappresenta spesso una non-risposta e allo stesso dovrebbero essere preferiti interventi sociali, sia in prevenzione, così da impedire il conflitto con la norma penale, sia nella stessa risposta penale, che più utilmente potrebbe attuarsi con programmi di recupero in alternativa alla detenzione”, (p. 8) in http://www.carceriemiliaromagna.it/wcm/carceriemiliaromagna/sezioni/archivio/documentazione/margara/MARGARA_%20NuovoOrdinamentoPenale_RELAZIONE.pdf.

legge Gozzini) ha introdotto la detenzione domiciliare; in generale, poi, il legislatore ha progressivamente ampliato l'ambito applicativo di tali misure⁸⁵.

L'*affidamento in prova al servizio sociale* (art. 47 l. 354/1975) è applicabile qualora la pena detentiva irrogata non superi i tre anni (anziché i previgenti due anni e sei mesi) e dopo un periodo di osservazione della personalità di un mese (prima tre mesi); la *semilibertà* (art. 48 l. 354/1975), invece, che consiste nella concessione al condannato di trascorrere parte del giorno fuori del carcere per partecipare ad attività utili al reinserimento sociale, può essere concessa in relazione a pene detentive non superiore a sei mesi (ma può essere applicata anche come misura preparatoria alla liberazione in base ad altri requisiti); la *detenzione domiciliare* (art. 47 *ter* l. 354/1975), infine, costituisce un particolare modo di espiazione della pena detentiva la cui disciplina ha subito tante modifiche da rendere oggi "impossibile individuare una logica comune alle varie ipotesi previste dalla legge"⁸⁶.

In prospettiva di incentivare il ricorso alle misure alternative, poi, la legge 27 maggio 1998, n. 165 (c.d. legge Simeone) ha previsto l'istituto della *sospensione dell'esecuzione delle pene detentive fino a tre anni*, volto ad agevolare la presentazione dell'istanza di applicazione di una delle suddette misure al pubblico ministero competente per l'esecuzione (art. 656 c.p.p.)⁸⁷.

b) *Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi.*

Le sanzioni sostitutive delle pene detentive brevi (libertà controllata, semidetenzione, pena pecuniaria) sono state introdotte con la legge 24 novembre 1981, n. 689. Esse sono applicate dal giudice di cognizione in sede di condanna.

Anche in questo caso, come in quello delle misure alternative, il legislatore ha progressivamente ampliato l'ambito applicativo delle sanzioni in esame; la legge 12 giugno 2003, n. 134, da ultimo, ha riformato la materia raddoppiando i limiti di pena entro i quali è possibile usufruire delle suddette misure ed eliminando "le residue preclusioni oggettive all'applicabilità delle pene sostitutive"⁸⁸. Così, la *semidetenzione* vede estendere i propri limiti applicativi dai sei mesi originari agli attuali due anni di

⁸⁵ Vedi E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 857 ss.

⁸⁶ E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, cit., p. 1084.

⁸⁷ Con riferimento ai più recenti tentativi di valorizzare le suddette misure anche in funzione rieducativa, vedi M. NIRO, *Le misure alternative tra deflazione carceraria e revisione del sistema sanzionatorio penale*, cit., p. 225 e, in particolare, p. 227 ss.

⁸⁸ E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, cit., p. 105.

pena (detentiva) concreta; la *libertà controllata* dai tre mesi originari ad un anno (senza considerare che questa può essere applicata anche in conversione della pena pecuniaria non eseguita); la *sanzione pecuniaria (multa e ammenda)* da un mese a sei mesi⁸⁹.

Infine, non del tutto scevra di valenza deflativa ci pare la misura della *espulsione dello straniero privo di permesso di soggiorno*, che il giudice può irrogare in sede di condanna *per un reato non colposo*.

c) Le *sanzioni principali non detentive* della giurisdizione di pace.

Come si sa, il decreto legislativo 28 agosto 2000, n. 274 (artt. 52 e ss.) ha introdotto le sanzioni della permanenza domiciliare e del lavoro di pubblica utilità che sostituiscono le originarie pene principali detentive applicabili dal giudice togato in relazione alle medesime fattispecie astratte.

d) Altri istituti che tendenzialmente operano come misure preparatorie al reinserimento nella società.

Si pensi alla *liberazione condizionale* (artt. 176-177 c.p.), che consente al detenuto che “abbia tenuto un comportamento tale da far ritenere sicuro il suo ravvedimento” di uscire dal carcere in regime di libertà vigilata e di estinguere la pena trascorso un periodo pari alla durata della pena inflitta senza che sia intervenuta una causa di revoca del beneficio.

Oppure, alla *liberazione anticipata* (art. 54 l. 354/1975), che — a differenza dell’assegnazione al lavoro esterno, ai permessi premio o alle licenze, che sono tutte misure comunque volte a favorire la risocializzazione del condannato — non implica il ritorno all’interno delle mura carcerarie: “Al condannato a pena detentiva che ha dato prova di partecipazione all’opera di rieducazione è concessa, quale riconoscimento di tale partecipazione, e ai fini del suo più efficace reinserimento nella società, una detrazione di quarantacinque giorni per ogni singolo semestre di pena scontata”.

O, ancora, alla conversione della pena pecuniaria insoluta (non più nelle corrispondenti pene detentive ma) nella libertà controllata e nel lavoro sostitutivo (art. 136 c.p. e art. 102 l. 689/1981).

⁸⁹ Merita di essere segnalato che la summenzionata legge 12 giugno 2003, n. 134 ha altresì introdotto un meccanismo di *conversione* della sanzione originariamente detentiva in pecuniaria basato sul *sistema di calcolo a tassi giornalieri*. “In base all’art. 4, comma 1, lett. a, l. n. 134/2003 (che ha riformulato l’art. 53, comma 2, l. n. 689/1981), al fine di quantificare la pena pecuniaria sostitutiva, il giudice deve in primo luogo determinare — fra un minimo di € 38 e un massimo di € 380 — la somma giornaliera il cui pagamento può essere imposto all’imputato: a tal fine il giudice deve tener conto «della condizione economica complessiva» del soggetto «e del suo nucleo familiare»; in secondo luogo, questa somma dovrà essere moltiplicata per il numero dei giorni di pena detentiva inflitta”, E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, cit., p. 1082.

e) La *prescrizione della pena* (artt. 172-173 c.p.).

f) La *sospensione condizionale della pena*.

Analogamente a quanto osservato per le misure alternative e sostitutive della pena, anche l'ambito applicativo di tale istituto ha subito un progressivo ampliamento: con decreto legge 11 aprile 1974, n. 99, convertito nella legge 7 giugno 1974, n. 220, è stato raddoppiato (da uno a due anni) il limite di pena detentiva concreta sospendibile; più recentemente, con legge 11 giugno 2004, n. 145, è stata introdotta una forma di sospensione condizionale c.d. "breve" e si è stabilito che, nel caso di condanna a pene congiunte, la pena pecuniaria sia irrilevante ai fini del raggiungimento del suddetto limite dei due anni⁹⁰.

A seguito delle modifiche operate dalla legge 7 gennaio 1990, n. 19, poi, la sospensione condizionale si estende anche alle pene accessorie, onde facilitare il reinserimento nella collettività del condannato socialmente emarginato⁹¹; il che "ha fatto venir meno uno dei più rilevanti risvolti sanzionatori (probabilmente il più rilevante) delle condanne a pena sospesa"⁹².

B) Tra gli istituti e le misure di deflazione carceraria *a carattere contingente* rientrano i provvedimenti clemenziali c.d. *tipici*, quali l'amnistia c.d. impropria e l'indulto⁹³.

L'amnistia impropria è un provvedimento normativo generale che interviene dopo la sentenza definitiva di condanna ed estingue *in toto* la pena principale e quelle accessorie, in relazione a determinati reati (individuati mediante i riferimenti normativi, il titolo del reato o la cornice edittale); l'indulto, invece, è un provvedimento normativo generale che interviene dopo la condanna, anche non definitiva, ed estingue, *in toto* o in parte, o commuta determinate specie o quantità di pene (di regola, non quelle accessorie)⁹⁴. Entrambi i suddetti istituti tendenzialmente prescindono da valutazioni di merito inerenti il fatto e l'autore, ma talora il legislatore ne subordina l'applicabilità al

⁹⁰ L'ultima parte del primo comma dell'art. 163 c.p., infatti, così dispone: "In caso di sentenza di condanna a pena pecuniaria congiunta a pena detentiva non superiore a due anni, quando la pena nel complesso, ragguagliata a norma dell'art. 135, sia superiore a due anni, il giudice può ordinare che l'esecuzione della pena detentiva rimanga sospesa".

Si ricordi, inoltre, che con la medesima legge è stata introdotta la possibilità per il giudice di subordinare la sospensione condizionale della pena anche alla prestazione di lavoro di pubblica utilità (art. 165, co. 1, c.p., in fine).

⁹¹ Vedi L. STORTONI, voce *Estinzione del reato e della pena*, cit., p. 275.

⁹² E. DOLCINI, *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, cit., p. 1088.

⁹³ Per la differenza tra provvedimenti clemenziali tipici e atipici, vedi *supra*, sub nt. 51.

⁹⁴ Vedi F. PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*, cit., p. 622.

rispetto di determinate prescrizioni o alla sussistenza di specifiche condizioni; il che parrebbe connotare tali provvedimenti, seppure debolmente, in termini premiali e non clemenziali *tout-court*. Tuttavia, come osservato con riferimento all'amnistia propria, anche in quella impropria e nell'indulto il fondamento rimane sostanzialmente l'opportunità politica.

Dall'indulto deve essere tenuto distinto, come si sa, il c.d. *indultino* (l. 1 agosto 2003, n. 207), cioè l'estinzione della pena detentiva in seguito alla sospensione condizionata della sua esecuzione nel limite massimo di due anni. In ordine alla qualificazione dogmatica di tale meccanismo si è a lungo interrogata la dottrina, dal momento che esso, da un lato, presenta significative analogie con gli istituti dell'indulto, della sospensione condizionale della pena e anche delle misure alternative alla sanzione detentiva, e, dall'altro, si discosta da quegli stessi istituti per profili altrettanto significativi⁹⁵. Peraltro, pare doveroso precisare che la natura giuridica dell'indultino si è fatta per certi versi meno controversa grazie all'intervento della Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla sua legittimità, alla stregua degli artt. 3 e 27 Cost.. In particolare, la Corte, con le sentenze n. 278 del 15 luglio 2005 e n. 255 del 4 luglio 2006, ha finito per escludere l'automatismo applicativo che connotava *ab origine* l'indultino attribuendo al magistrato di sorveglianza "un adeguato margine di apprezzamento discrezionale, idoneo a garantire il successo della continua opera di adeguamento della pena cristallizzata nella sentenza all'effettivo grado di rieducazione raggiunto dal condannato" e venendo così ad avvicinare tale istituto alle misure alternative alla detenzione⁹⁶.

⁹⁵ *Amplius* R. ADORNO, *La Corte costituzionale "riconosce" la funzione rieducativa del c.d. "indultino"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1170 ss.

⁹⁶ *Ivi*, p. 1183. "Dalle ibride spoglie dell'istituto originario nasce un beneficio penitenziario del tutto peculiare, informato, anche nel suo momento applicativo, ai principi comuni alle misure alternative: valutazione del grado di rieducazione raggiunto dal soggetto aspirante alla sospensione condizionata dell'esecuzione della pena, al fine di adeguare la pretesa punitiva dello Stato alla concreta, residua ed effettiva necessità di protrazione della stessa nella prospettiva della risocializzazione del condannato (con correlata necessità di un'indagine approfondita sulla sua personalità, anche mediante gli strumenti di cui all'art. 13 ord. penit.); prognosi circa l'efficacia trattamentale *in concreto* della misura (con conseguente valorizzazione degli elementi istruttori relativi, ad esempio, all'idoneità del domicilio esterno, all'eventuale disponibilità di un'attività lavorativa, etc.); decisione relativa alla concessione della sospensione condizionata necessariamente radicata su una valutazione discrezionale del giudice di sorveglianza", *ivi*, p. 1182. In argomento vedi, altresì, F. PALAZZO, "Indultino": *sospensione condizionata dell'esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1470 ss.; C. RUGA RIVA, *Sanatorie, condoni, indultino: forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, cit., p. 191 ss.; F. CONSULICH, *La difficile appartenenza dogmatica del cd. "indultino"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 731 ss.; F. FIORENTIN, *Così l'indultino diventa una misura alternativa alla detenzione*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2699 ss.; ID., *Revoca dell'indultino e meritevolezza del condannato*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 442 ss.

10. (Segue). *La decarcerizzazione nella prassi.*

In conclusione, qualche brevissima considerazione sulla prassi applicativa delle misure alternative e sostitutive della pena carceraria.

Da premettere che esse tutte nascono, è noto, per contenere gli effetti di desocializzazione connessi all'esecuzione delle pene detentive di breve durata e che, quantomeno negli originari intenti legislativi, esse si indirizzavano in misura principale a quei soggetti che, una volta ritornati in libertà, più difficilmente di altri avrebbero potuto integrarsi nel tessuto sociale (cioè, ai soggetti socialmente emarginati, per i quali l'applicazione di talune delle suddette misure avrebbe comportato l'inserimento del condannato in programmi di aiuto e recupero).

Tuttavia, esse hanno finito per assumere una fisionomia assai difforme da quella auspicata: i progressivi interventi legislativi volti ad allargare le maglie dei presupposti applicativi delle misure in oggetto, l'abbattimento in concreto dei limiti edittali connesso all'opzione per i riti premiali, nonché una prassi giudiziaria avveza a sfruttare poco (o, comunque, in maniera disomogenea da luogo a luogo) gli spazi di discrezionalità ad essa riservati per valorizzare l'istanza rieducativa⁹⁷ hanno fatto sì che tali misure siano oggi utilizzate come meri strumenti di deflazione carceraria⁹⁸.

Infatti, a ben guardare la prassi sanzionatoria, si assiste ad una “pressoché totale *disapplicazione in concreto* delle pene detentive, *anche molto severe*, vanamente *minacciate in astratto* dalle norme incriminatrici”⁹⁹. Da uno studio non troppo risalente sul concreto funzionamento del sistema sanzionatorio, ad esempio, emerge che “le misure integralmente alternative al carcere — l'affidamento in prova e la detenzione domiciliare — (...) interessano (...) il 52% del totale dei condannati a pena detentiva in espiazione di pena”¹⁰⁰.

A ciò si aggiunga, poi, che le misure deputate a fare le veci della sanzione penale non sono idonee ad assolvere concretamente tale compito, dal momento che la cronica carenza di strutture e personale qualificato allo svolgimento delle attività di sostegno e

⁹⁷ Segnala indicazioni legislative troppo vaghe e quindi margini di discrezionalità giudiziale troppo ampi, ad esempio, M. NIRO, *Le misure alternative tra deflazione carceraria e revisione del sistema sanzionatorio penale*, cit., pp. 228-229.

⁹⁸ Infatti, esse finiscono per essere concesse anche ad autori di reati di gravità assai rilevante e perfettamente integrati nel tessuto sociale; in questo senso vedi G. MARINUCCI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 165.

⁹⁹ *Ivi*, p. 164.

¹⁰⁰ E. DOLCINI, *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, cit., p. 104.

recupero previste, nonché di controllo sul condannato in esecuzione extracarceraria, impedisce di rendere effettiva la loro applicazione¹⁰¹. La sostituzione della pena detentiva con le misure in oggetto finisce perciò per tradursi nella mancanza *tout-court* di sanzione.

È di tutta evidenza che la sostanziale non-applicazione della sanzione detentiva in favore delle misure alternative o sostitutive della stessa solleva dubbi in ordine alla loro compatibilità con la funzione di generalprevenzione. Infatti, “La costante divaricazione tra pena legale, pena inflitta e pena eseguita (...) compromette le esigenze della cosiddetta prevenzione generale positiva, cioè della stabilizzazione sociale: pene minacciate ‘a vuoto’ generano disorientamento tra i cittadini, senso di insicurezza, sfiducia nelle istituzioni e provocano, ben presto, concitate e irrazionali domande di ‘legge e ordine’. D’altra parte, inevitabilmente viene meno anche qualsiasi effetto di intimidazione (la cosiddetta prevenzione generale *negativa*): se il primo fattore di deterrenza è la certezza della punizione, esiti disastrosi si devono attendere da un sistema che, all’opposto, produce nei destinatari una convinzione prossima alla certezza che le pene minacciate non saranno eseguite”¹⁰².

¹⁰¹ Vedi *ivi*, p. 107.

¹⁰² E. DOLCINI, *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, cit., p. 874.

PARTE II

LA DEPENALIZZAZIONE

CAPITOLO I

PROFILI ESSENZIALI DELLA DEPENALIZZAZIONE

SOMMARIO: 1. La nozione di depenalizzazione. — 2. Le istanze sottese alla depenalizzazione. — 3. I modelli della depenalizzazione. — 4. Le tecniche legislative in sede di depenalizzazione. — 5. I criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e amministrative. — 6. (Segue). Il criterio di proporzione. — 7. (Segue). Il criterio di sussidiarietà. — 8. Le principali tappe della depenalizzazione in Italia. — 9. (Segue). La depenalizzazione *ante legem* 24 novembre 1981, n. 689. — 10. (Segue). La legge 24 novembre 1981, n. 689. — 11. (Segue). La depenalizzazione negli anni '90. — 12. (Segue). La legge delega 25 giugno 1999, n. 205.

1. *La nozione di depenalizzazione.*

La complessità delle accezioni che si riscontrano con riferimento al termine *deflazione* si ritrova altresì con riferimento a quello *depenalizzazione*, il quale talora è utilizzato proprio come sinonimo del primo, venendo perciò ad indicare istituti e meccanismi anche profondamente diversi tra loro ma tutti volti a “decongestionare” l’ordinamento penale¹. È noto, tuttavia, che nel suo significato più pregnante il termine depenalizzazione allude alla degradazione di un reato ad illecito amministrativo²; ed è proprio in tale più ristretto significato che qui si tratterà della depenalizzazione.

Come si sa, quest’ultima costituisce una delle principali (o probabilmente la principale tra le) forme di manifestazione della deflazione; ciò è peraltro dimostrato dal lungo processo legislativo che, dai primi anni '60 alla fine degli anni '90, si è snodato in vari provvedimenti volti ad espungere numerose fattispecie dall’ambito del penalmente rilevante per confinarle in quello amministrativo. Su di essa, infatti, il legislatore ha puntato in misura prevalente per tentare di soddisfare, almeno in parte, quelle istanze di diritto penale minimo e di effettività/efficienza del sistema punitivo rese sempre più impellenti dalla progressiva espansione dell’area dei comportamenti sanzionati in chiave criminale e dalle disfunzioni che da tale espansione derivano sull’ordinamento globalmente inteso.

¹ Vedi *supra*, sub Parte I, cap. II, sez. I, par. 1.

² Vedi F. GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1986, p. 192 ss.

Al contempo, la depenalizzazione costituisce pure una delle forme più complesse della deflazione, per le problematiche — non solo di politica criminale ma anche di scienza della legislazione — che ad essa sono strettamente connesse.

Innanzitutto, essa implica che sia disegnata nitidamente la disciplina dell'illecito amministrativo punitivo, che è per l'appunto da essa stessa vocato a fare le veci di quello penale. Il che altro non può essere se non l'ultima tappa di un percorso che, prendendo le mosse dallo studio delle varie tipologie della sanzione amministrativa punitiva, prosegue nell'analisi della loro disciplina sostanziale e processuale e delle implicazioni che da questa discendono sul piano delle garanzie individuali, oltre che sulla loro reale efficacia preventiva.

Inoltre, la depenalizzazione postula la determinazione di stabili criteri orientativi della discrezionalità legislativa in sede di opzione tra sanzione penale e amministrativa; ciò al fine di evitare quelle oscillazioni valutative che non di rado conferiscono alla legislazione penale italiana un carattere rapsodico e irrazionale (come è accaduto, per esempio, in relazione alle fattispecie di consumo personale di sostanze stupefacenti).

Infine, essa presuppone che l'autorità normativa padroneggi le tecniche legislative idonee a tradurre (per l'appunto) l'originario progetto di depenalizzazione in interventi normativi efficaci e congrui rispetto allo scopo perseguito; così, ad esempio, dovranno essere chiari al legislatore i rischi e i vantaggi connessi all'utilizzo di un criterio (di selezione delle fattispecie penalmente rilevanti) di natura formale piuttosto che sostanziale; oppure, per altro verso, le implicazioni derivanti da una depenalizzazione attuata mediante la mera sostituzione della pena con la sanzione amministrativa, piuttosto che mediante una riformulazione della fattispecie calibrata sulle peculiarità dell'illecito amministrativo.

2. *Le istanze sottese alla depenalizzazione.*

La depenalizzazione, come le altre forme di manifestazione della deflazione penale, è volta a controbilanciare una tendenza alla criminalizzazione sovente sciolta dal morso di saldi criteri di politica criminale e, quindi, muove dall'esigenza di mitigare le infauste conseguenze che l'ipertrofia penalistica produce nell'ordinamento giuridico. Riprendendo solo in parte quanto osservato in relazione alle istanze sottese al fenomeno deflativo complessivamente considerato³, basti qui sottolineare che anche la depenalizzazione, come la deflazione di cui è parte, tende a soddisfare istanze teoriche

³ Vedi *supra*, sub Parte I, cap. II, sez. I, par. 5 ss.

di contenimento del sistema penale nell'alveo segnato dal principio di sussidiarietà-necessarietà ed istanze empiriche di effettività dello stesso sistema.

Per quanto concerne le suddette istanze teoriche, la depenalizzazione — alla stregua del principio di sussidiarietà — mira ad espungere dall'area criminale le fattispecie rispetto alle quali la sanzione penale risulta essere non strettamente necessaria, in quanto la sanzione amministrativa si rivela idonea a garantire, rispetto al bene giuridico presidiato dalla norma, un livello di tutela non inferiore a quello (almeno in astratto) garantito, per l'appunto, dalla pena. Tale principio si inverte nei due criteri di selezione della proporzione e della sussidiarietà, i quali richiamano, rispettivamente, le categorie dogmatiche della *meritevolezza* e del *bisogno di pena*. Infatti, nella prospettiva della creazione di un diritto penale minimo che, conformemente all'idea di scopo che lo legittima, assicuri la reale protezione dei beni giuridici, il principio di sussidiarietà non può non tradursi anche in un criterio di proporzione e cioè (anche) in una valutazione inerente i profili di congruità della sanzione alla gravità del fatto commesso. Come si sa, invero, la sanzione sproporzionata non è idonea ad esplicare l'effetto di deterrenza richiesto dalla prevenzione generale negativa e speciale né ad infondere nei consociati quell'idea di giustizia della sanzione che è altrettanto fondamentale in prospettiva di generalprevenzione positiva.

Per quanto invece concerne le istanze empiriche, la depenalizzazione mira a restituire efficienza ed effettività all'apparato penale. Ebbene, tali istanze vengono in qualche misura perseguite, sia pure indirettamente, già attraverso scelte conformi ai summenzionati criteri di sussidiarietà e di proporzione, giacché il contenimento (verso il quale, per l'appunto, tende la depenalizzazione) del penalmente rilevante dovrebbe implicare una maggior governabilità del sistema punitivo complessivamente inteso e, quindi, anche un potenziamento della sua efficienza. Tuttavia, a nostro avviso, pare dubbio che queste istanze possano legittimamente fondare autonomi criteri di depenalizzazione (diversi da quelli succitati e) di matrice strettamente efficientistica, tali da suggerire la degradazione di un reato ad illecito amministrativo in mancanza di chiare sollecitazioni nello stesso senso alla stregua della proporzione e della sussidiarietà. Vero è che non sono mancati casi in cui il legislatore ha utilizzato per la sua opera di setaccio un criterio di matrice empirica, segnatamente l'incidenza statistica della norma in sede giudiziaria (è il caso degli illeciti in materia di assegno); ma ci sembra comunque che l'utilizzazione di un siffatto criterio non possa e non debba indurre a trasporre in ambito extrapenale fattispecie rispetto alle quali non sussistano, al contempo, indicazioni sulla proporzione della sanzione amministrativa alla gravità del comportamento illecito punito dalla norma e sulla sufficiente effettività della sanzione

amministrativa a prevenire e reprimere quello stesso comportamento. Contrariamente facendo, la politica punitiva tutta verrebbe a piegarsi ad istanze efficientistiche contingenti, esponendosi peraltro al rischio di perpetuare e addirittura rafforzare quelle sperequazioni sanzionatorie che proprio la depenalizzazione potrebbe contribuire (quantomeno) a mitigare.

Dunque, se in sede di opzione punitiva i criteri di proporzione e sussidiarietà (e quindi le istanze di giustizia sostanziale ad essi sottese) giocano un ruolo decisivo, pare del tutto comprensibile che la depenalizzazione abbia per molto tempo privilegiato il terreno del c.d. diritto penale bagatellare. Infatti, stante la minore afflittività delle più risalenti tipologie di sanzione amministrativa rispetto a quelle della pena, la scure della depenalizzazione si è prevalentemente abbattuta sui reati c.d. bagatellari propri, cioè su quelli che incriminano fatti di disvalore modesto in relazione ai quali, pertanto, la sanzione extrapenale si rivelava proporzionata⁴. Tuttavia, attualmente pare del tutto lecito chiedersi se, a fronte dell'incremento delle tipologie e del livello di afflittività della sanzione amministrativa, la depenalizzazione possa farsi più audace e travalicare i confini del diritto penale bagatellare; in questo modo, infatti, essa verrebbe a dare un contributo davvero decisivo nella costruzione di un diritto penale minimo, conferendo all'illecito criminale un volto più conforme al principio di offensività.

3. *I modelli della depenalizzazione.*

Richiamate sin qui le istanze sottese alla depenalizzazione, veniamo ora ad un rapido esame dei percorsi attraverso i quali essa tende alla soddisfazione di quelle medesime istanze. Infatti, pur essendo comunque sempre orientata alla costruzione di un diritto penale efficace sulla scorta dei criteri di proporzione, sussidiarietà ed efficienza, la depenalizzazione può assumere connotazioni mutevoli, ritagliate sulle peculiarità degli ambiti normativi sui quali di volta in volta esplica la sua funzione di setaccio delle condotte penalmente rilevanti.

⁴ Invece, sono tendenzialmente immuni dalla depenalizzazione i reati c.d. bagatellari impropri, cioè quelli idonei a ricomprendere anche fatti di disvalore contenuto; infatti, una scelta così radicale come è quella della depenalizzazione non si confà ad ipotesi in cui l'esiguità dell'offesa è solo una delle possibili forme di inveroamento della norma incriminatrice. L'opzione a favore della non punizione degli autori di siffatti illeciti può essere piuttosto esercitata attraverso strumenti e istituti processuali o, in un'auspicabile prospettiva di ampliamento della mediazione penale, anche extraprocessuali.

A questo proposito, è noto che autorevole dottrina ha individuato almeno quattro paradigmi della politica di depenalizzazione⁵, che si riscontrano non solo in ambito nazionale ma anche al di fuori di questo: *a)* fiscalizzazione; *b)* medicalizzazione; *c)* secolarizzazione; *d)* privatizzazione.

a) Fiscalizzazione.

Alla stregua di tale paradigma il legislatore degrada ad illecito amministrativo reati di carattere prevalentemente economico-sociale, in relazione ai quali la sanzione amministrativa ben si presta ad esplicare un sufficiente livello di prevenzione. Quest'ultimo, infatti, può essere conseguito attraverso l'impiego della sanzione (amministrativa) pecuniaria comminata nella misura idonea a neutralizzare i vantaggi materiali che l'agente consegue attraverso l'illecito⁶.

b) Medicalizzazione.

Secondo tale paradigma, la depenalizzazione concerne “condotte ritenute espressione di disordine sociale o di disadattamento personale, più che di un vero e proprio disvalore penale”⁷; si pensi a quanto è avvenuto, per vero con alterne vicende, in

⁵ C. E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, p. 432 ss. Pare opportuno precisare che l'A. utilizza il termine depenalizzazione in senso ampio, cioè come sinonimo della deflazione *tout-court*; ciò non toglie, tuttavia, che i paradigmi in oggetto bene si attagliano anche alla depenalizzazione in senso stretto intesa.

⁶ “Si tratta inoltre di un paradigma il quale (...) esprime «une tendance très nette à la ‘désindividualisation’»: un trattamento personalizzato non essendo richiesto per soggetti che, a torto o a ragione, si suppone trasgrediscono le norme per «eccesso» più che per difetto di socializzazione. L'individualizzazione della pena che è alla base dell'idea rieducativa viene quindi trascurata, in questo ambito, nel momento in cui «il legislatore rivolge un'attenzione maggiore all'*infrazione* che all'*autore* stesso», non considerando la personalità di questi e la sua possibilità di emenda, ma avallando piuttosto la convinzione che «il processo interiore che ha condotto all'illecito si sia sviluppato sul terreno freddamente matematico degli interessi economici, su di un terreno cioè *poco suscettibile di rieducazione*». Gli unici profili soggettivi che acquistano rilevanza — una rilevanza, a dire il vero, decisiva — sono pertanto le condizioni economiche dell'agente”, C. E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, cit., pp. 432-433.

In argomento vedi, altresì, C. E. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 1021 ss. L'A., pur sottolineando la centralità della sanzione penale tra gli strumenti di repressione e prevenzione della devianza economica, evidenzia il ruolo positivo che in tal senso potrebbe essere svolto dalla sanzione amministrativa. Infatti, “è cosa nota e documentata che l'omogeneità per così dire «funzionale» tra sanzione ed illecito rappresenti — in termini di ‘contropinta’ — un forte elemento di prevenzione generale e speciale soprattutto negli ambiti criminologici contrassegnati da schemi d'azione razionale, e di *razionalità di scopo*: come, segnatamente, è appunto il comportamento di tipo economico”, *ivi*, p. 1027. In particolare, accanto ad un'area di comportamenti punibili esclusivamente in via penale, l'A. individua un'area in cui la sanzione amministrativa gioca un ruolo di complementarietà rispetto alla pena, sanzionando fattispecie “satellitari” o avamposto di macro-fattispecie penali; ed un'area “integrata” in cui la sanzione amministrativa è lo strumento chiave nel sistema di controllo di determinate attività mentre quella penale rappresenta lo strumento di chiusura di tale sistema, p. 1034.

⁷ C. E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 434.

materia di detenzione e consumo personale di stupefacenti. Alla depenalizzazione del comportamento illecito deve poi accompagnarsi l'introduzione di strumenti di controllo e, soprattutto, di sostegno e assistenza sociale e medica a favore dell'agente.

c) Secolarizzazione.

In base al modello della secolarizzazione, la scure della depenalizzazione si abbatte sui reati frutto di una commistione tra l'area del penalmente illecito e del moralmente illecito. "La concezione laica del diritto penale, inteso come «costruzione temporale retta da principi suoi propri, autonoma rispetto a qualsiasi fede religiosa e non» conduce alla netta separazione della sfera etica da quella penale ed alla conseguente estromissione della pura «moralità» (pubblica o privata che sia) dal novero dei beni giuridici tutelabili con la sanzione criminale: né è consentito un arretramento del diritto penale lungo le frontiere della religione e della morale (soprattutto, sessuale)"⁸. È questo il caso della depenalizzazione, ad opera del decreto legislativo 30 dicembre 1999, n. 507, delle contravvenzioni di ubriachezza (art. 688 c.p.) oppure di bestemmia e manifestazioni oltraggiose verso i defunti (art. 724 c.p.).

d) Privatizzazione.

Alla stregua di quest'ultimo paradigma la depenalizzazione interessa principalmente i reati di modesto disvalore, offensivi della proprietà e, più in generale, del patrimonio, rispetto ai quali le istanze di prevenzione e di repressione possono comunque essere soddisfatte attraverso sanzioni di carattere amministrativo. Si pensi, per esempio, alla depenalizzazione dei reati di emissione degli assegni a vuoto o senza provvista.

4. Le tecniche legislative in sede di depenalizzazione.

Posto che i percorsi attraverso i quali la depenalizzazione muove verso la realizzazione delle menzionate istanze teoriche ed empiriche possono essere anche molto diversi, sembra ora opportuno esaminare quali siano le tecniche utilizzate in sede legislativa per rendere operative le scelte compiute sul piano della politica criminale.

In generale, ci pare che le tecniche sin qui adottate siano due. La prima consiste nella semplice sostituzione della sanzione penale con quella amministrativa, senza alcuna modificazione della struttura della fattispecie. La seconda, all'opposto, consiste proprio nella modificazione della struttura della fattispecie da depenalizzare (oltre che della sanzione), in vario modo: per esempio, innalzando le soglie di rilevanza penale del fatto,

⁸ *Ivi*, pp. 434-435.

che al di sotto di queste ha rilevanza nel solo ambito amministrativo; oppure, «arricchendo» la norma incriminatrice di un ulteriore elemento tipico (ad esempio, lo scopo dell'agente o l'entità del danno), tale da ridurre l'ambito applicativo della fattispecie alle sole manifestazioni, soggettivamente o oggettivamente, più gravi del fatto"⁹.

Tra le due — come l'analisi dei principali provvedimenti di depenalizzazione in Italia peraltro ampiamente dimostra — il nostro legislatore ha fatto ricorso, in misura prevalente, alla prima, benché questa non vada del tutto esente da critiche. Infatti, mentre la depenalizzazione accompagnata da una modifica strutturale dell'illecito è (in via tendenziale) significativa di una particolare accuratezza del legislatore nell'attuazione delle proprie strategie punitive conformemente ai corollari del principio di sussidiarietà, la *depenalizzazione per sostituzione* non offre univoci indizi nello stesso senso.

In tale caso, infatti, è oltremodo complesso per l'interprete appurare se la suddetta operazione di sostituzione sottenda valutazioni di merito (relative alla proporzione della sanzione amministrativa e alla non necessità della sanzione penale in prospettiva di reale protezione del bene giuridico presidiato da quella specifica norma giuridica); oppure se, al contrario, essa prescinda totalmente da quelle. Ed invero, mentre nella prima ipotesi l'opzione depenalizzatrice non pare incontrare particolari controindicazioni, sembrando anzi opportuna se non addirittura doverosa, nella seconda invece essa si espone al rischio di irrazionalità. Ciò è tanto più vero quanto più si consideri che non di rado il meccanismo automatico di sostituzione opera in relazione a fattispecie (individuate sulla base della cornice edittale o del tipo di sanzione prevista) che già *ab origine* comminano trattamenti sanzionatori sproporzionati e sperequati, di guisa che la depenalizzazione, lungi dal muovere verso la razionalizzazione dell'apparato punitivo *in toto* considerato, finisce per perpetuare l'irragionevolezza delle scelte sanzionatorie pregresse¹⁰.

Inoltre, tale tecnica legislativa omette di trascurare un profilo essenziale nella prospettiva del potenziamento della funzione preventiva del suddetto apparato. E cioè l'adeguatezza del coefficiente di deterrenza della sanzione amministrativa (di regola pecuniaria, dal momento che essa rimane ancor oggi il principale modello di sanzione

⁹ F. GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 209.

¹⁰ In merito alle problematiche correlate alla comminatoria edittale e all'irrazionalità delle scelte sanzionatorie, vedi T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 419 ss. e, in particolare, p. 437 ss. Vedi, altresì, F. GIUNTA, voce *Depenalizzazione*, cit., p. 213.

amministrativa deputato a fare le veci di quella penale in sede di depenalizzazione) in rapporto agli obiettivi di tutela correlati alla norma depenalizzata. Se è vero, infatti, che la sanzione pecuniaria può — in relazione a certi tipi di illecito e di autore e a certe condizioni — esplicitare effetti di prevenzione maggiori o non inferiori a quelli della sanzione penale¹¹, è pure vero che la sanzione a contenuto pecuniario non è sempre la più confacente alle istanze di prevenzione, potendo, secondo i casi, rivelarsi più utile quella a contenuto interdittivo.

Ad ogni modo, come sopra accennato, resta il fatto che la depenalizzazione basata sul criterio formale del tipo di sanzione originariamente comminato è largamente prevalsa, per intuibili ragioni di economicità, in generale e soprattutto nei primi provvedimenti di depenalizzazione, i quali tendevano ad un ampio sfooltimento dell'apparato normativo penale in tempi contenuti¹². Tuttavia, è opportuno sottolineare che il legislatore ha in più occasioni cercato di porre un parziale rimedio alle summenzionate controindicazioni, prevedendo puntuali eccezioni e deroghe all'operatività del criterio in oggetto o, per altro verso, specifiche integrazioni con riferimento a fattispecie che altrimenti sarebbero rimaste escluse dalla depenalizzazione (si pensi, in questo senso, alle leggi di depenalizzazione del 1975 e del 1981).

5. *I criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e amministrative.*

Veniamo ora ad una questione fondamentale, cui sinora si è fatto solo un rapido cenno ma sulla quale pare doveroso tornare e soffermarsi, sia pure brevemente.

Si fa riferimento alla questione concernente l'individuazione dei criteri orientativi della discrezionalità legislativa in sede di depenalizzazione. È di tutta evidenza che tali criteri sono privi di efficacia vincolante nei confronti dell'autorità normativa, ma la loro importanza è comunque indubbia dal momento che essi forniscono le linee guida per orientare la suddetta discrezionalità “lungo parametri e secondo scansioni costituzionalmente corretti e criticamente fondati”¹³.

¹¹ Vedi *supra*, sub par. 3, lett. a).

¹² Vedi *infra*, sub par. 9.

¹³ Circolare 19 dicembre 1983 della Presidenza del Consiglio dei ministri, recante “Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative”, in *Cass. pen.*, 1986, p. 641.

In argomento vedi F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 35 ss.; G. AZZALI, *L'alternativa amministrativa: lineamenti di un sistema sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 581 ss.; G. LATTANZI, *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali di una circolare della presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1985, p. 251 ss.

Proprio in questa prospettiva si colloca la circolare 19 dicembre 1983 della Presidenza del Consiglio dei ministri, la quale, individuando tali criteri nella proporzione e nella sussidiarietà, precisa che “i due principi debbono considerarsi entrambi condizionanti per il ricorso alla sanzione penale, nel senso che questa deve corrispondere sia ad un criterio di proporzione, sia ad un criterio di sussidiarietà. Basterà quindi che essa risulti o sproporzionata alla gravità dell’illecito o sostituibile con una sanzione amministrativa dotata di pari efficacia perché l’adozione della sanzione penale non sia giustificata”¹⁴.

6. (Segue). Il criterio di proporzione.

Il criterio di proporzione implica un giudizio comparativo tra l’afflittività della pena e il disvalore del fatto, desunto dal rango del bene giuridico presidiato dalla norma incriminatrice e dalla gravità della lesione o della messa in pericolo di tale bene; esso è quindi criterio di natura assiologica che lega due entità negative eterogenee (il male inflitto all’autore del reato attraverso la sanzione e l’offesa) e che consente di veicolare nella suddetta norma valutazioni inerenti la *meritevolezza* di pena in relazione ad un determinato illecito¹⁵. In altri termini, il giudizio di proporzionalità non tiene conto solamente dell’interesse giuridico protetto e della sanzione, bensì anche della “fattispecie, intesa come la specifica articolazione contenutistica del tipo criminoso”¹⁶; esso cioè non può prescindere dal considerare pure le specifiche modalità dell’offesa.

Evidente è la complessità di un siffatto giudizio. Basti pensare, innanzitutto, alle difficoltà connesse all’individuazione del rango dell’oggetto di tutela (stante l’ormai consolidata opinione per cui non è possibile disegnare una gerarchia dei beni giuridici¹⁷)

¹⁴ Circolare 19 dicembre 1983, cit., p. 642.

¹⁵ È evidente che, in sede di valutazione sulla proporzione della sanzione, non si può prescindere dal considerare altresì la componente di stigmatizzazione che è propria, in misura pressoché esclusiva, della pena, specialmente detentiva. L’uso della sanzione amministrativa appare dunque inopportuno allorché il legislatore intenda imprimere ad una determinata condotta quel particolare giudizio di disapprovazione sociale e giuridica che è lo stigma.

¹⁶ F. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 212; nello stesso senso T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: il problema della comminatoria editale*, cit., p. 447.

¹⁷ E stante, quindi, l’impossibilità di individuare, anche alla luce del testo costituzionale, un *numerus clausus* di beni di rango primario ai quali riservare la tutela penale. È stato infatti osservato che è “sempre possibile costruire interessi strumentali a quelli primari, ai quali si ritiene possa estendersi la tutela penale, seppure contro le offese più gravi. E questa possibilità di procedere, quasi lungo gli anelli di una catena, all’individuazione di interessi collegati con quello assunto come primario non incontra limiti rigorosi.

o alla comparazione tra il bene leso o messo in pericolo dalla condotta illecita e quello che, secondo i casi, viene leso o compresso dalla sanzione penale; oppure, ancora, alle difficoltà derivanti dal fatto che il criterio in esame ha un carattere relativo, nel senso che la determinazione della sanzione proporzionata dipende non esclusivamente da una valutazione interna alla norma ma altresì “dal rapporto di gravità stabilito fra i reati previsti nell’ordinamento”¹⁸. Si ripresentano sul piano della proporzione, pertanto, le problematiche connesse al bene giuridico e, in particolare, al ruolo che questo ricopre nella politica punitiva complessivamente considerata; in proposito è stato per l’appunto osservato che “il criterio di meritevolezza della tutela mostra la corda per l’assenza di una solida tavola di valori generalmente condivisi”¹⁹.

Ad ogni modo, la proporzione della sanzione alla gravità del fatto sembra irrinunciabile sotto il profilo non solo delle garanzie individuali ma anche, come si è accennato in apertura del presente capitolo, del raggiungimento delle finalità di prevenzione²⁰. Sotto il primo profilo, infatti, la proporzione, attraverso la sua componente retributiva, costituisce un presidio contro gli eccessi punitivi nei quali si potrebbe incorrere valorizzando la finalità preventiva in sé e per sé considerata; invero, tolto il limite della pena retributiva-proporzionata, si potrebbe cadere nella tentazione di supplire, attraverso un innalzamento dei limiti edittali, all’inadeguato livello di certezza e celerità della risposta sanzionatoria, entrambe costituenti “canoni modali” della sanzione vocata alla prevenzione generale²¹. Sotto il secondo profilo, poi, solo la sanzione proporzionata, quindi giusta, può produrre quegli effetti di deterrenza,

Infine, ma soprattutto, è nella stessa natura dell’interesse quella di non essere una realtà interamente naturalistica ed immutabile...bensì di essere fortemente condizionato nella sua esistenza, nella sua nascita, nella sua scomparsa e nella sua fisionomia da mutevoli fattori etici, sociali e politici”, F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, cit., p. 47.

¹⁸ T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., p. 446.

¹⁹ F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 459.

²⁰ In argomento vedi K. LÜDERSEN, *La funzione di prevenzione generale del sistema penale*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna, 1980, p. 99 ss.; W. NAUCKE, *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, ivi, p. 53 ss.

²¹ In questo senso si è per l’appunto affermato: “La pena risulta sproporzionata non già per corrispondere più efficacemente alla sua funzione di prevenzione generale, ma per far fronte piuttosto alla disfunzione che caratterizza la sua possibilità di applicarla”, T. PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, cit., p. 448.

orientamento culturale e rieducazione correlate all'idea preventiva in senso ampio intesa²².

Per quanto specificamente concerne le opzioni deflative, il criterio della proporzione suggerisce di depenalizzare fatti di modesto disvalore, in considerazione del fatto che la sanzione amministrativa è in via tendenziale meno afflittiva di quella penale e perciò idonea a punire fatti di minore gravità. A tal proposito la summenzionata circolare del 1983 precisa che “In linea di principio, la sanzione penale dovrebbe essere limitata agli stadi della tutela che siano meno remoti dal bene e più intensamente connotati in termini di gravità. Ma la direttiva non può essere svincolata (...) dalla considerazione relativa al rango dell'interesse. Quanto più elevato esso si prospetta, tanto più giustificato apparirà il ricorso alla sanzione penale anche per offese anticipate e di modesta intensità; per converso la gravità minima richiesta per la configurabilità di un'offesa penalmente rilevante dovrà essere tanto più elevata quanto minore sarà il rango del bene giuridico in gioco”²³.

7. (Segue). Il criterio di sussidiarietà.

Il criterio di sussidiarietà impone di rinunciare alla sanzione penale qualora quella amministrativa sia idonea, in relazione alla fattispecie di volta in volta considerata, ad assicurare analoghi livelli di tutela, cioè quando la sanzione amministrativa abbia efficacia analoga a quella penale²⁴.

²² “Se il fine giustificante risiede ... nella prevenzione generale, dissuasiva e persuasiva, il principio distributivo basato sulla proporzione corrisponde ad una esigenza primordiale di giustizia”, *ivi*, p. 443.

²³ Circolare 19 dicembre 1983, cit., p. 643.

²⁴ In tema di effettività nel diritto penale, vedi diffusamente C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430 ss. L'A. definisce l'effettività *normativa* come l'osservanza della norma penale da parte del singolo e della collettività e distingue al suo interno vari sottotipi di effettività: *a)* della norma (“capacità delle norme penali di ottenere l'osservanza dai consociati, di orientarne le condotte”, la quale è strettamente dipendente dal “modo in cui le norme penali sono confezionate e dunque dalla loro attitudine a tutelare beni giuridici”, *ivi*, p. 509); *b)* della sanzione (correlata alla “effettiva inflizione della pena comminata in caso di violazione”, *ivi*, pp. 509-510); *c)* degli apparati deputati ad assicurare l'applicazione del diritto penale (da intendersi come efficienza globale “nel senso che alla efficienza di una delle agenzie deve corrispondere una adeguata efficienza da parte delle altre. Quanto meno, l'accresciuta effettività di uno degli snodi in cui si articola il sistema della giustizia penale non deve essere neutralizzata da una incapacità di assorbimento del maggior carico di lavoro da parte degli altri snodi”, *ivi*, p. 526).

Per quanto specificamente concerne l'effettività della sanzione, essa dipende strettamente dal rapporto tra il numero dei fatti punibili e quelli che vengono puniti (calcolato sul raffronto tra il numero delle *notitiae criminis* e quello delle sentenze) nonché dall'impatto dell'esecuzione della pena sul reo (desunto

Tale efficacia andrà misurata alla luce non solo dell'efficienza delle autorità e degli organi competenti all'irrogazione della sanzione²⁵, ma anche della disciplina sostanziale e processuale di questa²⁶. Basti pensare a come la presenza di istituti sospensivi, sostitutivi o alternativi alla pena possano influire negativamente sulla sua effettività o a come, per altro verso, istituti di portata generale quali il pagamento in misura ridotta della sanzione pecuniaria amministrativa o il regime di responsabilità solidale per essa previsto possano contribuire a rendere particolarmente effettiva tale sanzione, evitando dispendiosi procedimenti di esecuzione coattiva, dagli esiti peraltro incerti²⁷.

In sostanza, quindi, il criterio della sussidiarietà deve essere interpretato "in termini di efficacia, come utilizzazione del minimo mezzo (sanzionatorio) per il raggiungimento del massimo risultato di tutela"²⁸. Pertanto, "esso va compiutamente inteso come valutazione comparativa tra i costi benefici delle varie specie di sanzioni disponibili, e segnatamente della sanzione penale a fronte di quelle extrapenali. Nel senso, cioè, che tale criterio dovrebbe orientare la scelta su quella sanzione che — comparativamente — riveli il più favorevole rapporto tra i costi della sua applicazione, in termini finanziari, umani e sociali, e il prevedibile grado della sua efficacia"²⁹.

per esempio anche dall'analisi delle statistiche giudiziarie, con particolare riferimento al tasso di recidiva), *ivi*, p. 522.

²⁵ "Non ci possiamo permettere la deflazione penale se non abbiamo una amministrazione efficiente, imparziale e legalitaria", F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, cit., p. 56.

²⁶ A tale proposito autorevole dottrina ha evidenziato il rischio che la sanzione amministrativa possa rivelarsi in concreto più efficace di quella penale in considerazione anche dell'apparato di garanzie correlato al relativo procedimento di irrogazione; questo, invero, è di certo meno complesso di quello previsto in ambito penale, malgrado il fatto che talune sanzioni amministrative possano avere un coefficiente di afflittività non inferiore a quello di talune pene.

Si è infatti osservato: "Almeno in quei settori in cui la pubblica amministrazione è più efficiente e più «interessata», non è esclusa la tentazione di predisporre una tutela amministrativa più efficace perché meno garantista, rinunciando magari anche alla pena detentiva per utilizzare sanzioni amministrative altamente afflittive quanto ad ammontare patrimoniale e decisamente efficaci in virtù delle minori garanzie sostanziali e processuali. Si innescherebbe così un processo orientato non più verso la deflazione penale, bensì verso una sorta di «amministrativizzazione» del diritto penale, nel senso cioè che, allo scopo ultimo di aggirare le garanzie penalistiche, l'illecito amministrativo sconfinerebbe dall'area originariamente riservatagli degli illeciti bagatellari o minori, per invadere progressivamente aree di illeciti più consistenti e come tali propri del diritto penale", F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, cit., p. 54.

²⁷ Vedi *ivi*, p. 53.

²⁸ F. PALAZZO, *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, cit., p. 214.

²⁹ *Ivi*, p. 215. Vedi altresì C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., p. 450: "La pena è indicata quale strumento di tutela di comportamenti socialmente dannosi solo a due condizioni, relative l'una [a] all'*an*, l'altra [b] al *quantum* della tutela: [a] solo in quanto si dimostrino insufficienti gli altri (meno incisivi) strumenti di controllo sociale (offerta dal diritto civile, dal diritto amministrativo, dall'arsenale di misure di terapia sociale) (principio di sussidiarietà in senso proprio, o di *necessarietà*, o

Quindi, benché la sussidiarietà costituisca un criterio che si iscrive nella dimensione teorica dell'idea di scopo, non si può non vedere come essa, nella misura in cui impone di privilegiare la sanzione più efficace, allunghi lo sguardo anche verso questioni di carattere empirico. Non pare allora del tutto fuorviante affermare che l'efficienza/efficacia della sanzione possa, proprio per il tramite della sussidiarietà, costituire un criterio di orientamento (sia pure ancillare o, se si vuole, interno alla sussidiarietà) della discrezionalità legislativa (anche) in sede di depenalizzazione.

Resta, tuttavia, la difficoltà di determinare il grado di efficacia della sanzione amministrativa al fine di stabilire, per l'appunto, se essa sia idonea, in rapporto alle peculiarità del fatto illecito, a conseguire effetti di prevenzione maggiori di quelli conseguibili attraverso la pena. Se, infatti, per quanto concerne l'ambito penale sono disponibili e sono in questo senso indubbiamente utili le statistiche periodicamente condotte con riferimento all'attività giudiziaria ed esecutiva, per quanto concerne l'ambito amministrativo è ancor oggi estremamente difficile disporre di dati concernenti l'effettività della sanzione.

Dunque, non sembra azzardato affermare che, a dispetto del ruolo che almeno a livello teorico è attribuito all'effettività nella politica punitiva, il legislatore si cura solo parzialmente dei profili relativi alla dimensione empirica della sanzione. In una prospettiva *de iure condendo* è certo che tale atteggiamento legislativo non può che essere abbandonato. È di tutta evidenza, infatti, che una depenalizzazione non sorretta dalla consapevolezza della concreta idoneità della sanzione amministrativa ad esplicare le funzioni di repressione e prevenzione degli illeciti è un salto nel buio e rischia di mutarsi — laddove quest'ultima sia altamente ineffettiva — in una decriminalizzazione *tout-court* del comportamento depenalizzato oppure in una “punizione a sorteggio” che finisce per delegittimare il sistema punitivo complessivamente inteso indebolendone la tenuta preventiva³⁰.

del 'bisogno di pena'); [b] solo rispetto a quelle schegge di 'dannosità sociale' che raggiungono il 'picco' del 'socialmente intollerabile': quei frammenti cioè di condotta che — principalmente in ragione delle modalità di lesione o dell'atteggiamento dell'agente — rappresentino quegli «esempi insopportabili» che, *soliti*, il legislatore penale — provvidenzialmente «pigro» — considera nella sua arte, perché forniscono per antitesi i punti di orientamento essenziali alla conservazione dell'ordine giuridico-sociale (principio c.d. di *frammentarietà* del diritto penale)”.

³⁰ Infatti, in un sistema penale ispirato all'idea di scopo, che giustifica l'esistenza della sanzione criminale unicamente per la tutela di specifici beni giuridici, “l'effettività assume, *consapevolmente e programmaticamente*, un ruolo fondante (in termini di 'razionalità' e di 'legittimità') del «ricorso alla pena”», C. E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., p. 434.

8. *Le principali tappe della depenalizzazione in Italia.*

La storia del processo di depenalizzazione in Italia suole essere divisa in due fasi, la cui linea di demarcazione è costituita, è noto, dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, la quale, introducendo un'organica disciplina della sanzione amministrativa punitiva e del relativo illecito, ha impresso al suddetto processo una forte accelerazione³¹.

Invero, prima di allora la mancanza di uno strumento sanzionatorio che si ponesse in una posizione di reale alternatività alla sanzione penale di fatto ostacolava qualsiasi progetto di depenalizzazione.

Infatti, nella più risalente riflessione dottrinale sulla sanzione amministrativa, questa poteva assolvere esclusivamente una funzione riparatoria cosicché la sanzione penale rimaneva la sola idonea ad esplicare una funzione punitiva. Alla stregua di questo primo orientamento, come si vedrà, “la *sanzione amministrativa* avrebbe potuto presidiare soltanto precetti posti a tutela di *interessi particolari*, direttamente riferibili alla pubblica amministrazione. La distinzione fra illecito penale e illecito amministrativo si poneva dunque su un piano *qualitativo*, tale da escludere qualsiasi fungibilità tra i due tipi di sanzione e qualsiasi spazio per scelte discrezionali da parte del legislatore”³².

Tuttavia, successivamente è andato consolidandosi un orientamento di segno opposto a quello precedente e secondo il quale, nel *genus* della sanzione amministrativa, ben potevano individuarsi singole *species* orientate alla prevenzione degli illeciti e perciò idonee a sostituire la pena. E proprio quest'ultimo orientamento è sfociato, per l'appunto, nella consacrazione di un modello di sanzione amministrativa punitiva che è stato disciplinato per la prima volta nella summenzionata legge 689/1981 e che ha consentito alla depenalizzazione di diventare il *leitmotiv* della politica criminale italiana sino alla fine degli anni '90.

9. *(Segue). La depenalizzazione ante legem 24 novembre 1981, n. 689.*

Le principali leggi di depenalizzazione *ante legem* 689/1981 sono, come si sa, la legge 3 maggio 1967, n. 317 (“Modificazioni al sistema sanzionatorio delle norme in

³¹ Per un *excursus* della storia della depenalizzazione in Italia vedi A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 727 ss.; T. DI NINO, *Gli itinerari della depenalizzazione dalla legge n. 689/1981 alla legge n. 205/1999*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 749 ss.

³² E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 591-592.

tema di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali”), la legge 9 ottobre 1967, n. 950 (“Sanzioni per i trasgressori delle norme di polizia forestale”) e la legge 24 dicembre 1975, n. 706 (“Sistema sanzionatorio delle norme che prevedono contravvenzioni punibili con l’ammenda”).

La prima di queste (l. 317/1967) depenalizza la maggior parte delle contravvenzioni in materia di circolazione stradale sanzionate con la pena dell’ammenda; essa utilizza cioè un criterio formale (quello, appunto, del tipo di sanzione) che tuttavia viene temperato da alcune esclusioni di carattere sostanziale concernenti fattispecie, perlopiù di pericolo, espressive di apprezzabile disvalore (art. 16)³³. Invero, l’ampiezza dell’ambito normativo cui afferiva questo primo intervento di depenalizzazione aveva in sostanza “imposto” l’adozione di un criterio di selezione che consentisse di prescindere da valutazioni relative alla gravità dei singoli illeciti depenalizzati; una tale valutazione è, infatti, operazione assai complessa che richiede, specie se svolta su ampia scala, un cospicuo sforzo di sistematicità e organicità da parte dell’autorità legislativa, oltre che tempi piuttosto lunghi.

La medesima valutazione risulta invece più agevole allorquando l’ambito normativo sul quale il legislatore interviene in sede di depenalizzazione è più ristretto. Ed è questo il caso della depenalizzazione operata dalla seconda delle summenzionate leggi (l. 950/1967); la selezione delle fattispecie da degradare ad illecito amministrativo è avvenuta, infatti, sulla base di un criterio di carattere sostanziale concernente il tipo di offesa. Essa ha così provveduto a sanzionare in via extrapenale quelle fattispecie poste a presidio dell’osservanza di provvedimenti amministrativi.

Infine, con la legge 24 dicembre 1975, n. 706, il legislatore attua il primo intervento di depenalizzazione di carattere trasversale, declassando ad illecito amministrativo le contravvenzioni che, indipendentemente dal settore normativo di appartenenza, comminano la sanzione pecuniaria dell’ammenda; contestualmente, prevede eccezioni (per campi di materia) alla depenalizzazione, talora non prive di un apprezzabile fondamento ma in linea tendenziale comunque suscettibili di creare (o mantenere) irragionevoli disparità, in relazione a fatti di analogo disvalore, sotto il profilo del trattamento sanzionatorio³⁴. “Lungi da porsi come strumento di razionalizzazione sanzionatoria, la depenalizzazione rischia così da fungere da cassa di risonanza di

³³ In questa sua prima fase, quindi, “la depenalizzazione finiva per riguardare una serie, sia pur nutrita, di reati di mera disobbedienza a precetti amministrativi o comunque, nella massima parte dei casi, di illeciti penali a carattere meramente bagatellare”, A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, cit., p. 730.

³⁴ Sono esclusi dalla depenalizzazione in oggetto le fattispecie previste nel codice penale, nel TULPS, nei settori normativi concernenti: lavoro, alimenti e bevande, tutela dell’ambiente, urbanistica.

pregresse scelte punitive sperequate se non addirittura irragionevoli; rischia cioè di mantenere in vita, all'interno di talune materie apoditticamente destinate ad una tutela sanzionatoria rafforzata, una miriade di illeciti penali a carattere bagatellare inopportunosamente sfuggiti all'attività legislativa di potatura"³⁵.

10. (*Segue*). *La legge 24 novembre 1981, n. 689.*

Sebbene la più volte menzionata legge 689/1981 costituisca la pietra miliare nel percorso della depenalizzazione del nostro Paese, non si deve ritenere che con la sua emanazione siano stati istantaneamente superati i limiti delle prime leggi di depenalizzazione.

Infatti, se è vero, da un lato, che tale legge ha posto le basi della disciplina dell'illecito amministrativo punitivo, venendo così a creare una stabile alternativa alla pena nell'ambito degli strumenti sanzionatori preventivo-punitivi, è altrettanto vero, dall'altro, che essa non ha saputo porsi in modo altrettanto innovativo rispetto alla tendenza, manifestata nelle prime leggi di depenalizzazione, ad adottare un criterio di selezione delle fattispecie di carattere formale. Basti pensare che essa stessa utilizza proprio un criterio formale, depenalizzando tutti i reati sanzionati con la sola pena pecuniaria (multa oltre che ammenda), indipendentemente dai limiti edittali (art. 32, co. 1); salve le esclusioni e le integrazioni — di cui allo stesso art. 32, co. 2 e 3 e agli artt. 33, 34 e 39 — volte, rispettivamente, a salvaguardare dalla depenalizzazione quelle fattispecie rispetto alle quali la sanzione amministrativa si rivelava sproporzionata per difetto o comunque inadeguata ad esplicare le funzioni di prevenzione e di repressione; e ad includere nella depenalizzazione reati che sulla base dei criteri formali prescelti sarebbero incongruamente rimasti nell'area del penalmente rilevante (ad esempio, art. 669 c.p.)³⁶.

Si consideri, inoltre, che proprio la predisposizione di un nuovo modello di illecito punitivo richiedeva apprezzabili tempi di assimilazione da parte del legislatore, fino ad allora avvezzo a soddisfare le esigenze di tutela di determinati beni giuridici mediante l'impiego della sola sanzione penale. Si ponevano, in particolare, questioni relative alla

³⁵ A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, cit., p. 732.

³⁶ Tra tutte si ricordino le esclusioni previste dall'art. 32, co. 2 e 3, ai sensi del quale non sono oggetto di depenalizzazione i reati che nelle ipotesi aggravate sono sanzionati con la pena detentiva (alternativa o congiunta a quella pecuniaria) e quelli punibili a querela; sul punto vedi S. LARIZZA, *Profili critici della politica di depenalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 61 ss.

definizione delle “sfere di competenza” del penale e dell’amministrativo, che veniva (per l’appunto ad opera della legge 689) a “guadagnare terreno” uscendo con forza dal suo tradizionale ruolo di mero presidio di interessi della pubblica amministrazione; questioni, dunque, relative ai criteri di riparto tra penale e amministrativo e di scelta delle relative sanzioni. A inequivocabile dimostrazione delle difficoltà incontrate in proposito dal legislatore sta proprio la legislazione posteriore all’entrata in vigore della legge 689/1981, non sempre “ispirata, in questa scelta, a criteri di plausibilità sostanziale e di coerenza sistematica. Il ricorso all’una o all’altra delle due sanzioni è apparso talvolta casuale: la sanzione penale è riemersa, senza un’apparente ragione giustificativa, in materie che pure la l. n. 689 del 1981 aveva depenalizzato; o, per converso, la sanzione amministrativa è stata utilizzata in settori già specificamente sottratti alla depenalizzazione; nel contesto di discipline nuove, non direttamente coinvolte nelle scelte compiute dalla l. n. 689 del 1981, l’alternarsi di sanzioni penali e di sanzioni amministrative sembra, in qualche sporadico caso, avulso da una meditata valutazione politico-criminale”³⁷.

Nella prospettiva di contenere il pendolarismo della politica punitiva nazionale, diventava pertanto imprescindibile individuare criteri orientativi della discrezionalità legislativa nella selezione dei fatti meritevoli di tutela penale; e tali criteri, come anticipato, vennero individuati dalla circolare della Presidenza del consiglio dei ministri del 19 dicembre 1983³⁸ nella proporzione e nella sussidiarietà.

11. (Segue). *La depenalizzazione negli anni '90.*

La parziale soluzione delle questioni correlate alla depenalizzazione e la contestuale acquisizione da parte del legislatore di una maggiore consapevolezza degli strumenti punitivi a sua disposizione hanno consentito di avviare negli anni '90 un’intensa attività

³⁷ Circolare 19 dicembre 1983, cit., p. 641.

³⁸ “Infatti, salvo assumere le vesti di legge costituzionale, un testo di fonte parlamentare pensato per imporre vincoli al legislatore (o comunque per influire sul suo operato) avrebbe prestato il fianco ad ogni tipo di censura; inoltre, un testo siffatto si sarebbe rivelato sostanzialmente inefficace, in quanto derogabile da leggi posteriori”, A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, cit., p. 735.

Lo stesso A. nota che le circolari ministeriali, essendo destinate ad operare nella fase preliminare dell’*iter* normativo, possono ridurre fortemente il rischio di incorrere in quei vizi legislativi nei quali sovente l’interprete si imbatte e che non di rado trovano la loro origine proprio nella suddetta fase; vedi A. BERNARDI, *Expériences italiennes récentes en matière de science et de technique de la législation pénale*, in *Archives de politique criminelle*, n. 9, 1987, p. 173.

di depenalizzazione. Non è certo questa la sede per analizzare i vari provvedimenti normativi di depenalizzazione adottati proprio in quegli anni e i loro contenuti; piuttosto, qui ci limiteremo ad un rapido richiamo dei principali³⁹.

A) La legge 28 dicembre 1993, n. 561, recante “Trasformazione di reati minori in illeciti amministrativi”⁴⁰, “ha portato alla depenalizzazione di un gruppo di undici disparate violazioni”⁴¹ sulla base di due diversi criteri: “quello del loro modesto disvalore (vale a dire, come precisato in sede ministeriale, del loro modesto coefficiente di offensività, che giustifica la loro sanzionabilità attraverso mere misure amministrative pecuniarie, peraltro congruamente riqualficate nel loro ammontare) e quello della loro significativa incidenza sul complessivo carico giudiziario (dunque della loro effettiva attitudine a consentire, una volta depenalizzati, una sensibile contrazione del numero dei procedimenti penali)”⁴².

Il legislatore si è quindi discostato dalla consueta tecnica di selezione delle fattispecie basata sul tipo di sanzione originariamente comminata dalla norma da depenalizzare e ha adottato un criterio di carattere sostanziale che ha consentito di operare, in relazione alle singole fattispecie di volta in volta considerate, quelle valutazioni di proporzione e sussidiarietà suggerite dalla summenzionata circolare del 1983.

B) La legge 28 dicembre 1993, n. 562 ha delegato il Governo a riformare la disciplina sanzionatoria contenuta nel testo unico delle leggi di pubblica sicurezza e delle disposizioni ad esso connesse e complementari; delega adempiuta con l’emanazione del decreto legislativo 13 luglio 1994, n. 480⁴³.

Ad opera di tale decreto, nel “tentativo di adeguare all’attuale clima sociale una normativa in tema di “polizia di sicurezza” di stampo marcatamente autoritario, una larga parte delle disposizioni del TULPS è stata (...) sottratta al previgente sistema contravvenzionale ed assoggettata ad un aggiornato meccanismo sanzionatorio di carattere amministrativo”⁴⁴.

C) La legge 6 dicembre 1993, n. 499 ha delegato il Governo a riformare l’apparato sanzionatorio nella materia del lavoro. Come si ricorderà, tale settore era stato escluso

³⁹ Per un’analisi puntuale dei principali interventi di depenalizzazione, vedi diffusamente F. BARTOLINI, *Il codice delle depenalizzazioni*, Piacenza, 2001.

⁴⁰ Vedi *ivi*, p. 889 ss.

⁴¹ G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001, p. 84.

⁴² A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, cit., p. 738.

⁴³ Vedi F. BARTOLINI, *Il codice delle depenalizzazioni*, cit., p. 915 ss.

⁴⁴ A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, cit., p. 740. *Amplius*, G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., pp. 86-88.

dalla depenalizzazione attuata dalla fondamentale legge del 1981 (art. 34, lett. *m* e *n*), in considerazione dell'importanza dei beni tutelati nonché dell'estrema complessità della disciplina prevista, che sconsigliava l'impiego di criteri selettivi formali⁴⁵.

Tale legge fu attuata da tre decreti legislativi:

a) il d.lgs. 24 marzo 1994, n. 211, concernente la riforma della disciplina dell'omesso versamento delle ritenute previdenziali e assistenziali;

b) il d.lgs. 9 settembre 1994, n. 566, concernente la riforma della disciplina sanzionatoria in materia di tutela del lavoro minorile, delle lavoratrici madri e dei lavoratori a domicilio, il quale depenalizza i reati previsti in tale settore purché non concernenti la sicurezza sul lavoro e le condizioni psicofisiche dei lavoratori⁴⁶;

c) il d.lgs. 19 dicembre 1994, n. 758, che nel capo I (artt. 1-16) depenalizza fattispecie sanzionate con la sola pena pecuniaria. “Le fattispecie depenalizzate concernono aspetti della disciplina lavorativa attinenti, quasi tutte, alla regolamentazione del rapporto individuale di lavoro subordinato e che, sia per tale ragione sia per l'essere già punite soltanto con una pena pecuniaria, pur conservando riflessi di interesse pubblicistico (come avviene in tutta la materia del lavoro subordinato), hanno giustificato il passaggio dall'ambito della repressione penale a quello della sanzionabilità sul piano amministrativo”⁴⁷.

D) Il d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 — “risolta in senso positivo la questione relativa all'applicabilità o meno della l. 689/1981 agli illeciti amministrativi in materia bancaria”⁴⁸ — ha avviato un processo di depenalizzazione di taluni reati previsti, per l'appunto, in materia bancaria e dell'intermediazione finanziaria.

⁴⁵ “Certamente, occorre riconoscere che il criterio formale di depenalizzazione accolto nell'art. 32 della l. 689/1981 mal si prestava ad essere utilizzato in un settore normativo nel quale era dato riscontrare il ricorso alla sola pena pecuniaria rispetto ad illeciti penali di gravità oltremodo differente. Resta comunque il fatto che la soluzione radicale fatta propria dal legislatore del 1981 era destinata a perpetuare l'ipertrofia, l'irrazionalità e l'inadeguatezza sul piano preventivo-repressivo del sistema sanzionatorio di tutela del lavoro. Si imponeva dunque una integrale rivisitazione di tale sistema, nel segno di criteri selettivi anche e soprattutto a carattere sostanziale”, A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, cit., p. 741. Nello stesso senso, F. BARTOLINI, *Il codice delle depenalizzazioni*, cit., p. 990.

⁴⁶ “Per questi reati, anzi, si era disposto un sensibile inasprimento sanzionatorio attraverso la comminatoria della pena detentiva, prima non prevista: pena detentiva che generalmente era comminata in forma alternativa a quella dell'ammenda ma che era stata stabilita da sola per le ipotesi illecite che mettevano a concreto repentaglio la salute del lavoratore”, F. BARTOLINI, *Il codice delle depenalizzazioni*, cit., p. 991 ss.

⁴⁷ *Ivi*, pp. 1029-1030.

⁴⁸ A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, cit., p. 744.

Tale decreto, infatti, è stato seguito dal decreto legislativo 23 luglio 1996, n. 415 che ha recepito la direttiva 93/22/CE del 10 marzo 1993, relativa ai servizi di investimento del settore dei valori mobiliari, e la direttiva 93/6/CE del 15 marzo 1993, relativa all'adeguatezza patrimoniale delle imprese di investimento e degli enti creditizi, depenalizzando il reato concernente l'emissione di valori mobiliari (art. 143 TUB); e, più recentemente, dal decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 che ha depenalizzato talune fattispecie di contenuto disvalore⁴⁹.

12. (*Segue*). *La legge delega 25 giugno 1999, n. 205.*

L'ultimo importante intervento di depenalizzazione in Italia è quello innescato dalla legge 25 giugno 1999, n. 205 che ha delegato il Governo a depenalizzare i reati minori e a modificare il sistema penale e tributario⁵⁰.

Come è noto, tale legge è particolarmente rilevante non soltanto sul piano della depenalizzazione ma anche sul piano, più ampio, della deflazione complessivamente intesa; infatti, essa ha adottato o, per altro verso, ha suggerito l'adozione di molteplici soluzioni di contenimento dell'area penalmente rilevante: dalla depenalizzazione in senso stretto, alla decriminalizzazione in astratto⁵¹, all'adozione di meccanismi di deflazione in concreto (come l'allargamento del novero dei reati perseguibili a querela).

La summenzionata legge 205/1999 è stata attuata dai decreti legislativi 30 dicembre 1999, n. 507 e 10 marzo 2000, n. 74, dei quali il primo "si segnala per l'ampiezza delle proporzioni e per la vastità delle materie regolate"⁵² oltre che per la varietà dei criteri selettivi utilizzati (proporzione, sussidiarietà, incidenza statistica sul carico giudiziario)⁵³; in particolare, esso riforma la disciplina sanzionatoria in materia di alimenti, navigazione, circolazione stradale, violazioni finanziarie⁵⁴, assegni bancari e

⁴⁹ Vedi *ivi*, pp. 743-745.

⁵⁰ Vedi diffusamente G. LATTANZI, E. LUPO, *Depenalizzazione e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, Milano, 2001.

⁵¹ L'art. 18 della legge 205/1999 abroga, infatti, taluni reati ritenuti non più meritevoli di sanzione penale o desueti; è il caso delle fattispecie di sfida a duello (art. 394 c.p.), mendicizia (art. 670 c.p.), turpiloquio (art. 726 c.p.), omesso avviamento dei minori al lavoro (art. 732 c.p.).

⁵² F. BARTOLINI, *Il codice delle depenalizzazioni*, cit., p. 87.

⁵³ Vedi A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, cit., p. 746 ss.

⁵⁴ Merita di essere segnalata la "eliminazione ad opera dell'art. 24 d.lgs. 507/1999 del c.d. principio di ultrattività delle leggi finanziarie di cui all'art. 20 l. 7 gennaio 1929, n. 4, in base al quale le suddette leggi, seppure abrogate o modificate, continuavano ad applicarsi ai fatti commessi durante la loro vigenza. Come intuibile, infatti, grazie all'abbandono di tale principio la depenalizzazione delle

postali, nonché quella di taluni reati previsti dal codice penale e da talune leggi speciali. Nello specifico, nelle suddette materie si è proceduto ad un'ingente depenalizzazione che ha interessato anche taluni reati puniti con la sanzione detentiva⁵⁵ e alla quale si sono sottratte solo le fattispecie di maggiore gravità, delle quali si è addirittura inasprito il previgente trattamento sanzionatorio⁵⁶.

A nostro avviso, tuttavia, l'importanza delle riforme introdotte dai decreti attuativi della legge 205/1999 non deriva esclusivamente dalla complessità dei criteri e dei meccanismi deflativi utilizzati o dal numero dei settori normativi considerati; essa deriva altresì dall'accelerazione che tali decreti hanno di fatto impresso al processo di diversificazione delle tipologie sanzionatorie amministrative, incrementando l'arsenale punitivo disponibile (anche) in prospettiva di ulteriore depenalizzazione⁵⁷. Infatti, ci pare che proprio la moltiplicazione delle tipologie di sanzioni punitive amministrative e l'innalzamento del loro coefficiente di afflittività rendano la sanzione amministrativa complessivamente considerata idonea a costituire una valida alternativa non solo rispetto alla pena pecuniaria (come siamo in qualche misura avvezzi a pensare), ma anche rispetto alla sanzione detentiva. Anzi, non sembra azzardato ritenere che, a fronte di pene detentive brevi ineffettive o scarsamente effettive⁵⁸, la sanzione amministrativa (non necessariamente pecuniaria) sarebbe da preferirsi, soprattutto qualora in tal senso suggeriscano anche le connotazioni strutturali e contenutistiche delle fattispecie.

fattispecie finanziarie (realizzata sia dal d.lgs. 507/1999 che dal d.lgs. 74/2000, e finalizzata a circoscrivere in tale materia l'uso della sanzione criminale ai soli illeciti di elevata gravità) viene ad incidere retroattivamente sui procedimenti in corso e financo sulle sentenze di condanna, facendone cessare l'esecuzione e gli effetti penali (art. 2 comma 2 c.p.)", *ivi*, pp. 746-747.

⁵⁵ Ciò è accaduto, per esempio, in materia alimentare. È stato tuttavia osservato che la deroga apportata al principio di specialità di cui all'art. 9 l. 689/1981 dall'art. 95 d.lgs. 507/1999 ha finito per rendere in concreto inconsistente la depenalizzazione dei reati previsti in tale materia; così A. BERNARDI, *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, cit., p. 751, nt. 99.

⁵⁶ Vedi *ivi*, p. 747.

⁵⁷ Infatti, come si vedrà nel capitolo che segue, i summenzionati decreti hanno considerevolmente elevato il coefficiente di afflittività della sanzione pecuniaria e hanno introdotto nuove forme di sanzioni a contenuto interdittivo, potenziando così l'efficacia deterrente della sanzione amministrativa.

⁵⁸ Vedi *supra*, sub Parte I, cap. II, sez. II, par. 10.

CAPITOLO II

LE SANZIONI AMMINISTRATIVE

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La sanzione amministrativa in senso ampio e in senso stretto. — 3. La sanzione amministrativa in senso ampio: le sanzioni riparatorie e disciplinari. — 4. La sanzione amministrativa in senso stretto. Elementi differenziali rispetto alle altre tipologie sanzionatorie. — 5. La sanzione amministrativa punitiva nella legge 689/1981. — 6. I sistemi punitivi amministrativi derogatori alla legge 689/1981. — 7. (Segue). La deroga al principio di responsabilità personale: la responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato.— 8. Le fondamentali tipologie di sanzione amministrativa punitiva: la sanzione pecuniaria. — 9. (Segue). La sanzione interdittiva. — 10. (Segue). La confisca. — 11. Tipologie sanzionatorie e garanzie individuali. — 12. Riflessioni conclusive: quali prospettive per la depenalizzazione?

1. *Premessa.*

Il rilievo assunto dalla depenalizzazione nell'ambito delle strategie deflative ci induce a soffermarci, in particolare, sulla sanzione che proprio dalla depenalizzazione è chiamata a fare le veci di quella penale e a restituire efficienza al sistema punitivo complessivamente considerato; in questo capitolo, dunque, si tratterà un quadro dell'apparato sanzionatorio amministrativo, in special modo punitivo, e della corrispondente figura di illecito.

La cospicua varietà delle tipologie di sanzioni amministrative e dei correlati sistemi di responsabilità, l'impossibilità di ricondurre ad una categoria unitaria ed omogenea le suddette tipologie e la piena consapevolezza che un'analisi dettagliata delle molteplici forme dell'illecito amministrativo richiede sforzi di certo non sostenibili in tale sede ci costringono ad una trattazione essenziale del tema.

Come illustre dottrina ha osservato, infatti, le sanzioni amministrative “sono irrogate (...) dalla Pubblica Amministrazione, portatrice degli interessi pubblici la cui lesione è stata perpetrata dall'illecito, in modi e con conseguenze assai differenti tra di loro e che consentono e impongono la adozione di misure che è talvolta assai discutibile possano essere considerate delle sanzioni, mirando precipuamente alla ripristinazione dell'interesse pubblico violato. Di qui il sorgere di problemi circa la configurazione

della fattispecie di illecito e dei suoi requisiti, rapportati volta a volta alla tipologia delle sanzioni, in ordine a ciascuna delle quali finivano per applicarsi principi non uniformi”¹.

2. *La sanzione amministrativa in senso ampio e in senso stretto.*

Esistono due nozioni di *sanzione amministrativa*.

In senso ampio, il termine sanzione amministrativa comprende un insieme di misure di contenuto ablatorio, eterogenee per natura e finalità, irrogate dalla pubblica amministrazione in conseguenza della violazione di un precetto². La frammentarietà della legislazione concernente l'apparato sanzionatorio amministrativo, invero, ha a lungo ostacolato l'elaborazione di una nozione pregnante di sanzione amministrativa (e del relativo illecito, nonostante i cospicui tentativi in tal senso compiuti dalla dottrina anche sulla scorta dell'esperienza e dei modelli di illecito consolidati in ambito civile e penale³), che in questa più ampia accezione finisce per comprendere indistintamente sanzioni punitive, riparatorie (ripristinatorie, risarcitorie, alternative) e disciplinari⁴.

In senso stretto, invece, il suddetto termine fa esclusivo riferimento alle sanzioni amministrative *punitive* (pecuniarie, interdittive, reali), attraverso le quali la pubblica amministrazione reprime le violazioni di norme poste a presidio di interessi generali. In tale accezione la sanzione amministrativa assume una fisionomia per certi versi simile a quella della sanzione penale perseguendo finalità di generalprevenzione, come peraltro si evince dall'impianto normativo della fondamentale legge 689/1981⁵.

¹ E. CASSETTA, voce *Illecito amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, 1993, p. 90. Con riferimento alla sanzione amministrativa, in generale, vedi altresì G. BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, 1984; M. A. SANDULLI, *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Napoli, 1981; ID., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983; A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e Pubblica Amministrazione*, Padova, 1983; A. ROSSI VANNINI, *Illecito amministrativo-depenalizzato*, Milano, 1990.

² Vedi A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925, p. 90 ss.; A. TRAVI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie nella legge 47/1985*, in *Riv. giur. sarda*, 1988, p. 895.

³ Vedi C. E. PALIERO, A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 346.

⁴ Come si sa, benché le sanzioni disciplinari abbiano carattere punitivo, esse costituiscono un *tertium genus* autonomo, per l'appunto, da quello punitivo e da quello riparatorio. Vedi C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa – Profili sistematici*, Milano, 1988, p. 48 ss.; G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001, p. 133 ss.; P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, p. 9.

⁵ Già Zanobini, all'inizio del secolo scorso, aveva definito la sanzione amministrativa “pena in senso tecnico”, anticipando le scelte che il legislatore avrebbe compiuto con la summenzionata legge 689/1981; vedi G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924. Vedi altresì E. CAPACCIOLI, *Principi in*

È appena il caso di ricordare, infine, che al concetto di sanzione amministrativa, in entrambe le suddette accezioni, sono estranee:

A) le *misure di sicurezza*, cui la dottrina da tempo pacificamente attribuisce natura penale in considerazione dei presupposti (cioè la commissione di un reato o di un quasi-reato e la pericolosità del soggetto) e del procedimento applicativi⁶;

B) le *misure di prevenzione*, nell'ambito delle quali occorre tuttavia distinguere tra:
 a) misure c.d. *giurisdizionalizzate*, cioè irrogate dall'autorità giudiziaria "con garanzie analoghe a quelle del processo penale"⁷, a causa della loro idoneità ad incidere direttamente sulla libertà personale, e perciò ricondotte nell'alveo della sanzione penale;
 b) misure c.d. *non giurisdizionalizzate*, applicate dall'autorità amministrativa ed aventi natura di misura amministrativa di coazione⁸.

3. *La sanzione amministrativa in senso ampio: le sanzioni riparatorie e disciplinari.*

L'accezione ampia di sanzione amministrativa comprende, come si è anticipato, sanzioni punitive, riparatorie e disciplinari.

Prescindendo per un momento dalle prime — che saranno oggetto di specifica trattazione nei successivi paragrafi, incentrati sull'esame della nozione ristretta di sanzione amministrativa — verranno qui delineate le principali caratteristiche delle ultime due tipologie sanzionatorie.

A) Quanto alle sanzioni amministrative c.d. *riparatorie*, esse mirano a conservare o ripristinare il bene o l'interesse leso dalla violazione, attenuando o eliminando le

tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive, in *Le sanzioni in materia tributaria*, Atti del Convegno di studio svoltosi a Sanremo, 21-22 ottobre 1978, Milano, 1979, p. 125 ss.

⁶ Vedi G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milano, 1972, p. 1595; F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, cit., p. 822 ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, p. 807 ss.

⁷ G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 100. Tra le misure di prevenzione c.d. giurisdizionalizzate rientrano, ad esempio, la sorveglianza speciale e l'obbligo di soggiorno (art. 3 l. 27 dicembre 1956, n. 1423); vedi C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 27 ss. e, in particolare, p. 33 ss.; G. VASSALLI, *Misure di prevenzione e diritto penale*, cit., p. 1593 ss.

⁸ Secondo l'orientamento dominante, le misure di prevenzione non giurisdizionalizzate non hanno natura sanzionatoria, dal momento che la loro irrogazione non postula la realizzazione di un illecito (cioè di un fatto tipico, anti-giuridico e colpevole) e neppure la mera violazione di un precetto. Piuttosto, costituiscono esse stesse dei precetti, perché impongono al destinatario — ritenuto pericoloso per la pubblica sicurezza — di tenere una determinata condotta. Si pensi, ad esempio, all'avviso orale (art. 4 l. 1423/1956) e al rimpatrio con foglio di via obbligatorio (art. 2 l. 1423/1956); sul punto vedi C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 33 ss. e, in particolare, p. 37, con gli ulteriori riferimenti bibliografici.

conseguenze di questa. Infatti, attraverso le sanzioni riparatorie la pubblica amministrazione esercita una potestà sanzionatoria per così dire “strumentale rispetto al governo di un certo settore, più che una funzione di prevenzione, generale o speciale, analoga a quella della sanzione penale”⁹ nonché della sanzione amministrativa punitiva.

La tipologia sanzionatoria in oggetto, a sua volta, comprende sanzioni:

a) *risarcitorie e ripristinatorie*, che tendono al risarcimento del danno cagionato dal comportamento *contra jus* (in forma, rispettivamente, generica e specifica), non hanno carattere punitivo e non perseguono (almeno direttamente) finalità di prevenzione¹⁰, come dimostra la loro applicabilità anche a soggetti estranei alla violazione¹¹;

b) *alternative*, che tendono alla perequazione del vantaggio patrimoniale ingiustamente acquisito dal trasgressore e sono applicabili nei casi in cui la pubblica amministrazione ravvisi l’inopportunità di far ricorso alla sanzione ripristinatoria prevista dalla legge. Nonostante la loro natura pecuniaria, tali sanzioni non hanno una funzione punitiva e sono pertanto sottratte alla disciplina dettata dalla legge 689/1981; vengono invece sottoposte alla disciplina delle sanzioni amministrative ripristinatorie, in considerazione del rapporto di alternatività che le lega ad esse¹².

B) Quanto alle sanzioni amministrative *disciplinari*, esse colpiscono comportamenti realizzati nell’ambito di particolari rapporti tra l’amministrazione e l’autore della violazione. Infatti, presupposto per la loro applicazione è che il trasgressore rivesta una

⁹ P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 33.

¹⁰ Mentre “le sanzioni punitive hanno carattere meramente afflittivo e sono ricollegate al verificarsi in concreto della fattispecie legale, senza alcuna facoltà di scelta per l’amministrazione in ordine alla loro irrogazione se non per la misura della sanzione, con la conseguenza che la contestazione dell’intimato si risolve nel dedurre il proprio diritto soggettivo a non subire l’imposizione di prestazioni patrimoniali fuori dei casi espressamente previsti dalla legge; al contrario, le misure ripristinatorie (o quelle sostitutive) tendono a realizzare direttamente l’interesse pubblico di settore leso dall’atto illecito e all’amministrazione è data di regola la scelta della misura repressiva più idonea a soddisfare quell’interesse, con la conseguenza che, in tal caso, sussistono in capo al privato soltanto posizioni soggettive di interesse legittimo”, P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 4, nt. 6.

Dall’assenza del carattere punitivo, poi, discende l’inapplicabilità dei principi generali di cui alla legge 689/1981. Le sanzioni risarcitorie si connotano, infatti, per l’irrelevanza dell’elemento soggettivo, per la trasmissibilità dell’obbligazione di pagamento e per l’imprescrittibilità; vedi A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e Pubblica Amministrazione*, cit., p. 82 ss.

¹¹ Per esempio, nell’ambito della normativa edilizia (nella quale sono prevalentemente previste tali sanzioni) il destinatario del provvedimento ripristinatorio può essere anche il soggetto che ha disponibilità del bene realizzato in violazione della suddetta normativa; invece, salvo eccezioni, le sanzioni punitive sono dirette al responsabile dell’illecito.

¹² Vedi G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., pp. 148-150; C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 46.

specifica qualifica attribuitagli da un provvedimento della pubblica amministrazione¹³. Il legame che si instaura tra quest'ultima e il privato non si iscrive necessariamente in una relazione gerarchica, tuttavia è sufficiente per conferire all'amministrazione una particolare potestà che si estrinseca nel controllo del comportamento del soggetto (nell'ambito della predetta relazione) e nell'irrogazione di sanzioni — a contenuto personale o patrimoniale¹⁴ — a seguito dell'accertamento dell'illecito.

Tale illecito consiste nella violazione non di uno specifico dovere di condotta, ma di *un generale dovere di comportamento*. Da ciò derivano profili peculiari dell'illecito disciplinare: a) l'indeterminatezza della fattispecie, proprio per l'impossibilità di tradurre in specifiche disposizioni il contenuto di quello che è un generale dovere di comportamento¹⁵; b) la necessità di una valutazione tecnica della autorità competente in ordine alla sussistenza dell'illecito e della misura della sanzione¹⁶.

Giova tuttavia sottolineare che, benché le sanzioni disciplinari costituiscano un *tertium genus* rispetto alle sanzioni punitive e non possa ad esse applicarsi la disciplina della legge 689/1981, la giurisprudenza costituzionale¹⁷ ha statuito che “le sanzioni disciplinari, in quanto incidenti sullo stato della persona nell'impiego o nella professione, richiedono, per la loro irrogazione, il rispetto di garanzie di tipo paragiustiziale, quali la contestazione di addebiti, l'istruttoria, la partecipazione dell'interessato al procedimento, la valutazione e il giudizio, garanzie tutte ispirate a

¹³ Sui provvedimenti idonei a costituire siffatti rapporti vedi C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 53. Tuttavia, si ricordi che la giurisprudenza ha talora ritenuto sufficiente, ai fini dell'applicazione delle sanzioni disciplinari, anche la posizione del funzionario di fatto, *ivi*, p. 52, nt. 131.

¹⁴ Le sanzioni disciplinari, infatti, possono essere pecuniarie, interdittive, morali o fisiche (come, ad esempio, nell'ordinamento militare), G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 133.

¹⁵ Vedi C. E. PALIERO, A. TRAVI, voce *Sanzioni amministrative*, cit., p. 381.

A tal proposito è stato infatti osservato: “una differenza fra sanzioni amministrative non disciplinari e sanzioni disciplinari si riscontra anche nel tipo di comportamento sanzionato, nel senso che, di solito, le prime sono previste per comportamenti “in positivo” (in quanto l'illecito tipico proibisce una specifica condotta), mentre le seconde attengono ad un comportamento “in negativo” (in quanto l'illecito è rappresentato dalla mancata rispondenza della condotta ai doveri imposti da un determinato *status*). In altre parole la sanzione amministrativa non disciplinare colpisce una condotta, omissiva o commissiva, perché proibita in quanto tale, mentre la sanzione disciplinare consegue ad una condotta, non perché, in generale, questa sia specificamente proibita ma perché essa non si è conformata ad un certo quadro (o, almeno ad uno *standard* minimo) dei doveri che lo *status* del soggetto impone”, P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 30.

¹⁶ Così G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 65; *contra* C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., pp. 56-57.

¹⁷ Corte cost., 1 marzo 1995, n. 71, in *Giur. cost.*, 1995, I, p. 679.

principi analoghi a quelli che si dispiegano con piena e più estesa attuazione nei procedimenti giurisdizionali”¹⁸.

4. *La sanzione amministrativa in senso stretto. Elementi differenziali rispetto alle altre tipologie sanzionatorie.*

Alla definizione dei connotati propri della sanzione amministrativa in senso stretto (o punitiva) la dottrina è perlopiù giunta attraverso il confronto tra questa e le altre tipologie sanzionatorie, amministrative e penali.

Per quanto concerne il confronto con le due summenzionate tipologie di sanzioni amministrative (riparatorie e disciplinari), quella punitiva si differenzia per alcune caratteristiche che la avvicinano alla pena (e che hanno reso conseguentemente necessario individuare elementi differenziali anche rispetto a quest’ultima). E cioè: *a)* per l’*oggetto di tutela*, giacché essa non presidia direttamente interessi propri della amministrazione, bensì interessi dell’individuo e della generalità dei consociati, sebbene questi pure siano affidati alle cure dell’amministrazione¹⁹; *b)* per le *finalità* perseguite, giacché essa tende non alla riparazione del danno o al ripristino del bene giuridico o dell’interesse offeso dall’infrazione, bensì alla prevenzione e alla repressione degli *illeciti*²⁰.

Per quanto concerne il confronto con la sanzione penale, invece, quella punitiva amministrativa si distingue dalla prima essenzialmente²¹ per: *a)* l’inidoneità alla

¹⁸ P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 20, nt. 46.

¹⁹ Si è detto che la sanzione amministrativa, nella misura in cui “costituisce un’alternativa, oggi sempre più accreditata, alla sanzione penale (...) lungi dal degradare la lesione a oggetto del solo apparato amministrativo (o, se si preferisce, dell’ordinamento amministrativo), mantiene il suo disvalore nell’ambito dello ordinamento generale, anche se in minor misura rispetto all’illecito penale”. Sicché “risulta confermato che le sanzioni amministrative: a) si ambientano nell’ordinamento generale; b) coinvolgono interessi che non sono dell’amministrazione, ma anche del soggetto privato”, G. CORSO, *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell’amministrazione*, Varenna, Villa Monastero 18-20 settembre 1980, Milano, 1982, pp. 74-75.

²⁰ Vedi G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 104.

²¹ Non è certo questa la sede per addentrarci nell’analisi puntuale delle teorie volte ad individuare i criteri distintivi di sanzioni amministrative e penali. Basti qui ricordare che talune (c.d. *teorie sostanziali*), privilegiano il criterio nella natura del bene giuridico o dell’interesse presidiato dal precetto, altre invece (c.d. *teorie formali*) privilegiano quello del regime giuridico delle sanzioni.

In base alle prime, la sanzione amministrativa si connoterebbe per la sua funzione di tutela di interessi esclusivi della p.a. (c.d. *secondari*) mentre alla pena sarebbe riservata la tutela di interessi generali (c.d. *primari*). In questo senso vedi, ad esempio, A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, cit., p. 90 ss.

produzione dello *stigma* in capo al soggetto condannato²²; b) l'inidoneità del relativo provvedimento sanzionatorio a produrre effetti analoghi a quelli prodotti dalla sentenza di condanna e, in sostanza, ad incidere “negativamente su eventuali, futuri rapporti del reo con la legge”, deteriorando “il suo statuto personale rispetto alla libertà fisica (si pensi agli effetti sulla sospensione condizionale) ovvero, di nuovo — ma questa volta in modo formalizzato —” degradandone l'immagine sociale (per esempio, attraverso l'iscrizione nel casellario giudiziale)²³.

A questo proposito, tuttavia, pare doveroso sottolineare che la forza di tali elementi distintivi sembra per certi versi essersi affievolita; si pensi all'importanza assunta, in sede di commisurazione della sanzione, da eventuali precedenti violazioni del trasgressore in seguito all'introduzione, ad opera del decreto legislativo 509/1999, dell'art. 8 *bis* della legge 689/1981. Nella medesima prospettiva, si pensi pure all'istituzione di archivi generali per la catalogazione delle sanzioni e degli illeciti amministrativi previsti in materia di emissione degli assegni, di circolazione stradale, di responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato²⁴. O, ancora, all'introduzione di sanzioni interdittive idonee a degradare l'immagine del trasgressore nel contesto sociale di riferimento come, ad esempio, l'affissione o la pubblicazione del provvedimento che applica la sanzione amministrativa in materia di alimenti, di cui all'art. 7 del decreto legislativo 509/1999.

In base alle seconde, invece, la sanzione amministrativa si connoterebbe, secondo i vari orientamenti, per la natura dell'organo irrogante (orientamento, peraltro, ampiamente criticato), per il procedimento applicativo oppure per l'inidoneità a comprimere la libertà individuale. *Amplius* C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 11 ss. e A. *ivi* citati.

²² Vedi P. NUVOLONE, voce *Pena* (*dir. pen.*), in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 787.

²³ C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 22.

²⁴ Con riferimento alla disciplina della responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato designata dal decreto legislativo 231/2001, si è per l'appunto osservato: “La valorizzazione della reiterazione e la previsione di un'anagrafe nazionale delle sanzioni amministrative irrogate all'ente (...) offuscano uno dei caratteri distintivi dell'illecito amministrativo rispetto a quello penale, in base al quale il primo sarebbe sprovvisto dello stigma che si proietta sopra l'autore del secondo. Per contro, gli indici destinati a segnare un distacco dalla natura penale delle sanzioni resterebbero quelli collegati al regime della prescrizione, alla disciplina dell'archiviazione (art. 58 d.lgs. in esame), alla contestazione dell'illecito (art. 59 d.lgs. cit.), all'inesistenza di un regime di conversione per le sanzioni pecuniarie e, soprattutto, sul piano dell'effettività della sanzione, all'inesistenza di istituti sospensivi”, C. PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1365.

5. *La sanzione amministrativa punitiva nella legge 689/1981.*

Come noto, la sanzione amministrativa *punitiva* ha trovato un'organica disciplina ad opera della legge 24 novembre 1981, n. 689, che però si è limitata a dettarne i principi generali con riferimento alla sola sanzione pecuniaria (e indirettamente a quella interdittiva a questa accessoria). Tuttavia, benché tale legge abbia lasciato spazio nella legislazione previgente (e lasci spazio, è naturale, in quella successiva) a numerose e più o meno cospicue deroghe, è comunque innegabile che essa, delineando i tratti salienti del principale strumento punitivo alternativo alla pena, abbia rappresentato un'importante tappa nel percorso di depenalizzazione avviato nel nostro Paese già sul finire degli anni '60. Invero, essa veniva a colmare, sia pure parzialmente, un'ampia lacuna normativa, innestandosi in una legislazione settoriale e assai articolata che sino ad allora aveva fortemente ostacolato la ricostruzione di un modello unitario di sanzione amministrativa punitiva.

In particolare, il regime della responsabilità delineato dalla legge 689/1981, nel fare propri buona parte dei fondamentali principi della responsabilità penale, lascia emergere nettamente la natura punitiva e le finalità preventive della sanzione in oggetto. Basti pensare che l'irrogazione di tale sanzione — che l'art. 1 della suddetta legge, riprendendo la formulazione dell'art. 25 Cost., subordina al principio di legalità (e quindi ai suoi corollari di riserva di legge²⁵, irretroattività²⁶ e divieto di analogia) —

²⁵ Il principio della riserva di legge di cui all'art. 1 l. 689/1981, “secondo la Cassazione, impedisce che sanzioni amministrative possano esser comminate direttamente da disposizioni contenute in fonti normative secondarie, ma non è certo di ostacolo alla integrazione di precetti di legge, purché sufficientemente individuati, ad opera dei regolamenti; questi ultimi svolgerebbero un ruolo di aggiornamento di alcuni aspetti tecnici della norma soggetti a veloce evoluzione tecnica, in modo da garantire la finalità posta dalla legge medesima”, P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 45.

²⁶ Pare doveroso sottolineare che, in ambito amministrativo, vige il principio di irretroattività della legge che introduce nuove sanzioni amministrative (cosicché un soggetto non potrà essere sanzionato in forza di una legge entrata in vigore successivamente alla commissione del fatto illecito), ma non quello della retroattività della legge più favorevole all'agente, principio quest'ultimo esclusivamente penalistico, ispirato dal *favor libertatis*. “In definitiva, per le sanzioni amministrative, va applicata sempre la disciplina vigente al momento in cui è stata commessa la violazione, anche se il fatto abbia successivamente perduto il carattere di illiceità (o comunque sia intervenuta una norma più favorevole all'autore della violazione), a meno che non siano espressamente previste delle deroghe, come accade per le sanzioni in materia tributaria”, P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 51.

Per quanto concerne, poi, la particolare ipotesi di depenalizzazione del reato prima della condanna definitiva, la legge 689/1981 risolve espressamente, sia pure in modo parziale, il problema relativo alla disciplina applicabile; l'art. 40, infatti, stabilisce: “Le disposizioni di questo Capo si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito”; il legislatore si esprime cioè inequivocabilmente a favore della sanzione amministrativa, che deve trovare applicazione anche se, in relazione al caso concreto, sia più afflittiva di quella penale.

presuppone la realizzazione di un illecito amministrativo e cioè di un fatto tipico, antigiusuridico²⁷ e colpevole²⁸; dunque, in altri termini, presuppone un giudizio di rimproverabilità nei confronti del soggetto, che “merita” di essere punito²⁹.

Si tratta, pertanto, di una sanzione avente natura retributiva e teleologicamente orientata alla prevenzione, come si ricava anche da alcuni principi generali, istituti e criteri previsti dalla legge in esame e dai successivi testi normativi che l’hanno integrata. Ed in particolare da:

Tale problema resta pertanto irrisolto con riferimento alle depenalizzazioni successive alla legge 689/1981. “In proposito si fronteggiano tre filoni giurisprudenziali. Un primo indirizzo, favorevole alla retroattività della depenalizzazione, anche se non esplicitamente prevista, sulla base dell’affermata esistenza di una medesima *ratio legis* rispetto all’art. 40 l. 689/1981, è stato sostenuto dalla Cassazione civile. Ad esso se ne contrappone uno diametralmente opposto (sostenuto dalla Cassazione penale)...per il quale la sanzione amministrativa può avere applicazione solo dalla data di entrata in vigore della norma che la prevede, e sull’inapplicabilità dell’art. 2, 2° comma c.p., “in quanto tale norma sottintende la riconducibilità di entrambe le leggi nella sfera della repressione penale”. Un terzo orientamento,...sostiene che il comportamento, sanzionato penalmente al momento della commissione e poi depenalizzato, non può essere punito né in via penale (in quanto per effetto dell’abolizione del reato l’autorità giudiziaria dovrebbe dichiarare che il fatto non è previsto dalla legge come reato), né in via amministrativa (in quanto l’art. 1 l. 689/1981 impedisce di assoggettare a sanzione amministrativa un comportamento posto in essere anteriormente alla vigenza della legge che ha previsto la sanzione medesima)”, *ivi*, p. 49 ss. e, in particolare, pp. 52-54.

²⁷ L’art. 4 della legge 689/1981, recante “*Cause di esclusione della responsabilità*”, indica tra le cause scusanti: a) l’adempimento del dovere; b) l’esercizio di una facoltà legittima; c) lo stato di necessità; d) la legittima difesa. Vedi E. DOLCINI, in E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCCIARELLI, C. E. PALIERO, E. RIVA CRUGNOLA, *Commentario alle “Modifiche al sistema penale”*, Milano, 1982, sub art. 4, p. 33 ss.

²⁸ *Ex lege* 689/1981, la colpevolezza presuppone il compimento del diciottesimo anno di età (perlomeno di regola, come si dirà a breve) e la capacità di intendere e di volere, nonché la sussistenza del dolo o della colpa (artt. 2 e 3). Peraltro, si ricordi che, secondo le Sezioni unite (Cass., SS.UU., 6 ottobre 1995, n. 10508, in *Foro it.*, 1995, I, 3458), il summenzionato art. 3 “pone una presunzione di colpa in ordine al fatto vietato a carico del trasgressore, riservando a quest’ultimo l’onere di provare di aver agito senza colpa”, P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 81.

Dell’illecito del minorenne risponde il soggetto tenuto alla sua sorveglianza, salvo prova di non aver potuto impedire il fatto. Infine, come anticipato, si ricordi che la regola dell’inimputabilità del minore soffre di alcune eccezioni; si pensi, ad esempio, alla confisca del veicolo di proprietà di un minore (anche se, a ben guardare, in questo caso la confisca, più che carattere strettamente punitivo, pare avere carattere preventivo-cautelare) o alla sanzione pecuniaria *ex art.* 115, co. 4, cod. strada; vedi *ivi*, p. 78.

²⁹ Come si sa, tale giudizio a sua volta presuppone, oltre alla capacità naturale, la maggiore età, il dolo o la colpa, pure la conoscibilità del precetto amministrativo.

A questo proposito, va sottolineato che la Corte di cassazione ha esteso anche alla responsabilità amministrativa i principi sanciti, riguardo alla *ignorantia legis* in ambito penale, dalla Corte costituzionale (sent. 24 marzo 1988, n. 364, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 1054), secondo la quale vi sono alcuni casi in “sintomatici” in cui l’errore di diritto scusa. E cioè: “a) la complessità della fattispecie e delle valutazioni prescritte dalla legge, sempre che l’errore non sia determinato da colpa dell’agente; b) l’assoluta oscurità del testo normativo; c) un repentino mutamento della giurisprudenza, per effetto del quale viene considerata illecita una condotta prima considerata lecita; d) l’errata informazione da parte dell’autorità circa la liceità del comportamento, che non ritraccia, tuttavia, in un comportamento o una prassi di mera tolleranza (nel qual ultimo caso l’errore rimane colpevole e quindi non scusabile)”, P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., pp. 94-96, con gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

a) il principio di pari responsabilità nelle ipotesi di concorso di persone nell'illecito (art. 5 l. 689/1981).

A diverse conclusioni si dovrebbe pervenire se in sede legislativa si fosse optato per un regime di responsabilità solidale. La responsabilità solidale, infatti, contrasta non solo col carattere retributivo della sanzione, ma, secondo un'autorevole dottrina, anche "con qualsiasi funzione di prevenzione degli illeciti, e risulta invece compatibile soltanto con finalità risarcitorie, nonché con l'istanza di una pronta e sicura riscossione della pena pecuniaria"³⁰, dal momento che "la *ratio* della solidarietà non è solo quella di fornire una garanzia per l'eventuale insolvenza del trasgressore (già individuato), ma anche quella di permettere l'agevole individuazione di un soggetto responsabile, nel caso il trasgressore non sia individuato"³¹.

b) Il principio di intrasmissibilità della sanzione agli eredi (art. 7 l. 689/1981).

Esso, infatti, connota inequivocabilmente tale sanzione in termini personalistici e, quindi, preventivi; al contrario, la trasmissibilità della sanzione è espressione di una logica essenzialmente risarcitoria. "In tal modo il principio di intrasmissibilità diviene un corollario del principio della personalità dell'obbligazione susseguente ad irrogazione della sanzione amministrativa, che trova, del resto, conferma anche nel nesso di colpevolezza (nella forma del dolo o della colpa) che deve unire il fatto al suo autore nell'illecito amministrativo, salve alcune eccezioni"³².

c) Il principio di specialità per regolare il concorso tra norme penali e amministrative statali (art. 9 l. 689/1981).

Nel concorso tra norme penali e amministrative astrattamente applicabili ad una stessa fattispecie deve trovare applicazione quella speciale, salvo che si tratti di norma amministrativa provinciale o regionale, sulla quale tendenzialmente prevale la disposizione penale³³. La regola della prevalenza della norma penale su quella

³⁰ E. DOLCINI, in E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCCIARELLI, C. E. PALIERO, E. RIVA CRUGNOLA, *Commentario alle "Modifiche al sistema penale"*, cit., sub art. 5, p. 38. Poiché l'art. 5 della legge 689/1981 ricalca l'art. 110 c.p., la dottrina estende all'ambito amministrativo i principi elaborati in quello penalistico con riferimento al concorso di persone nel reato. A tale estensione di disciplina fa eccezione il sistema delle circostanze, che operano esclusivamente in sede penale consentendo di adeguare la sanzione al concreto grado di responsabilità dei correi. Vedi G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 308.

³¹ P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., pp. 89-90.

³² *Ivi*, p. 39.

³³ Nota la dottrina che "la prevalenza della norma speciale regionale avrebbe comportato uno svuotamento progressivo del sistema penale ad opera della legislazione regionale; per di più tale perdita di efficacia delle disposizioni penali non avrebbe avuto un carattere di omogeneità, dipendendo dall'adozione o dalla mancata adozione di norme regionali nei singoli settori di intervento, con l'effetto di

amministrativa regionale o provinciale non si applica, infatti, qualora la prima abbia carattere sussidiario o di chiusura (come ad esempio, l'art. 650 c.p.³⁴). In casi siffatti troverà applicazione la norma sanzionatoria amministrativa, venendo a determinare una “depenalizzazione territorialmente circoscritta”³⁵ con evidenti ricadute sul piano della parità di trattamento dei cittadini di fronte alla legge penale³⁶.

Ad ogni modo, resta il fatto che la “disciplina dei rapporti fra norme penali e norme sanzionatorie amministrative conferma (...) che il legislatore del 1981 ha inteso assegnare identiche finalità alle rispettive sanzioni. Se gli scopi fossero, sia pure in parte, diversi dovrebbero trovare coerentemente applicazione entrambe le sanzioni, anche qualora le rispettive fattispecie avessero, per ipotesi, identico contenuto”³⁷.

d) L'istituto della reiterazione delle violazioni (art. 8 *bis* l. 689/1981, introdotto dall'art. 94 d.lgs. 507/1999).

Tale istituto consente di tener conto, in sede commisurativa (sempre che non ricorrano i presupposti per ritenere la continuazione), di eventuali precedenti del trasgressore, da intendersi come violazioni della stessa indole compiute nei cinque anni precedenti all'illecito per cui si procede e accertati con provvedimento esecutivo³⁸. La *ratio* è, evidentemente, consentire l'adeguamento del trattamento sanzionatorio al caso specifico, valorizzando sia le istanze retributive sia quelle preventive.

Pare doveroso comunque sottolineare che, sebbene il succitato decreto abbia disposto la realizzazione e l'implementazione di sistemi informatici di controllo nell'ambito di

palesi diversità di trattamento, contrarie ai principi fondamentali di uguaglianza dei cittadini di fronte alla norma penale”, G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 352.

³⁴ Per taluni esempi di applicazione del principio di specialità con riferimento all'art. 650 c.p., vedi *ivi*, p. 364 ss.

³⁵ C. PIERGALLINI, *Norma penale e legge regionale: la costruzione del tipo*, in *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, a cura di E. Dolcini, T. Padovani, F. Palazzo, Milano, 1994, p. 123.

³⁶ L'opzione legislativa di accordare in tali casi prevalenza alla norma amministrativa non ha mancato di sollevare aspre critiche, per l'evidente rischio di creare sperequazioni geografiche nel rapporto cittadino/legge penale. A questo proposito vi è chi, “sulla base della considerazione che l'art. 25, comma secondo, cost. prevede una riserva di legge statale — con effetto che una norma regionale non può “depenalizzare” una disposizione di legge statale —, attribuisce alla formula contenuta nell'art. 9, secondo comma, secondo cui “si applica in ogni caso la disposizione penale, salvo che quest'ultima sia applicabile solo in mancanza di altre disposizioni penali”, il significato di una pleonastica ripetizione normativa, a carattere generale, del principio di sussidiarietà nella materia penale”, G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 358 con gli ulteriori riferimenti bibliografici.

³⁷ C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 311.

³⁸ L'accertamento della reiterazione può comportare l'innalzamento del *quantum* sanzionatorio “in misura proporzionale alla pena base” o anche “in misura autonoma”, nonché l'irrogazione di una sanzione accessoria; G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 279 ss.

taluni importanti settori normativi interessati dalla depenalizzazione³⁹, persistono allo stato attuale legittime perplessità in ordine al concreto funzionamento di tale istituto, in considerazione delle croniche carenze organiche e funzionali della pubblica amministrazione.

e) Infine, i criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie (art. 11 l. 689/1981).

Il legislatore, nell'individuare tali criteri, ha abbandonato l'impianto dei lavori preparatori che legava la commisurazione della sanzione alla sola gravità oggettiva della violazione e si è invece avvicinato a quello delineato, in ambito penale, dall'art. 133 c.p.⁴⁰. La commisurazione della sanzione, infatti, deve tener conto della gravità dell'illecito amministrativo nella sua dimensione oggettiva (gravità del danno o del pericolo) e soggettiva (intensità del dolo o grado della colpa), delle condotte *post factum* del trasgressore, nonché della sua personalità (da intendersi come "valutazione dei precedenti dell'agente riferibili alla stessa categoria di violazioni"⁴¹) e delle sue condizioni economiche⁴².

³⁹ Si pensi, ad esempio, alla creazione dell'archivio informatico presso la Banca d'Italia in materia di emissione degli assegni o all'ampliamento della tipologia dei dati da inserire nella già esistente anagrafe nazionale degli illeciti relativi alla circolazione stradale.

⁴⁰ Vedi E. DOLCINI, in E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCCIARELLI, C. E. PALIERO, E. RIVA CRUGNOLA, *Commentario alle "Modifiche al sistema penale"*, cit., sub art. 11, p. 70 ss.

⁴¹ P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 121.

⁴² Invero, se la sanzione amministrativa punitiva è orientata alla prevenzione, è fondamentale che essa sia proporzionata al disvalore complessivo dell'illecito. In proposito pare doveroso sottolineare che, ai fini della determinazione della sanzione *proporzionata*, la pubblica amministrazione esercita una discrezionalità profondamente diversa da quella esercitata nella tradizionale funzione di cura del pubblico interesse e simile, piuttosto, a quella giurisdizionale; infatti, "il concreto interesse dell'Amministrazione assume rilievo, ma non come criterio dominante, e riservato all'apprezzamento dell'organo pubblico, bensì solo come *uno* degli indici fattuali di commisurazione, nei limiti in cui si traduca nel dato obiettivo della *lesione* o della *messa in pericolo*", C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 107. E ancora: "Gli interessi devoluti alla cura dell'Amministrazione (...) possono incidere sulla commisurazione della sanzione. (...) Ma, in primo luogo, il rilievo riconosciuto a questi interessi va rigorosamente circoscritto alla valutazione della gravità della violazione; in secondo luogo, l'incidenza di questi interessi si risolve solo nella determinazione della entità della lesione o della messa in pericolo, con esclusione di qualsiasi apprezzamento libero, finalizzato alla migliore realizzazione degli stessi interessi", *ivi*, p. 108.

Nello stesso senso anche P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 123, per il quale la sanzione amministrativa punitiva non assolve a finalità di compensazione del danno patrimoniale derivante dall'illecito né si collega "a "interessi interni alle singole amministrazioni". Risponde a questa logica l'esclusione dalla determinazione della misura della sanzione, secondo una giurisprudenza ormai costata, di ogni giudizio sulla consistenza degli interessi amministrativi pregiudicati dall'infrazione medesima, in quanto tale giudizio sarebbe già contenuto nella norma che fissa i limiti edittali. Del resto la sanzione amministrativa (...) è una pena collegata, per fini di prevenzione, ad una violazione astrattamente prefigurata dalla legge e non uno strumento graduabile, in base ad una valutazione dell'amministrazione, in rapporto all'interesse pubblico da curare nel caso concreto".

A tal proposito, peraltro, è opportuno sottolineare che l'art. 11 della legge 689/1981, se da un lato consente di adeguare la sanzione alle condizioni economiche del trasgressore (valorizzando così le istanze di prevenzione generale e speciale), dall'altro non consente di valutare la misura in cui esse incidano sull'ammontare della sanzione. Esso soffre, cioè, dei limiti propri del modello di calcolo a somma complessiva (adottato dal nostro sistema anche in ambito penale) che solleva notevoli perplessità in ordine al concreto rispetto dell'istanza di proporzionalità della sanzione alla gravità del fatto illecito⁴³. Il dovere di motivazione di cui all'art. 18 della legge 689/1981, infatti, ha carattere generale e non obbliga l'autorità amministrativa ad indicare con precisione la misura in cui un dato criterio incide sull'entità della sanzione irrogata.

6. *I sistemi punitivi amministrativi derogatori alla legge 689/1981.*

Si è già sottolineato che la fondamentale legge del 1981 non abrogava gli specifici apparati sanzionatori amministrativi previgenti, pur se retti da principi derogatori a quelli generali da essa previsti⁴⁴. Infatti, l'art. 12 della legge 689/1981 “non solo non esclude affatto l'applicazione di modelli diversi nell'ambito di sistemi speciali che regolano particolari materie, e quindi deroghe generali alla sua operatività, ma ammette anche deroghe parziali laddove singoli specifici settori prevedano una disciplina speciale di un singolo istituto”⁴⁵. Pertanto, tale legge trovava in concreto — quantomeno nelle materie già dotate di un precedente impianto sanzionatorio — un'applicazione residuale.

È doveroso tuttavia segnalare che, secondo certa dottrina, le deroghe apportate dagli impianti punitivi di specifici settori al modello generale erano più accentuate all'entrata

Vedi altresì E. DOLCINI, C. E. PALIERO, *I “principi generali” dell'illecito amministrativo, nel disegno di legge “Modifiche al sistema penale”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1154 ss.

⁴³ Ai suddetti limiti si potrebbe ovviare optando per un sistema di commisurazione della sanzione pecuniaria a tassi giornalieri. A tal proposito, sia pur con riferimento all'art. 132 *bis* c.p., si vedano le osservazioni di E. DOLCINI, in E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCCIARELLI, C. E. PALIERO, E. RIVA CRUGNOLA, *Commentario alle “Modifiche al sistema penale”*, cit., *sub* art. 100, pp. 452-453. Nota l'A. che il sistema dei tassi giornalieri “quantifica autonomamente, da un lato il numero dei tassi, dall'altro il loro ammontare: soltanto nella seconda fase vengono in considerazione le condizioni economiche del soggetto. L'art. 133 *bis* c.p. si è mantenuto fedele al tradizionale modello della somma complessiva, nel quale le condizioni economiche operano contemporaneamente e sullo stesso piano rispetto ai restanti criteri. Questa soluzione è stata adottata probabilmente per consentire al giudice di eludere taluni problemi di accertamento che non sarebbero invece aggirabili in un sistema di tassi”.

⁴⁴ Vedi A. TRAVI, *Sanzioni amministrative e Pubblica Amministrazione*, cit., p. 67.

⁴⁵ G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 109 ss. e, in particolare, p. 111.

in vigore della legge 689/1981 di quanto lo siano attualmente, dato che, in linea tendenziale, il legislatore ha progressivamente ridotto il divario esistente tra i vari modelli di sanzione punitiva. Ciò è accaduto, per esempio, per il sistema *valutario*, al quale il d.p.r. 454/1987, poi sostituito dal d.p.r. 148/1988, ha esteso i principi generali della legge 689/1981. Vigente l'originario impianto delineato dal r.d.l. 1928/1938 (sostanzialmente ispirato a quello della legge 4/1929), invece, i suddetti principi, secondo l'interpretazione giurisprudenziale, potevano trovare applicazione solo in mancanza di un'espressa disciplina di settore⁴⁶. Vicende analoghe hanno interessato la disciplina delle violazioni *finanziarie* (e *tributarie*)⁴⁷ che, originariamente prevista dalla legge 4/1929, a seguito delle riforme operate dai decreti legislativi 472/1997 e 203/1998 (e successive modifiche) è stata parzialmente avvicinata a quella dettata dalla legge del 1981⁴⁸.

Tuttavia, a noi pare che, nonostante i progressivi avvicinamenti delle normative settoriali ai principi della legge 689/1981, esistano ancor oggi numerosi modelli di sanzioni amministrative punitive soggetti ad una disciplina per molti profili derogatoria a tali principi. Ciò, del resto, è del tutto plausibile anche in considerazione del fatto che questi ultimi sono sanciti in un atto normativo di rango ordinario, dunque, legittimamente abrogabile e modificabile da un atto legislativo posteriore⁴⁹.

Si pensi, ad esempio, alle sanzioni previste dal codice della strada, ed in particolare a quelle accessorie. Come si sa, queste devono essere irrogate, *ex lege* 689/1981, contestualmente alla sanzione principale a cui accedono, nel medesimo provvedimento sanzionatorio, ed eseguite non prima che tale provvedimento sia divenuto definitivo. La sospensione della patente o della carta di circolazione, invece, sono irrogate con provvedimento autonomo ed eseguite immediatamente dal soggetto accertatore dell'illecito, salvo restituzione dei documenti se entro 15 giorni non sia emanata (e

⁴⁶ *Amplius* G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 115 ss.

⁴⁷ Infatti, la giurisprudenza, stante anche il disposto dell'art. 39, co. 3, l. 689/1981, ha per molto tempo ritenuto inapplicabili a tale materia i principi della legge 689/1981, a causa del "carattere civile" e della "natura risarcitoria della pena pecuniaria (...) in materia finanziaria", *ivi*, pp. 118-119.

⁴⁸ L'avvicinamento delle discipline ha riguardato solamente i principi sostanziali e non, invece, quelli procedurali o relativi alla tutela giurisdizionale (che rimane di competenza delle commissioni tributarie o dell'autorità giudiziaria). Tale avvicinamento non esclude cioè la permanenza di specifici tratti distintivi della disciplina tributaria; la disciplina prevista dalla legge 4/1929, infatti, rimane in vigore nelle parti non abrogate dall'art. 29 d.lgs. 472/1997, *ivi*, p. 117 ss.

⁴⁹ Tuttavia, va sottolineato che dottrina e giurisprudenza tendono ad attribuire carattere generale ai principi contenuti nel Capo I della legge 689/1981 al fine di renderli inderogabili da parte del legislatore regionale, P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 37 ss.

notificata) l'ordinanza-ingiunzione relativa alla sanzione principale⁵⁰. Inoltre, non si è mancato di prevedere sanzioni, opportunamente censurate dalla Corte costituzionale, in forte tensione col principio di personalità della responsabilità⁵¹.

Ancora, si pensi a talune sanzioni previste in materia edilizia ed urbanistica che talora, allontanandosi dalla loro tradizionale funzione perequativa del vantaggio ingiustamente conseguito dal trasgressore, sembrano assumere una marcata valenza punitiva, senza però essere assoggettate alla disciplina della legge fondamentale⁵².

Oppure, si ricordi la vistosa e aspramente criticata deroga al principio di specialità di cui all'art. 9 l. 689/1981 in materia di disciplina sanzionatoria del *market abuse*, nel cui ambito, come già si è osservato, non è affatto escluso il cumulo tra sanzioni penali e amministrative punitive⁵³.

O, da ultimo, si consideri il complesso sistema di *responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato* introdotto dal decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231, in attuazione della legge delega 29 settembre 2000, n. 300, per molti profili ampiamente derogatorio ai principi sanciti dalla legge 689/1981 e in ordine al quale, in considerazione della sua portata innovativa, pare opportuno soffermarci, sia pure brevemente, nel paragrafo che segue.

⁵⁰ Vedi G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 183 ss.

⁵¹ Infatti, la sentenza della Corte costituzionale del 24 gennaio 2005, n. 27 è venuta ad estendere alle sanzioni punitive amministrative, se a contenuto personale, i principi e le garanzie costituzionali in materia di responsabilità penale. Con tale pronuncia, la Corte — sulla base del principio di ragionevolezza — ha sancito l'illegittimità dell'art. 126 *bis*, co. 2 Codice della strada, perché esso commina una sanzione di carattere personale nei confronti di un soggetto che non è autore dell'illecito. “Ed infatti, mentre non risulta irragionevole ricondurre le sanzioni a carattere patrimoniale a un comportamento diverso da quello che ha effettivamente realizzato l'infrazione, in quanto per l'appunto incidono sul solo patrimonio del soggetto responsabile, al contrario, le sanzioni personali, proprio perché affliggono la persona, non possono che essere ricondotte ad un comportamento posto in essere dallo stesso soggetto che lo subisce”, R. BARTOLI, *Sanzione punitiva e garanzie (a proposito della sentenza costituzionale sulla decurtazione dei punti della patente)*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1097. Come anticipato, l'estensione delle garanzie opera solamente per le sanzioni a contenuto personale (tipiche quelle interdittive) e non per quelle a contenuto patrimoniale, *in primis* la sanzione pecuniaria. In questo modo la Corte appaga le esigenze di garanzia dell'individuo, da un lato, e di prevenzione, dall'altro (p. 1098).

⁵² Vedi G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., pp. 126-127.

⁵³ Vedi *supra*, sub Parte I, cap. I, par. 3, lett. A), in fine.

7. (Segue). *La deroga al principio di responsabilità personale: la responsabilità amministrativa degli enti dipendente da reato.*

È orientamento giurisprudenziale consolidato che la legge 689/1981 non ammetta la responsabilità amministrativa *diretta* delle persone giuridiche, limitandosi a riconoscere espressamente la responsabilità dell'ente solo in via *solidale* a quella di chi abbia commesso l'illecito in qualità di dipendente o di rappresentante dell'ente stesso⁵⁴.

Come si sa, infatti, l'irrogazione di una sanzione amministrativa punitiva presuppone la commissione di un fatto tipico, antigiusuridico e anche *colpevole*. E proprio il "rimprovero di colpevolezza presuppone un nesso psicologico che riconduca la condotta vietata ad un soggetto. La necessaria sussistenza di questo nesso esclude che possa considerarsi responsabile per un illecito amministrativo una persona giuridica, in quanto ad essa non sono riferibili elementi psicologici (come si sostiene in diritto penale *societas delinquere non potest*). Del resto, anche la giurisprudenza sostiene che le sanzioni amministrative rientrano tra quelle sanzioni repressive per le quali è richiesta, oltre alla capacità di intendere e di volere, la colpa o il dolo (...), tutti "requisiti" che non possono mai riscontrarsi in capo ad una persona giuridica. In tal senso è responsabile della violazione amministrativa solo la persona fisica cui è riferibile l'azione materiale o l'omissione che integra la violazione"⁵⁵.

Tuttavia, è doveroso evidenziare che la regola dell'irresponsabilità amministrativa diretta delle persone giuridiche non è andata esente da (sia pur circoscritte) eccezioni, come quella in materia tributaria prevista dall'art. 12 della legge 7 gennaio 1929, n. 4, quantomeno sino alla riforma introdotta con il decreto legislativo 472/1997; oppure, quella in materia di disciplina dell'attività di intermediazione mobiliare (l. 2 gennaio 1991, n. 1 poi modificata dal d.lgs. 23 luglio 1996, n. 415)⁵⁶. O, ancora, quelle previste dal regolamento CE-EURATOM del Consiglio 18 giugno 1995 n. 2988 sulla tutela degli interessi finanziari della Comunità, nonché, ancora prima, dalla legge 10 ottobre 1990, n. 287 sulla tutela della concorrenza.

La suddetta regola è stata nettamente sovvertita con l'introduzione della responsabilità *diretta* degli enti da reato ad opera del summenzionato decreto legislativo

⁵⁴ Infatti, l'art. 6, co. 3, l. 689/1981 si limita a stabilire: "Se la violazione è commessa dal rappresentante o dal dipendente di una persona giuridica o di un ente privo di personalità giuridica o, comunque, di un imprenditore, nell'esercizio delle proprie funzioni o incombenze, la persona giuridica o l'ente o l'imprenditore è obbligato in solido con l'autore della violazione al pagamento della somma da questo dovuta"; vedi P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 57.

⁵⁵ *Ivi*, p. 83. Vedi, altresì, G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 276.

⁵⁶ Vedi G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 276.

8 giugno 2001, n. 231, il quale peraltro deroga alla legge del 1981 per molti altri profili⁵⁷. In breve:

a) per quanto concerne le sanzioni pecuniarie, si è adottato un sistema di calcolo a quote, onde ovviare ai noti problemi commisurativi propri del tradizionale modello “a somma complessiva” e altresì al fine di scoraggiare gli autori che hanno un approccio razionale all’illecito (che cioè computano tra i costi della gestione di impresa la probabilità di incorrere nella sanzione pecuniaria)⁵⁸; inoltre, si consideri che tra i criteri di commisurazione spicca il grado di responsabilità dell’ente che, è stato opportunamente osservato, “per il suo carattere di novità, potrebbe fomentare qualche problema interpretativo”⁵⁹;

b) si è innalzato il livello di afflittività delle sanzioni interdittive;

c) si è tracciato un modello di confisca marcatamente differente da quello delineato dalla legge 689/1981 (si pensi, ad esempio, che essa può avere ad oggetto beni di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato);

d) si è introdotto un criterio soggettivo di ascrizione dell’illecito all’ente: una colpevolezza normativa i cui contenuti sono definiti dagli artt. 6 e 7 del decreto (si tratta, in sostanza, di un giudizio di riprovevolezza per non aver adottato modelli organizzativi idonei a contenere il rischio della commissione dei reati tassativamente previsti nel medesimo decreto)⁶⁰;

⁵⁷ Vedi C. PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, cit., p. 1354.

⁵⁸ Secondo tale meccanismo commisurativo “dapprima ... il giudice determina l’ammontare delle quote sulla base dei tradizionali indici fattuali di gravità dell’illecito; successivamente, individua il valore monetario della singola quota, tenendo conto delle condizioni economiche dell’ente”, C. PIERGALLINI, *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, cit., p. 1357.

Nota l’A. che il sistema di calcolo per quote, “che individua uno spazio di discrezionalità applicativa per il giudice in corrispondenza della gravità oggettiva e soggettiva del fatto nonché in vista della capacità economica e patrimoniale dell’ente, permette di escludere che questa sanzione assolva a funzioni di natura compensativo-risarcitoria. Al contrario, la sua adattabilità al caso concreto e alle sostanze dell’ente è la spia dell’esistenza di una finalità di prevenzione generale e speciale”, *ivi*, p. 1363.

Per quanto specificamente concerne il criterio commisurativo delle condizioni economiche dell’ente, osserva poi: “si tratta di un criterio che orienta la commisurazione sia verso la prevenzione speciale, laddove mira ad impedire che condizioni economiche favorevoli rendano insensibile l’agente al carattere afflittivo della sanzione pecuniaria, sia verso la prevenzione generale, nel senso che i potenziali destinatari del precetto sono diffidati dal poter confidare su un’eventuale sproporzione tra la sanzione e le proprie condizioni economiche che renderebbero vantaggioso l’illecito. L’insieme di questi criteri rendono piuttosto evidente un orientamento verso la *prevenzione generale e speciale*, cioè verso quegli scopi che, sia pure in diverso grado, contrassegnano la sanzione criminale e quella amministrativa”, *ivi*.

⁵⁹ *Ivi*, p. 1357.

⁶⁰ “Del resto, la salvaguardia del principio di colpevolezza, sia pure realizzata con diversi presupposti a seconda del livello a cui attinge la responsabilità, costituisce un incentivo alla osservanza delle cautele

e) si è prevista una disciplina peculiare in ordine al procedimento applicativo della sanzione;

f) si è esclusa l'operatività del pagamento della sanzione pecuniaria in misura ridotta (art. 10 d.lgs. 231/2001).

Tali e tante sono le deroghe all'impianto della summenzionata legge 689/1981, da una parte, e tali e tanti i punti di contatto con la disciplina dell'illecito e della responsabilità penale, dall'altra, che non si è mancato di evidenziare come il sistema di responsabilità degli enti delineato dal decreto del 2001 sia formalmente amministrativo ma sostanzialmente penale: una "truffa delle etichette" tesa ad ovviare comodamente agli ostacoli frapposti dal tradizionale e summenzionato principio *societas delinquere non potest*.

8. *Le fondamentali tipologie di sanzione amministrativa punitiva: la sanzione pecuniaria.*

Le sanzioni amministrative punitive sono riconducibili a tre fondamentali tipologie, secondo il loro contenuto: A) pecuniaria; B) interdittiva; C) reale (confisca).

La sanzione pecuniaria rappresenta, in base alla stessa legge 689/1981, il prototipo di sanzione punitiva amministrativa⁶¹. Come si sa, ne esistono essenzialmente tre modelli: a) a somma fissa; b) a compasso edittale; c) proporzionale.

a) La sanzione amministrativa a somma fissa consiste nel pagamento di una somma di denaro predeterminata, per l'appunto, in misura fissa dalla legge⁶².

Essa, quindi, esprimendo la tendenziale "indifferenza" dei suoi effetti punitivi "al diverso contenuto offensivo delle singole violazioni riconducibili alla medesima

orientate a prevenire gli illeciti: l'ascrizione a titolo di responsabilità oggettiva avrebbe infatti fatalmente scoraggiato (o comunque non incentivato) politiche di prevenzione, inducendo gli enti a considerare le sanzioni alla stregua di altrettanti costi "necessari", da scaricare, come esternalità negative, sulla collettività", *ivi*, p. 1364.

⁶¹ Tuttavia, non tutte le sanzioni pecuniarie hanno carattere punitivo; talora esse hanno mero carattere risarcitorio. Come si sa, infatti, non vi è correlazione alcuna tra tipologia e funzione della sanzione. Il *discrimen* tra le tipologie sanzionatorie in oggetto sta nel fatto che solamente quella punitiva tiene conto, in sede di commisurazione, del disvalore complessivo (cioè soggettivo oltre che oggettivo) dell'illecito.

⁶² Le sanzioni pecuniarie fisse tradizionalmente ricordate in dottrina sono: la soprattassa in materia tributaria (sostituita dal d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, art. 26, co. 1, con la pena pecuniaria) e la somma aggiuntiva in materia previdenziale (non più prevista); o, ancora, talune sanzioni in materia edilizia (vedi, ad esempio, l'art. 37, co. 5, d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380). Giova tuttavia precisare che non vi è accordo in dottrina né in giurisprudenza circa la natura, punitiva o riparatoria, di tali sanzioni. *Amplius* G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 143 ss.; P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 13 ss.

fattispecie astratta”⁶³ (e, dunque, anche una sostanziale estraneità a logiche risarcitorie oltre che retributivo-preventive), si pone in forte tensione con i principi di proporzione e di personalità della sanzione amministrativa punitiva. E tuttavia sanzioni pecuniarie fisse esistono (e soprattutto esistevano prima degli interventi depenalizzatori avutisi a partire dagli anni '80) financo all'interno del sistema penale il quale è ancor più sensibile di quello amministrativo all'esigenza di proporzione e personalità della risposta punitiva. È comune opinione, infatti, che il ricorso al modello sanzionatorio in oggetto sia legittimo, sia pure nei limiti in cui esso attenga ad illeciti connotati da disvalore contenuto (giacché è noto che con l'attenuarsi di quest'ultimo e della correlata sanzione si attenuano proporzionalmente le istanze di una personalizzazione della risposta punitiva) nonché dall'“elevato grado di omogeneità”⁶⁴ delle condotte.

b) La sanzione pecuniaria amministrativa a compasso edittale consiste nel pagamento di una somma di denaro determinata dall'autorità irrogante entro una forcella stabilita dalla legge.

La legge 689/1981, con evidenti intenti garantistici, fissa i limiti minimi e massimi di tale forcella (art. 10) ma, è noto, non può escludere la validità di discipline speciali che prevedano cornici edittali differenti. Basti pensare, ad esempio, alle numerose norme sanzionatorie prive di limite minimo; oppure, alle elevatissime sanzioni pecuniarie introdotte in materia alimentare dal decreto legislativo 507/1999, assai più onerose (fino a 180 milioni delle vecchie lire, oggi € 92.962) di quelle prevedibili in base ai suddetti limiti (e in relazione alle quali, peraltro, è pure esclusa la possibilità di avvalersi del pagamento in misura ridotta)⁶⁵.

La sanzione pecuniaria a compasso edittale consente di adeguare l'entità della risposta punitiva alla concreta gravità dei fatti illeciti riconducibili alla medesima fattispecie astratta sollevando, perciò, minori problemi di tipo proporzionalistico e personalistico rispetto alla sanzione a somma fissa.

Restano, tuttavia, i problemi — in tema di proporzione e di personalità della risposta punitiva — derivanti dalle diverse condizioni economiche dell'autore. Vero è che l'art. 11 della legge 689/1981 include, tra i criteri di commisurazione delle sanzioni amministrative pecuniarie, le condizioni economiche dell'agente; ma è altresì vero che,

⁶³ In argomento vedi, *mutatis mutandis*, le osservazioni di A. BERNARDI, *Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 554 ss.

⁶⁴ *Ivi*, p. 556. Con riferimento all'area penale (ma con argomenti proficuamente utilizzabili anche in quella amministrativa) vedi altresì C. E. PALIERO, *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 738.

⁶⁵ Vedi G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 161 ss.

da sempre, l'attenzione verso le esigenze commisurative dettate dalla capacità economica dei singoli individui risulta piuttosto scarsa. Al riguardo, si può anzi rilevare che il generico riferimento al criterio delle condizioni economiche soggettive lascia presagire, rispetto a questo tipo di sanzione, esiti commisurativi ancora meno soddisfacenti di quelli determinati, in ambito penale, dall'art. 133 *bis* c.p., il quale, diversamente dal citato art. 11, indica precisi limiti alle diminuzioni o agli aumenti (anche extraedittali) della sanzione pecuniaria determinati dalle suddette condizioni economiche⁶⁶. Al contempo, però, sembra doveroso osservare che le controindicazioni correlate alle carenze dell'art. 11 della legge 689/1981 (per l'appunto, in tema di adeguamento della sanzione pecuniaria alla capacità economica dell'agente) appaiono per certi versi meno evidenti di quelle che pure sono riscontrabili con riferimento alle analoghe carenze dell'art. 133 *bis* c.p.: non fosse altro perché nel primo caso non entrano in gioco le incongruenze derivanti dall'incidenza della suddetta capacità sulla sospensione condizionale della pena, sul perdono giudiziale, sulla pena sussidiaria in caso di conversione della pena pecuniaria non eseguita per insolvibilità del condannato, sulla non menzione della condanna nel certificato del casellario giudiziale⁶⁷.

c) La sanzione pecuniaria amministrativa di tipo proporzionale consiste nel pagamento di una somma di denaro determinata "attraverso un meccanismo automatico collegato per lo più al danno obiettivo"⁶⁸.

Essendo priva di precisi limiti edittali che consentano di risalire (sia pure con approssimatezza) ad un *quantum* di disvalore delle fattispecie astratte in relazione alle quali essa è prevista e godendo del massimo grado di adattabilità alla gravità in concreto dell'illecito (misurata principalmente nella sua dimensione oggettiva), la sanzione proporzionale sembra tendenzialmente inidonea a veicolare un messaggio di riprovazione nei confronti della condotta illecita e, quindi, ad esplicare una funzione di prevenzione generale in senso positivo. In ambito criminale, infatti, la sanzione pecuniaria proporzionale esprime tale riprovazione proprio attraverso la sua natura penale, che le conferisce una particolare valenza stigmatizzante dei comportamenti

⁶⁶ Per maggiori approfondimenti vedi A. BERNARDI, *sub art. 133 bis*, in *Le fonti del diritto italiano — Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano, 2005, p. 729 ss. Infatti, ogni attività commisurativa, che, in materia di sanzioni pecuniarie, non individui l'entità globale della sanzione sulla base di due diversi dati numerici esprimenti rispettivamente la gravità del fatto e le condizioni economiche soggettive, non riesce a perseguire efficacemente il traguardo di una reale "personalizzazione" della sanzione e dei suoi effetti afflittivi. In argomento vedi ID., *La pena pecuniaria in Italia e Francia e l'esigenza di una sua armonizzazione a livello europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 252 ss.

⁶⁷ Vedi E. DOLCINI, in E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCCIARELLI, C. E. PALIERO, E. RIVA CRUGNOLA, *Commentario alle "Modifiche al sistema penale"*, cit., *sub art. 100*, p. 451 ss.

⁶⁸ *Amplius* C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 93 ss. e, in particolare, p. 97.

vietati; in ambito amministrativo, invece, essa è per lo più priva di qualsiasi coefficiente di stigmatizzazione. Né tale coefficiente può derivarle da altri elementi: non dal suo contenuto, che è prettamente economico; e neppure dalla relazione tra l'entità della sanzione e il disvalore della fattispecie astratta, dal momento che tale entità, come si è detto, emerge solo in rapporto alla dimensione del fatto concreto. Tuttavia, ciò non vale ad escludere radicalmente che anche la sanzione in oggetto possa, a certe condizioni, svolgere quella funzione dissuasiva richiesta dall'istanza di prevenzione generale e speciale⁶⁹.

La spiccata dimensione oggettiva della sanzione proporzionale, poi, sembrerebbe mal conciliarsi con l'esigenza di personalizzazione della sanzione punitiva (anche) amministrativa. Peraltro, tale esigenza ben può essere soddisfatta introducendo nel meccanismo commisurativo della sanzione elementi di computo a compasso edittale attraverso i quali valutare anche la dimensione soggettiva dell'illecito⁷⁰. Allo stesso tempo, verrebbero soddisfatte le istanze di proporzionalità della risposta punitiva e verrebbe tendenzialmente ampliata il suo coefficiente di intimidazione.

9. (*Segue*). *La sanzione interdittiva.*

Le sanzioni interdittive precludono all'autore dell'illecito l'esercizio di alcuni suoi diritti, in via temporanea o permanente, incidendo direttamente su di essi ovvero sui provvedimenti amministrativi che ne consentono l'esercizio.

Incertezze si registrano circa la disciplina applicabile alle sanzioni interdittive complessivamente considerate, per la carenza di chiare indicazioni normative in proposito. Da parte di alcuni, infatti, sulla scorta di un'interpretazione restrittiva dell'art. 12 della legge 689/1981, si ritiene che i principi da questa sanciti siano applicabili

⁶⁹ Si pensi all'utilizzo della sanzione proporzionale in rapporto ad illeciti aventi finalità di lucro. Vedi in proposito le osservazioni di A. BERNARDI, *Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria*, cit., pp. 558-559. L'A., sia pur con riferimento all'ambito penale (ma, come si è detto, le riflessioni possono estendersi, *mutatis mutandis*, all'ambito amministrativo), sottolinea che la sanzione proporzionale tende a "disincentivare la commissione dei comportamenti vietati in forza di un meccanismo essenzialmente 'utilitaristico-economicistico' di marca decisamente 'civilistica'. Meccanismo che consiste appunto, nei reati con finalità oggettiva di lucro (i soli in relazione ai quali appare razionalmente utilizzabile tale modello di pena), nel contrapporre al profitto derivante dal reato o comunque al vantaggio connesso all'entità del fatto, lo svantaggio insito nella relativa pena pecuniaria, calcolato secondo criteri proporzionalistici atti a rendere in ogni caso controproducente la commissione dell'illecito, quali che ne siano le modalità di realizzazione. Sarebbe, insomma, privilegiata la funzione generalpreventiva della deterrenza rispetto alla più ampia funzione di orientamento culturale".

⁷⁰ Vedi *ivi*, p. 561.

esclusivamente alla sanzione *pecuniaria* punitiva; da parte di altri, invece, si ammette l'estensibilità di quei principi alle sole sanzioni interdittive *accessorie facoltative*, le uniche considerate espressamente dalla legge in oggetto⁷¹.

Esistono, invero, molte tipologie di sanzioni interdittive, non tutte facoltative (come può essere la sospensione della patente di guida), non tutte accessorie e neppure tutte aventi funzione punitiva, dal momento che una stessa misura interdittiva può essere utilizzata talora come strumento sanzionatorio, perciò solo indirettamente volto alla tutela degli interessi demandati alle cure della pubblica amministrazione, talaltra come strumento di realizzazione diretta di quegli stessi interessi⁷². È questo il caso, ad esempio, della revoca della patente, che può seguire non solo alla violazione del codice della strada, ma anche alla perdita dell'idoneità psico-fisica alla guida⁷³.

Alle suddette carenze normative hanno tentato di supplire dottrina e giurisprudenza: la prima individuando criteri discretivi delle sanzioni interdittive punitive⁷⁴; la seconda estendendo a queste ultime, in considerazione del loro elevato coefficiente afflittivo, taluni profili della disciplina prevista per le sanzioni pecuniarie (per l'appunto, punitive)⁷⁵.

⁷¹ Va sottolineato che tutte le sanzioni interdittive accessorie previste dalla legge 689/1981, anche se in conversione di corrispondenti sanzioni penali obbligatorie, hanno carattere facoltativo e che, salvo eccezioni, devono essere applicate contestualmente all'irrogazione della pena principale pecuniaria; devono invece essere applicate obbligatoriamente quelle interdittive *ab origine* amministrative, G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 176.

⁷² “La qualificazione sanzionatoria si può desumere solo dal contesto normativo in cui si colloca la previsione di un provvedimento interdittivo. In considerazione di tale contesto si deve stabilire se la misura interdittiva costituisca sanzione di un illecito, ovvero se sia semplicemente conseguenza dell'accertamento di una inidoneità di un soggetto (determinata dalla legge o valutata caso per caso dall'Amministrazione) a svolgere una certa attività o ad essere parte di un certo rapporto”, C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 120.

⁷³ *Amplius* P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 247.

⁷⁴ In verità, la questione non ammette soluzioni nette. Tradizionalmente, alle sanzioni interdittive viene riconosciuta una funzione punitiva qualora esse: a) siano disposte a tutela di un *interesse generale* e diverso da quello proprio dell'autorità procedente; b) siano *accessorie* a sanzioni pecuniarie punitive; c) ammettano una *graduazione* dell'afflittività in relazione alla gravità dell'illecito. Vedi C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 115, nt. 64.

⁷⁵ È doveroso evidenziare, a tal proposito, che giurisprudenza e dottrina hanno addirittura contestato il carattere accessorio di talune sanzioni interdittive, proprio in considerazione del loro elevato coefficiente di afflittività. In particolare, la giurisprudenza “ha avuto occasione di affermare che la distinzione fra pene principali e pene accessorie relative a più sanzioni stabilite da leggi speciali in ordine ad uno stesso illecito, non può essere basata su un criterio meramente formale, dovendo, invece, in mancanza di qualificazioni previste dalla legge, fondarsi su criteri ontologici relativi al maggior valore affittivo di una sanzione e a quello accessorio delle altre”, G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 174.

Per quanto specificamente riguarda l'estensione alle sanzioni interdittive di taluni profili della disciplina prevista per le sanzioni pecuniarie punitive, di particolare rilievo pare quella concernente i criteri commisurativi previsti dall'art. 11 della legge 689/1981, per le conseguenze che ne derivano sul

Tuttavia, resta (e anzi si fa sempre più urgente) la necessità che il legislatore detti una disciplina organica della sanzione amministrativa punitiva (anche) interdittiva, soprattutto in considerazione delle recenti tendenze legislative a introdurre nuovi tipi, di considerevole afflittività⁷⁶. Basti pensare alla riforma introdotta dal decreto legislativo 507/1999⁷⁷, oppure all'incremento dell'apparato di sanzioni accessorie ad opera del

piano dell'inquadramento teleologico delle stesse sanzioni (vedi *supra*, *sub* par. 5, lett. e). "Tale articolo contiene, infatti, un principio generale, in base al quale la potestà sanzionatoria dell'amministrazione, anche quando non sia riferibile alle sanzioni pecuniarie, deve sottostare a certi criteri di determinazione della sanzione. Questa valenza di principio generale rende l'articolo in questione applicabile anche alle sanzioni interdittive, sebbene esso faccia riferimento, oltre che alle sanzioni amministrative graduate fra un minimo e un massimo, esclusivamente alle sanzioni accessorie facoltative (e quindi alle sole sanzioni interdittive accessorie); non si vede, del resto, per quale motivo escludere la totalità delle sanzioni interdittive da questa disciplina. D'altra parte né il carattere facoltativo (che attiene evidentemente all'*an* e non al *quantum* della pena) né il carattere accessorio della sanzione comportano la necessità di una disciplina separata circa i criteri di quantificazione della pena", P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 18.

⁷⁶ Invero, la moltiplicazione delle sanzioni interdittive, nonché dei casi che ne legittimano l'applicazione, è giustificata dal fatto che tale tipologia sanzionatoria è particolarmente idonea ad esplicare la funzione di prevenzione. In argomento vedi F. PALAZZO, *Le interdizioni nella prospettiva delle misure alternative alla pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 190; vedi altresì E. DOLCINI, in E. DOLCINI, A. GIARDA, F. MUCCIARELLI, C. E. PALIERO, E. RIVA CRUGNOLA, *Commentario alle "Modifiche al sistema penale"*, cit., *sub* art. 11, p. 70 ss. e, in particolare, p. 75.

⁷⁷ In particolare, in materia di *alimenti*, il decreto in questione non si limita a trasformare le pene accessorie relative ai reati depenalizzati in omologhe sanzioni amministrative (art. 3, co. 1, d.lgs. 507/1999), ma introduce, in relazione a casi di particolare gravità individuati dallo stesso decreto: a) la chiusura temporanea (o definitiva, secondo i casi) dello stabilimento o dell'esercizio e la revoca del relativo provvedimento autorizzatorio (art. 3, co. 2), applicabili ai soli illeciti di cui all'art. 1 del medesimo decreto, non a quelli preesistenti né a quelli di futuro conio (vedi V. PACILEO, *La riforma del sistema sanzionatorio in materia di alimenti*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Depenalizzazione e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, cit., p. 81 ss., in particolare, p. 94); b) l'affissione o la pubblicazione del provvedimento sanzionatorio (art. 7), la quale — come si è opportunamente osservato — assolve essenzialmente a quattro funzioni: "quella 'retributiva' di incremento del tasso di afflittività della risposta punitiva indirizzata agli autori delle violazioni amministrative caratterizzate da una maggiore significatività; quella di prevenzione generale connessa alla presa di coscienza da parte degli operatori di settore che in materia alimentare (...) anche gli illeciti amministrativi più rilevanti possono essere resi di pubblico dominio; quella di prevenzione speciale consistente nella 'intimidazione in concreto' connessa alla spiacevole esperienza in capo all'autore del fatto di veder pubblicizzati i propri comportamenti illeciti in materia alimentare; quella di prevenzione sociale realizzata attraverso l'informazione e la 'sensibilizzazione' di quanti, privati o aziende, intrattengono rapporti commerciali con l'autore del fatto", A. BERNARDI, *La riforma del sistema sanzionatorio in materia di alimenti*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Depenalizzazione e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, cit., p. 116.

In materia di *navigazione*, il legislatore ha trasformato preesistenti sanzioni accessorie penali in corrispondenti sanzioni accessorie amministrative (art. 9 d.lgs. 507/1999).

In materia di *circolazione stradale*, poi, si è esteso ai nuovi illeciti amministrativi l'ambito applicativo di sanzioni accessorie già esistenti. "Alle nuove sanzioni amministrative pecuniarie accedono, in alcuni casi, il fermo amministrativo (...); in altri, la sospensione o la revoca della patente (...); in altri ancora la sospensione della carta di circolazione (...). In tutte le anzidette ipotesi è poi prevista, in caso di reiterazione, la confisca amministrativa del veicolo", G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 179 ss.

nuovo codice della strada (art. 210 cod. strada) o del decreto sulla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche (d.lgs. 8 giugno 2001, n. 231, in particolare, artt. 13-14).

10. (*Segue*). *La confisca*.

La confisca è una sanzione reale che, salvi i diritti dei terzi, priva il soggetto del suo diritto di proprietà su un determinato bene. Essa ha di regola carattere accessorio e, proprio in forza di tale accessorieta', è sottoposta alla disciplina prevista dalla legge 689/1981 per la sanzione (principale) pecuniaria. Anzi, addirittura si ritiene che “con l’emanazione della l. n. 689/1981 sia stato introdotto nell’ordinamento un modello generale di confisca amministrativa, il cui ruolo è quello di vera e propria “pena in senso tecnico”, cioè di vera e propria sanzione applicabile in conseguenza della commissione di una violazione amministrativa — e avente ad oggetto le cose in varia guisa inerenti all’illecito —, con funzione orientata, sotto un profilo finalistico, verso la dissuasione, *id est* verso la prevenzione, generale e speciale, dei relativi illeciti, ai quali è sempre “collegata in termini di responsabilità personale”⁷⁸, con esclusione dell’ipotesi

Infine, in materia di *assegni bancari e postali*, il legislatore ha, ancora una volta, convertito le pene accessorie delle fattispecie depenalizzate in sanzioni amministrative del medesimo tipo e ne ha introdotto altre tre, applicabili discrezionalmente in relazione alla complessiva gravità dell’illecito: *a*) l’interdizione dall’esercizio di un’attività professionale o imprenditoriale, che priva temporaneamente il soggetto della capacità di esercitare una professione, industria o un commercio, per i quali è richiesto uno speciale permesso o una speciale abilitazione, autorizzazione o licenza dell’autorità; *b*) l’interdizione dall’esercizio degli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese, che priva il soggetto di esercitare ogni ufficio con potere di rappresentanza della persona giuridica o dell’imprenditore; *c*) l’incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, salvo che per ottenere le prestazioni di un pubblico servizio (artt. 5 e 5 *bis*, l. 15 dicembre 1990, n. 386, come modificato dall’art. 31, d.lgs. 507/1999).

⁷⁸ Tuttavia, giova sottolineare che dottrina e giurisprudenza concordano “nell’ammettere che il provvedimento di confisca possa essere emesso anche nei confronti delle persone solidalmente obbligate con l’autore della violazione, nei casi di solidarietà previsti dall’art. 6, quindi anche a carico del proprietario della cosa, per effetto di quest’ultima norma”, G. COLLA, G. MANZO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 197; vedi, altresì, *ivi* p. 207.

Per quanto poi concerne il principio di intrasmissibilità della sanzione, la dottrina ritiene che esso non operi in relazione alla confisca quando questa sia stata disposta nei confronti dell’autore della violazione prima della sua morte; gli eredi, quindi, soggiaceranno al provvedimento di confisca. Nel caso di irrogazione dopo la morte del trasgressore, invece, l’illecito sarà estinto e così pure la sanzione in oggetto.

Secondo la giurisprudenza di legittimità, invece, la confisca è sempre trasmissibile agli eredi solo se irrogata ai sensi dell’art. 20, co. 4, l. 689/1981, cioè indipendentemente dall’ingiunzione al pagamento di una sanzione pecuniaria (caso in cui si ammette l’irrogazione anche nei confronti del minore di anni diciotto), *ivi*, p. 198.

di cui all'art. 20, comma quarto, nella quale la confisca amministrativa ha un più spiccato carattere comune con la misura di sicurezza⁷⁹.

Invero, esistono varie tipologie di confisca, non tutte aventi carattere punitivo; si pensi, per esempio, alla confisca *ex lege* di cui all'art. 31 d.p.r. 6 giugno 2001, n. 380 (che sostituisce l'art. 7 della legge 47/1985) la quale può colpire il proprietario dell'immobile, pur quando diverso dall'autore dell'illecito, per inottemperanza dell'ordine di rimozione o demolizione dell'opera abusiva; oppure, alla confisca quale "misura di "profilassi", giustificata dal carattere nocivo o pericoloso della cosa, che poco ha a che fare con le finalità proprie della sanzione amministrativa"⁸⁰ in senso stretto.

11. *Tipologie sanzionatorie e garanzie individuali.*

Il quadro sin qui delineato dell'apparato sanzionatorio amministrativo, benché essenziale, è comunque idoneo a mettere in luce la sua complessità. Complessità che deriva, innanzitutto, dalla *moltiplicazione delle tipologie sanzionatorie* e dal progressivo innalzamento del loro coefficiente di afflittività (con le correlate problematiche in ordine alla tutela dei diritti fondamentali dell'individuo); e, poi, dalla *moltiplicazione delle deroghe* alla fondamentale disciplina della legge 689/1981, la quale, a dispetto o — sarebbe forse meglio dire — ben oltre le originarie intenzioni legislative, assume sempre più carattere residuale.

Per quanto concerne la moltiplicazione delle tipologie sanzionatorie e l'incremento della loro afflittività, basti pensare, per esempio, al già citato ampliamento del novero delle sanzioni interdittive per effetto, in particolare ma non solo, del decreto legislativo 507/1999 che ha trasformato molte sanzioni interdittive penali in corrispondenti sanzioni amministrative. Il che solleva evidenti e spinose problematiche con riferimento alla tutela del fondamentale diritto di difesa. Infatti, se l'irrogazione della sanzione penale, anche accessoria, segue ad una pronuncia giurisdizionale che conclude un *iter* processuale articolato in modo da assicurare l'esercizio del diritto alla formazione della prova in contraddittorio e, più in generale, del diritto di difesa, l'irrogazione della sanzione amministrativa (salvi i casi di connessione contemplati dalla legge) avviene ad opera di un soggetto non giurisdizionale, attraverso un provvedimento che ha natura di

⁷⁹ *Ivi*, p. 193.

⁸⁰ P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, cit., p. 23.

atto amministrativo e la cui adozione è sì frutto di un procedimento in qualche misura volto ad assicurare il suddetto diritto, ma in misura certamente inferiore a quella del processo penale. Ebbene, se tali differenze procedurali si giustificano anche alla luce del fatto che le sanzioni penali, da un lato, e amministrative, dall'altro, hanno un diverso grado di afflittività (potendo solo le prime incidere sulla libertà personale ed essendo proprio per questo corredate di un più articolato apparato di garanzie), costituisce un'irragionevole disparità di trattamento il fatto che sanzioni amministrative identiche a quelle penali siano irrogate nel rispetto di un più modesto livello di garanzie individuali. Nel caso ora considerato, infatti, l'irrogazione tramite un procedimento meno garantito di quello penale discende esclusivamente dalla mera declassificazione della sanzione interdittiva penale nell'omologa amministrativa, senza alcuna modifica sostanziale del contenuto e dell'afflittività della stessa. In altri termini, il trasgressore è colpito da una sanzione interdittiva afflittiva tanto quanto quella penale in seguito ad un procedimento amministrativo, meno garantito dell'altro, in conseguenza di una mera operazione di "rietichettatura" delle tipologie sanzionatorie.

È vero, come si potrebbe obiettare, che le sanzioni interdittive hanno perlopiù natura accessoria e che l'apparato di garanzie processuali penali è predisposto in funzione dell'idoneità della pena (principale) a comprimere la libertà personale (che invece in alcun modo può essere intaccata dalla sanzione amministrativa); ma è anche vero, a nostro parere, che pure le sanzioni interdittive implicano, in qualche misura, una limitazione della libertà personale (sia pure in senso lato intesa); cosicché, resta l'irragionevolezza del diverso trattamento e, al contempo, si rafforza l'esigenza di individuare una differenza sostanziale tra le varie tipologie sanzionatorie, per ovviare all'appiattimento di quella amministrativa su quella penale, al mantenimento di una distinzione solo formale e, in ultimo, al rafforzamento delle evidenziate sperequazioni sul piano delle garanzie individuali⁸¹.

Per quanto concerne, invece, la moltiplicazione delle deroghe alla fondamentale disciplina della legge 689/1981, essa deriva, oltre che dalla diversificazione delle sanzioni, anche dalla perdurante mancanza di un disegno di politica punitiva organico e

⁸¹ Invero, il problema della distinzione tra il penale e l'amministrativo, soprattutto per le conseguenze che ne derivano sul piano delle garanzie individuali, non è recente; si consideri che già la Corte Europea dei diritti dell'uomo, sin dal caso Ozturk, enucleò un concetto di *matière penale*, che prescinde dalla qualificazione formale della tipologia sanzionatoria da parte dello Stato. Vedi CEDU, sent. 21 febbraio 1984, Ozturk c. Germania, con nota di C. E. PALIERO, "*Materia penale*" e *illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.

teso a tracciare nitidamente il volto dell'illecito amministrativo e della relativa risposta sanzionatoria.

Tra i sistemi normativi derogatori, per più profili, alla suddetta disciplina particolare rilievo assume quello relativo alla circolazione stradale. Tuttavia, non mancano settori in cui le summenzionate deroghe hanno carattere puntuale, finendo comunque non di rado per inasprire il trattamento sanzionatorio; si pensi, ad esempio, a quelle determinanti l'inapplicabilità dell'art. 16 l. 689/1981 (cioè dell'istituto del pagamento della sanzione pecuniaria in misura ridotta), il quale consente al trasgressore di estinguere l'illecito pagando una sanzione inferiore a quella prevista e, quindi, di evitare anche l'irrogazione delle sanzioni accessorie (è questo il caso dell'art. 3, u. co., d.lgs. 507/1999, in materia degli alimenti).

Ora, non si intende certo esprimere un giudizio negativo sulle disposizioni derogatorie in generale, non solo perché esse sono assai numerose, disseminate nelle pieghe della legislazione speciale e perciò difficilmente ponderabili nel loro complesso; ma anche perché non è affatto escluso che tali disposizioni, per le peculiarità delle materie cui ineriscono, possano talora essere necessarie o opportune in relazione alla finalità di prevenzione generale verso la quale la sanzione amministrativa punitiva pur sempre deve tendere. Piuttosto, si intende sottolineare che la presenza di numerose deroghe alla disciplina fondamentale della legge 689/1981 è tale che, se per un verso pare azzardato affermare che questa sia ormai applicabile solo in casi del tutto marginali, per l'altro non pare affatto fuorviante pensare al suo ambito applicativo come ad un territorio dai confini estremamente frastagliati e destinato, salvo radicali inversioni di tendenza, a subire un'ulteriore e progressiva erosione.

Un'ultima osservazione: se la complessità dell'attuale organizzazione socio-economica e dei settori in cui si esplica l'attività umana rende opportuno diversificare la disciplina sanzionatoria pure amministrativa anche in nome di irrinunciabili istanze di prevenzione generale, diventa allora imprescindibile apprestare apparati di garanzie individuali adeguati a controbilanciare in sede applicativa l'incremento di afflittività che, come si è visto, ha interessato la sanzione amministrativa soprattutto negli anni più recenti. Ciò alla luce delle perduranti istanze di razionalizzazione dell'apparato punitivo complessivamente inteso e in prospettiva di un futuro ampliamento, anche ad opera della depenalizzazione, dell'area dell'illecito punitivo amministrativo.

12. *Riflessioni conclusive: quali prospettive per la depenalizzazione?*

In chiusura, anche ma non solo nella prospettiva di ampliare l'intervento di depenalizzazione, si impongono alcune considerazioni in ordine all'effettività delle sanzioni amministrative e, quindi, indirettamente, alla capacità di assolvere alle funzioni di prevenzione generale (e speciale) ad esse demandate.

Considerazioni di questo tenore, invero, sembrano essere del tutto estranee all'interesse del legislatore, pur quando egli si accinga a predisporre interventi di depenalizzazione di ampia portata, come è avvenuto con il decreto legislativo 507/1999; e benché sia evidente che esse non siano affatto secondarie, dato che l'opzione per una sanzione ineffettiva in luogo di quella penale finisce per tradursi in un'opzione per il "nulla sanzionatorio".

A ben guardare, il rischio che la sanzione amministrativa presenti un tasso di ineffettività superiore o almeno non inferiore a quello della sanzione penale non pare così modesto. Infatti, l'autorità amministrativa (anche sanzionatoria) non dispone di strumenti di accertamento della responsabilità così incisivi e penetranti come quelli penali; né di personale preparato, secondo percorsi di formazione e qualificazione specifici, all'esercizio della funzione sanzionatoria e, in particolare, del potere di commisurazione della sanzione.

Senza contare, poi, che la natura pecuniaria della principale sanzione punitiva amministrativa può in certi casi (in quello di preventivo calcolo del rischio-sanzione, per esempio) ridurre di molto il suo potenziale deterrente e, quindi, l'efficacia preventiva. E neppure vale dire, come si tende a fare in ambito penale, che la carenza di effettività della sanzione punitiva amministrativa può essere in parte compensata dal coefficiente di stigmatizzazione (che, peraltro, nel caso della pena pecuniaria in generale deriva in misura principale dal procedimento applicativo)⁸². È stato a questo proposito osservato che, se la sanzione penale, proprio in forza del suo coefficiente di stigmatizzazione, può fisiologicamente ammettere una certa percentuale di ineffettività e nondimeno esplicare una certa funzione preventiva⁸³, quella amministrativa non gode

⁸² Vedi A. BERNARDI, *Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria*, cit., pp. 558-562.

⁸³ Infatti, secondo il c.d. *modello dell'imbuto*, non tutto il diritto penale può essere applicato, in quanto il sistema punitivo sconta in sede applicativa un eccesso in astratto di incriminazioni; "dai fatti commessi alle *notitiae criminis* realmente inventariate, dagli esercizi effettivi dell'azione penale alle istruttorie, ai dibattimenti, alle esecuzioni, c'è una 'scrematura' continua, che geometricamente si rappresenta come il passaggio dalla sezione maggiore fino al collo dell'imbuto", M. DONINI, *Presentazione*, in *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. Donini, Milano, 2003, p. XXI. Secondo l'A. c'è "una quota di diritto penale inapplicabile, e che nessun sistema al mondo può permettersi di applicare. (...) Non si tratta di una 'patologia' ma di una inevitabile selezione nell'ambito

dello stesso privilegio; infatti, benché a quest'ultima, come si è visto, non sia del tutto estranea una certa componente di stigmatizzazione, è indubbio che, in linea tendenziale, essa risulti davvero irrisoria rispetto a quella propria, di regola, della pena.

D'altra parte, va considerato che i timori circa l'idoneità della sanzione punitiva amministrativa ad esplicare le funzioni di prevenzione ad essa demandate anche dalla depenalizzazione non possono essere fugati neppure dal confronto diretto con la pubblica amministrazione. Invero, mentre si compiono periodicamente studi ed indagini in ordine all'effettività della sanzione penale complessivamente intesa (si pensi, per esempio, alle statistiche annuali compiute dall'ISTAT), mancano pressoché completamente studi ed indagini analoghi in merito alla sanzione amministrativa; quelli esistenti si concentrano pressoché esclusivamente sui profili economici dell'attività sanzionatoria e cioè sull'ammontare complessivo delle sanzioni (pecuniarie) irrogate in un periodo determinato e sull'ammontare delle relative riscossioni. Inoltre, ogni sforzo volto a reperire informazioni e dati più precisi in ordine alla suddetta attività, anche attraverso un dialogo diretto con gli organi sanzionatori dei vari settori amministrativi, si rivela perlopiù vano o foriero di risultati scarsi o poco significativi nella prospettiva ora considerata. Infatti, se in generale si registra una tendenziale indifferenza delle stesse amministrazioni in ordine ai profili non economici dell'attività sanzionatoria, in particolare, poi, si riscontra una realtà estremamente frammentaria — financo all'interno di un medesimo settore amministrativo — in cui la scelta di se e come monitorare gli esiti dei procedimenti sanzionatori è *in toto* rimessa alla discrezionalità e alla diligenza dei singoli funzionari competenti.

In prospettiva di un maggiore e più proficuo impiego della sanzione amministrativa, soprattutto (ma non solo) in chiave di deflazione, è perciò doveroso affinare gli strumenti già a disposizione del legislatore per evidenziare anche in ambito extrapenale il livello di effettività della sanzione, nonché le cause delle disfunzioni che attualmente minano la trasparenza e l'efficienza dell'apparato amministrativo complessivamente inteso.

del diritto penale del fatto"; così "non si può pensare di depenalizzare 'allo scopo di' poter *applicare sempre (nullum crimen sine poena)* tutto quello che si è mantenuto nel penale", *ivi*.

Ad ogni modo, non può essere taciuto il rischio che l'ineffettività della sanzione, oltre un certo grado, evochi l'immagine di una "giustizia a campione" largamente aleatoria ed inidonea a orientare i comportamenti collettivi; che essa evochi, cioè, l'immagine di un sistema sanzionatorio incoerente, arbitrario e ingiusto, come tale incapace di perseguire le componenti "culturali" della prevenzione generale; vedi J. ANDENAES, *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna, 1980, p. 48.

Considerazioni conclusive.

L'analisi delle molteplici forme della deflazione penale consente di evidenziare l'estrema frammentazione dell'intero universo sanzionatorio. In ambito penale, infatti, la sanzione detentiva è venuta a perdere la sua tradizionale posizione egemonica sotto la spinta dei più diversi fattori: l'introduzione di sanzioni principali non detentive; l'estensione della sanzione pecuniaria anche alle fasce di criminalità di media ed elevata gravità; la moltiplicazione delle misure sospensive, sostitutive ed alternative; l'ampliamento dei presupposti applicativi dei riti speciali premiali che abbattano enormemente i coefficienti di afflittività delle pene astrattamente comminate. In ambito amministrativo, invece, il prototipo di sanzione pecuniaria punitiva disegnato dalla legge 689/1981, con il palesato intento di conferire finalmente organicità al tipo di sanzione vocato a risollevare le sorti del sistema penale, si smembra in numerosi sottotipi connotati da discipline ritagliate di volta in volta sulle peculiarità dei settori normativi cui accedono e talora marcatamente derogatorie ai principi fondamentali sanciti nella summenzionata legge. Inoltre, a quella pecuniaria si affiancano (talora nuove) sanzioni interdittive, neppure dotate di una disciplina generale di riferimento, e di contenuto afflittivo assai elevato.

Al contempo, la suddetta analisi consente di evidenziare che l'opzione legislativa a favore di una risposta sanzionatoria diversificata (in funzione, per l'appunto, di deflazione e quindi nella prospettiva di incrementare il livello di effettività dell'apparato punitivo) spesso non si rivela congrua allo scopo e che, anzi, di fatto incide negativamente sulla certezza della sanzione e, in definitiva, sulla tenuta preventiva dell'intero sistema sanzionatorio. Nell'area penale, invero, la certezza della sanzione viene in larga parte compromessa — oltre che dalle note lungaggini processuali e dal correlato fenomeno prescrittivo — proprio dai riti speciali premiali e dalla congerie di misure alternative, sostitutive o sospensive, i quali tutti finiscono per ampliare a dismisura il divario esistente tra pena comminata/pena irrogata, da una parte, e tra pena irrogata/pena eseguita, dall'altra. Nell'area amministrativa, invece, la certezza della sanzione — per certi versi salvaguardata da un procedimento applicativo più semplice di quello penale e dunque da un contenuto rischio di prescrizione dell'illecito — è perlopiù vulnerata dalla cronica limitatezza delle risorse disponibili presso le pubbliche amministrazioni e, in particolare, di quelle destinate all'espletamento della funzione sanzionatoria, nonché dalla tendenza a percepire la sanzione come strumento per rimpinguare alla bisogna le casse dell'amministrazione piuttosto che come articolazione di un più ampio apparato finalizzato alla prevenzione e alla repressione dell'illegalità; e

cioè da fattori che in concreto vanificano ogni sforzo di implementazione dell'arsenale punitivo.

A noi pare che la tendenziale inidoneità degli interventi deflativi stratificatisi dagli anni '60 ad oggi a conseguire gli obiettivi prefissi sia in parte riconducibile alla scarsa attenzione rivolta dal legislatore alle ricadute empiriche di quegli stessi interventi. Per quanto concerne le soluzioni di deprocessualizzazione, ad esempio, si pensi a come l'introduzione del patteggiamento allargato si sia rivelata inutile sotto il profilo dell'alleggerimento del carico giudiziario, dal momento che la parziale coincidenza del suo ambito applicativo con quello del già collaudato rito abbreviato gli rende di regola preferibile quest'ultimo, più vantaggioso sotto il profilo sanzionatorio. Oppure, per altro verso, si pensi a come la possibilità di subordinare l'istanza di patteggiamento all'accoglimento della contestuale richiesta di sospensione condizionale della pena di fatto muti l'opzione per tale rito nell'opzione per una sostanziale impunità. Per quanto riguarda poi le soluzioni di decarcerizzazione, già si è detto delle infauste conseguenze che l'ampliamento dei presupposti applicativi delle misure sospensive, sostitutive e alternative della pena produce proprio sul complessivo livello di certezza della sanzione. Infine, per quanto attiene alla depenalizzazione, si consideri la tradizionale noncuranza del legislatore rispetto alla reale capacità degli apparati amministrativi di gestire l'aggravio di lavoro correlato all'espansione dei confini dell'illecito amministrativo, e a quella della sanzione amministrativa di assolvere le funzioni di prevenzione e di repressione ad essa demandate proprio dalla depenalizzazione.

Tutto ciò considerato, pare quindi doveroso sottolineare che, anche nella prospettiva di ampliare gli interventi deflativi, non si possa prescindere dalla preventiva acquisizione di un nuovo atteggiamento culturale, fondato sulla consapevolezza che la deflazione, di per sé sola, non può costituire la panacea per sanare la profonda crisi in cui versa il sistema penale. E, ancor più, fondato sulla consapevolezza che il miglior rimedio a tale crisi sta piuttosto nella pianificazione di programmi politico-criminali ampiamente condivisi (e perciò insuscettibili di subire trasformazioni anche radicali secondo il colore degli schieramenti politici di governo) e attenti alle ricadute concrete delle opzioni punitive, siano queste di criminalizzazione o di deflazione. Solo attraverso questa palingenesi culturale si potrà evitare di ampliare ulteriormente le distanze tra la dimensione teorica e la dimensione empirica dell'ordinamento penale, le quali, oltre una certa misura, finiscono, come si è visto, per defraudarlo della sua effettività e, in ultimo, della sua legittimazione.

BIBLIOGRAFIA

- ADORNO R., *La Corte costituzionale “riconosce” la funzione rieducativa del c.d. “indultino”*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 1168.
- ANDENAES J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell’irrogazione e dell’esecuzione della pena*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna, 1980, p. 33.
- APRILE E., *Le modifiche agli istituti del diritto processuale premiale introdotte dalla riforma sul giudice unico*, in *Giur. mer.*, 2001, p. 813.
- APRILE E., *Profili deflativi del procedimento innanzi al giudice di pace: scelte dell’imputato e della persona offesa*, in *Giur. mer.*, 2003, p. 1851.
- AZZALI G., *L’alternativa amministrativa: lineamenti di un sistema sanzionatorio*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 581.
- BARATTA A., *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, p. 443.
- BARATTA A., *Funzioni strumentali e funzioni simboliche del diritto penale. Lineamenti di una teoria del bene giuridico*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, vol. II, *Saggi teorico-giuridici*, Milano, 1990, p. 19.
- BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, 1984.
- BARTOLI R., *L’irrelevanza penale del fatto. Alla ricerca di strumenti di depenalizzazione in concreto contro la ipertrofia c.d. “verticale” del diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 1473.
- BARTOLI R., *L’irrelevanza penale del fatto tra logiche deflative e meritevolezza di pena*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, a cura di G. De Francesco, E. Venafro, Torino, 2002, p. 101.

- BARTOLI R., *Sanzione punitiva e garanzie (a proposito della sentenza costituzionale sulla decurtazione dei punti della patente)*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1089.
- BARTOLINI F., *Il codice delle depenalizzazioni*, Piacenza, 2001.
- BASILE F., *La nuova incriminazione delle pratiche di mutilazione degli organi genitali femminili*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 680.
- BATTAGLINI G., *La querela*, Torino, 1958.
- BERNARDI A., *Expériences italiennes récentes en matière de science et de technique de la législation pénale*, in *Archives de politique criminelle*, n. 9, 1987, p. 171.
- BERNARDI A., *La pena pecuniaria in Italia e Francia e l'esigenza di una sua armonizzazione a livello europeo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 228.
- BERNARDI A., *Natura penale e retaggi civilistici della pena pecuniaria*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 514.
- BERNARDI A., *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Ann. Univ. Ferrara – Sc. Giur. Nuova Serie – Vol. XI – 1997*, p. 145.
- BERNARDI A., *I tre volti del “diritto penale comunitario”*, in *Possibilità e limiti di un diritto penale dell'Unione europea*, a cura di L. Picotti, Milano, 1999, p. 41.
- BERNARDI A., *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 727.
- BERNARDI A., Art. 7, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova, 2001, p. 249.
- BERNARDI A., *La riforma del sistema sanzionatorio in materia di alimenti*, in G. LATTANZI, E. LUPO, *Depenalizzazione e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, Milano, 2001, p. 116.
- BERNARDI A., *sub art. 133 bis*, in *Le fonti del diritto italiano — Codice penale*, a cura di T. Padovani, Milano, 2005, p. 729.

- BERNARDI A., *Politiche di armonizzazione e sistema sanzionatorio penale*, in *L'area di libertà, sicurezza e giustizia. Alla ricerca di un equilibrio tra priorità di sicurezza ed esigenze di garanzia*, a cura di T. Rafaraci, Milano, 2007, p. 193.
- BERNARDI A., *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 76.
- BERNARDI A., *La depenalizzazione e le sue diverse forme*, in A. BERNARDI, I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Padova, 2008, p. 7.
- BERTACCINI D., PAVARINI M., *L'altro diritto penale: percorsi di ricerca sociologica sul diritto penale complementare nelle norme e nei fatti*, Torino, 2004.
- BONINI S., *Quali spazi per una funzione simbolica del diritto penale?*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 491.
- BRICOLA F., voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. it.*, vol. XIX, 1973, p. 14.
- CALVI A. A., *Introduzione*, in F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.
- CANDIAN A., *La querela*, Milano, 1951.
- CAPACCIOLI E., *Principi in tema di sanzioni amministrative: considerazioni introduttive*, in *Le sanzioni in materia tributaria, Atti del Convegno di studio svoltosi a Sanremo, 21-22 ottobre 1978*, Milano, 1979, p. 125.
- CASSETTA E., voce *Illecito amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. VIII, 1993, p. 89.
- CERBO P., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999.
- CERETTI A., *A Homage to Louk Hulsman*, in *Cahiers de défense sociale*, Milano, 2003, p. 47.
- COLLA G., MANZO G., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 2001.
- CONSULICH F., *La difficile appartenenza dogmatica del cd. "indultino"*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 731.
- CORDERO E., *Procedura penale*, Milano, 2006.

- CORSO G., *Sanzioni amministrative e competenza regionale*, in *Le sanzioni amministrative, Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Varenna, Villa Monastero 18-20 settembre 1980, Milano, 1982, p. 59.
- CRESPO E. D., *De nuevo sobre el pensamiento abolicionista*, in *Cahiers de défense sociale*, Milano, 2003, p. 107.
- DANNECKER G., *Armonizzazione del diritto penale all'interno della Comunità europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 961.
- DELMAS-MARTY M., *Les chemins de l'harmonisation pénale. Objectifs et méthodes*, in *Les chemins de l'harmonisation pénale*, a cura di M. Delmas-Marty, M. Pieth, U. Sieber, Parigi, 2008.
- DI NINO T., *Gli itinerari della depenalizzazione dalla legge n. 689/1981 alla legge n. 205/1999*, in *Ind. pen.*, 2000, p. 749.
- DOLCINI E., *La disciplina della commisurazione della pena: spunti per una riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 34.
- DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 589.
- DOLCINI E., *Le misure alternative oggi: alternative alla detenzione o alternative alla pena?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 857.
- DOLCINI E., *Pene detentive, pene pecuniarie, pene limitative della libertà personale: uno sguardo sulla prassi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 95.
- DOLCINI E., *La pena in Italia, oggi, tra diritto scritto e prassi applicativa*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, p. 1073.
- DOLCINI E., *Le due anime della legge "ex Cirielli"*, in *Corriere del merito*, 2006, p. 55.
- DOLCINI E., *La recidiva riformata. Ancora più selettivo il carcere in Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 515.
- DOLCINI E., MARINUCCI G., *Note sul metodo della codificazione penale*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1992, p. 385.

- DOLCINI E., GIARDA A., MUCCIARELLI F., PALIERO C. E., RIVA CRUGNOLA E., *Commentario alle “Modifiche al sistema penale”*, Milano, 1982.
- DONINI M., *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del “sistema”*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 1652.
- DONINI M., *La riforma della legislazione penale complementare: il suo significato “costituente” per la riforma del codice*, in *La riforma della legislazione penale complementare: studi di diritto comparato*, a cura di M. Donini, Padova, 2000, p. 3.
- DONINI M., *Non punibilità e idea negoziale*, in *Ind. pen.*, 2001, p. 1035.
- DONINI M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 75.
- DONINI M., *L’art. 129 del progetto di revisione costituzionale approvato il 4 novembre 1997 — Per una progressione “legale”, prima che “giurisprudenziale”, dei principi di offensività e di sussidiarietà*, in *Alla ricerca di un disegno — Scritti sulla riforma penale in Italia*, Padova, 2003, p. 67.
- DONINI M., *Presentazione*, in *Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare*, a cura di M. Donini, Milano, 2003, p. VII.
- DONINI M., *La riforma del codice penale fra politica e cultura giuridica*, in *Quest. giust.*, 2004, p. 487.
- DONINI M., *Il volto attuale dell’illecito penale*, Milano, 2004.
- EUSEBI L., *Profili della finalità conciliativa nel diritto penale*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, p. 1109.
- FERRAJOLI L., *Sul diritto penale minimo* (risposta a Giorgio Marinucci e a Emilio Dolcini), in *Foro it.*, 2000, V, 125.
- FERRAJOLI L., *Crisi della legalità e diritto penale minimo*, in *Diritto penale minimo*, a cura di U. Curi e G. Palombarini, Roma, 2002, p. 9.
- FIANDACA G., *Problemi e prospettive attuali di una nuova codificazione penale*, in *Foro it.*, 1994, V, 1.

- FIANDACA G., *In tema di rapporti tra codice e legislazione penale complementare*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 137.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007.
- FIDELBO G., voce *Giudice di pace (nel dir. proc. pen.)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2004, p. 242.
- FIorentin F., *Così l'indultino diventa una misura alternativa alla detenzione*, in *Giur. cost.*, 2006, p. 2699.
- FIorentin F., *Revoca dell'indultino e meritevolezza del condannato*, in *Cass. pen.*, 2008, p. 442.
- GEMMA G., voce *Clemenza (profili costituzionali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2000, p. 51.
- GIUNTA F., voce *Depenalizzazione*, in *Dizionario di diritto e procedura penale*, a cura di G. Vassalli, Milano, 1986, p. 195.
- GIUNTA F., *Interessi privati e deflazione penale nell'uso della querela*, Milano, 1993.
- GRASSO G., *L'incidenza del diritto comunitario sulla politica degli Stati membri: nascita di una "politica criminale europea"?*, in *Ind. pen.*, 1993, p. 65.
- HULSMAN L., *Abolire il sistema penale?*, in *Dei delitti e delle pene*, 1983, p. 71.
- HULSMAN L., BERNAT DE CELIS J., *Peines perdues. Le système pénal en question*, Parigi, 1982 (*Pene perdute. Il sistema penale messo in discussione*, trad. it. di V. Guagliardo, Paderno Dugnano, Milano, 2001).
- HULSMAN L., BERNAT DE CÉLIS J., *Sistema penal y seguridad ciudadana: hacia una alternativa*, Barcellona, 1984.
- IELO P., *Consob: potenziati i poteri investigativi*, in *Guida dir.*, Dossier 5, 2005, p. 108.
- Il diritto penale nella prospettiva europea*, a cura di S. Canestrari e L. Foffani, Milano, 2005.
- La matière pénale au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, a cura del Groupe de recherche Droits de l'homme et logiques juridiques, diretto da M. Delmas-Marty, in *Rev. sc. crim.*, 1987, p. 819.

- LARIZZA S., *Profili critici della politica di depenalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 61.
- LATTANZI G., *Sanzioni penali e sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali di una circolare della presidenza del consiglio*, in *Foro it.*, 1985, p. 251.
- LATTANZI G., LUPO E., *Depenalizzazione e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, Milano, 2001.
- LORUSSO S., *Il patteggiamento "allargato" tra limiti all'accertamento della verità ed esigenze di deflazione processuale*, in *Dir. pen. proc.*, 2004, p. 665.
- LOZZI G., *Il giusto processo e i riti speciali deflativi del dibattimento*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 1159.
- LÜDERSSEN K., *La funzione di prevenzione generale del sistema penale*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna, 1980, p. 99.
- LUNGHINI G., *La manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1474.
- MANACORDA S., *L'efficacia espansiva del diritto comunitario sul diritto penale*, in *Foro it.*, 1995, IV, 55.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale – Canone di politica criminale, criterio ermeneutica, parametro di ragionevolezza*, Torino, 2005.
- MANES V., *I rapporti tra diritto comunitario e diritto penale nello specchio della giurisprudenza della Corte di Giustizia: approdi recenti e nuovi orizzonti*, in *L'interpretazione conforme al diritto penale in materia comunitaria*, a cura di F. Sgubbi, V. Manes, Bologna, 2007, p. 9.
- MANNA A., *Considerazioni sulla riforma del diritto penale in Italia*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1996, p. 525.
- MANNOZZI G., *Collocazione sistematica e potenzialità deflative della mediazione penale*, in *Meritevolezza di pena e logiche deflative*, a cura di G. De Francesco, E. Venafro, Torino, 2002, p. 117.

- MANNOZZI G., *Pena e riparazione: un binomio non irriducibile*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di E. Dolcini, C. E. Paliero, vol. II, Milano, 2006, p. 1129.
- MANTOVANI F., *Il vero "diritto penale minimo": la riduzione della criminalità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 864.
- MANTOVANI F., *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2007.
- MARINUCCI G., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2000, p. 160.
- MARINUCCI G., *Certezza d'impunità per i reati gravi e "mano dura" per i tossicodipendenti in carcere*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 170.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Diritto penale "minimo" e nuove forme di criminalità*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 802.
- MARTINI A., voce *Oblazione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, 1994, p. 401.
- MAZZA L., voce *Oblazione volontaria (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, 1979, p. 562.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000.
- Modelli ed esperienze di riforma del diritto penale complementare. Atti del Convegno, Modena, 14-15 dicembre 2001*, a cura di M. Donini, Milano, 2003.
- MONACO L., *Prospettive dell'idea dello 'scopo' nella teoria della pena*, Napoli, 1984.
- MUCCIARELLI F., *L'abuso di informazioni privilegiate: delitto e illecito amministrativo*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1465.
- MUCCIARELLI F., *Primato della giurisdizione e diritto economico sanzionatorio: a proposito del market abuse*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 137.
- MUSCO E., *Consensus e legislazione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1993, p. 80.
- MUSCO E., *Verso un nuovo codice penale?*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 1497.
- NAUCKE W., *Prevenzione generale e diritti fondamentali della persona*, in *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, a cura di M. Romano e F. Stella, Bologna, 1980, p. 49.

- NIRO M., *Le misure alternative tra deflazione carceraria e revisione del sistema sanzionatorio penale*, in *Quest. giust.*, 2007, p. 225.
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, II ed., Padova, 1982.
- NUVOLONE P., voce *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXII, Milano, 1982, p. 787.
- ORLANDI R., *La mediazione penale tra finalità riconciliative ed esigenza di giustizia*, in *Riv. dir. proc.*, 2006, p. 1171.
- PACILEO V., *La riforma del sistema sanzionatorio in materia di alimenti*, in LATTANZI G., LUPO E., *Depenalizzazione e nuova disciplina dell'illecito amministrativo*, Milano, 2001, p. 81.
- PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 419.
- PADOVANI T., *Una novella piena di contraddizioni che introduce disparità inaccettabili*, in *Guida dir., Dossier 1*, 2006, p. 37.
- PADOVANI T., *Informazione e giustizia penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 689.
- PAGLIARO A., voce *Immunità (diritto penale)*, in *Enc. dir.*, XX, 1970, p. 213.
- PAGLIARO A., *Le indagini empiriche sulla prevenzione generale: una interpretazione dei risultati*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 447.
- PAGLIARO A., *Verso un nuovo codice penale?*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 15.
- PAGLIARO A., *Per un nuovo codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 543.
- PALAZZO F., *Le interdizioni nella prospettiva delle misure alternative alla pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 190.
- PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, Padova, 1980.
- PALAZZO F., *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 35.
- PALAZZO F., *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 209.

- PALAZZO F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 453.
- PALAZZO F., *Certezza del diritto e codificazione penale*, in *Pol. dir.*, 1993, p. 365.
- PALAZZO F., *Tra aspirazioni e chimere la ricodificazione del diritto penale italiano*, in *Dir. pen. proc.*, 1999, p. 271.
- PALAZZO F., *Continuità ed evoluzione nel processo di ricodificazione penale in Italia*, in *Un nuovo progetto di codice penale: dagli auspicii alla realizzazione*, a cura di G. De Francesco, Torino, 2001, p. 27.
- PALAZZO F., *“Indultino”: sospensione condizionata dell’esecuzione della pena detentiva nel limite massimo di due anni*, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 1470.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale. Parte generale*, Torino, 2008.
- PALIERO C. E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 726.
- PALIERO C. E., *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894.
- PALIERO C. E., *«Minima non curat praetor» - Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.
- PALIERO C. E., voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1989, p. 425.
- PALIERO C. E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 430.
- PALIERO C. E., *Consenso sociale e diritto penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 849.
- PALIERO C. E., *Metodologie de lege ferenda: per una riforma non improbabile del sistema sanzionatorio*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 510.
- PALIERO C. E., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 1021.
- PALIERO C. E., TRAVI A., *La sanzione amministrativa – Profili sistematici*, Milano, 1988.

- PALIERO C. E., TRAVI A., voce *Sanzioni amministrative*, in *Enc. dir.*, vol. XLI, Milano, 1989, p. 345.
- PIATTOLI B., *Diritto giurisprudenziale Cedu, garanzie europee e prospettive costituzionali*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 262.
- PIERGALLINI C., *Norma penale e legge regionale: la costruzione del tipo*, in *Sulla potestà punitiva dello Stato e delle Regioni*, a cura di E. Dolcini, T. Padovani, F. Palazzo, Milano, 1994, p. 103.
- PIERGALLINI C., *La disciplina della responsabilità amministrativa delle persone giuridiche e delle associazioni. Sistema sanzionatorio e reati previsti dal codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2001, p. 1353.
- PISANI N., *Profili penalistici del testo unico sulla salute e sicurezza sui luoghi di lavoro*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 827.
- PISAPIA G., *Prospettive di riforma del codice penale*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 407.
- POMANTI P., voce *Oblazione (diritto processuale)*, in *Dig. disc. pen.*, 2005, p. 956.
- RISICATO L., *I riflessi sostanziali del c.d. patteggiamento "allargato": l'irriducibile attrito tra giustizia penale negoziale, funzioni della pena e tutela della vittima*, in *Leg. pen.*, 2004, p. 871.
- RIVELLO P. P., voce *Giudice unico*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2004, p. 311.
- RIZ R., *Per un nuovo codice penale: problemi e itinerari*, in *Ind. pen.*, 1995, p. 5.
- ROMANO M., *Legislazione penale e consenso sociale*, in *Jus*, 1985, p. 413.
- ROMANO M., *Commentario sistematico del codice penale*, Milano, 2004.
- ROSSI VANNINI A., *Illecito amministrativo-depenalizzato*, Milano, 1990.
- RUDORF R., *Ruolo e poteri della Consob nella nuova disciplina del market abuse*, in *Le società*, 2005, p. 813.
- RUGA RIVA C., *Sanatorie, condoni, «indultino»: forme e limiti costituzionali dell'impunità retroattiva*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2004, p. 191.

- RUGA RIVA C., voce *Premialità (dir. pen.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 4421.
- RUGA RIVA C., *Io ti assolvo nel nome del sindacato: un'inedita ipotesi di sanatoria previdenziale subordinata ad accordo sindacale*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 955.
- SANDULLI M. A., *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione (Studi preliminari)*, Napoli, 1981.
- SANDULLI M. A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983.
- SAPONARO L., voce *Querela*, in *Dig. disc. pen.*, Milano, 2005, p. 1278.
- SCHÜNEMANN B., *Un progetto alternativo per l'uropeizzazione del diritto penale*, in *Un progetto alternativo di giustizia penale europea*, a cura di B. Schünemann, versione italiana a cura di V. Militello, Milano, 2007.
- SEMINARA S., *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione di mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 9.
- SIEBER U., *Unificazione europea e diritto penale europeo*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1991, p. 965.
- SIRACUSA L., *Unione europea e diritto penale fra decisioni quadro e direttive. La pronuncia della Corte di Giustizia in materia ambientale*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 773.
- STORTONI L., voce *Estinzione del reato e della pena*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 2000, p. 272.
- TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925.
- TONINI P., *La nuova competenza del giudice penale di pace: un'alternativa alla depenalizzazione?*, in *Dir. pen. proc.*, 2000, p. 929.
- TONINI P., *Manuale di procedura penale*, Milano, 2008.
- TRAVI A., *Sanzioni amministrative e Pubblica Amministrazione*, Padova, 1983.

TRAVI A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie nella legge 47/1985*, in *Riv. giur. sarda*, 1988, p. 895.

VASSALLI G., *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, Milano, 1972, p. 1591.

VASSALLI G., *Necessità di un nuovo codice penale*, in *Dir. pen. proc.*, 1995, p. 7.

VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433.

VIGANÒ F., *Norme comunitarie e riserva di legge statale in materia penale: i termini di una relazione (sempre più) problematica*, in *Quad. cost.*, 2006, p. 366.

VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 42.

VON LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale*, Milano, 1962.

ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924.