

DEPENALIZZAZIONE E “*MATERIA PENALE*”.  
LA GRADUAZIONE DELLE GARANZIE TRA  
FORMA E SOSTANZA\*

**Criminalia**  
*Annuario di scienze penalistiche*

in disCrimen dal 3.7.2019

*Alberto Gargani*

SOMMARIO 1. Premessa. — 2. Prospettive di inquadramento degli illeciti depenalizzati. — 3. L'indirizzo *nominalistico-formale*. — 3.1. Depenalizzazione quale strumento di riduzione delle garanzie e di semplificazione dei criteri di accertamento della responsabilità. — 3.2. La diversità e disomogeneità delle due tipologie punitive secondo il risalente indirizzo della C. cost. — 4. L'orientamento *teleologico-sostanziale*: la connessione genetico-funzionale tra il concetto convenzionale di “materia penale” e le politiche di depenalizzazione. — 4.1. Graduabilità delle garanzie convenzionali? — 5. La problematica coesistenza dei due paradigmi ricostruttivi. — 5.1. L'integrazione di forma e sostanza: l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale. — 5.1.1. La questione dell'applicazione retroattiva della nuova sanzione amministrativa agli illeciti posti in essere sotto la vigenza dell'originaria sanzione penale. — 5.1.2. La retroattività della *lex mitior* nel diritto punitivo amministrativo. — 5.1.3. Il rigetto di soluzioni generalizzanti e omologanti. — 5.2. La graduale attuazione interna delle garanzie convenzionali inerenti alla “materia penale”. — 6. Statuti garantistici concorrenti. — 7. I criteri di modulazione delle tutele tra forma e sostanza. — 8. Gli inevitabili profili di incertezza correlati all'opzione “ponderale”.

## 1. Premessa

Nell'ambito di un progetto di ricerca<sup>1</sup> volto alla ricostruzione delle dinamiche deflative tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia, è destinata ad assumere un ruolo essenziale la considerazione della possibilità e dei limiti assiologici e politico criminali del ricorso a tecniche di c.d. depenalizzazione in astratto ovvero di trasformazione di determinate categorie di illeciti in violazioni amministrative o civili, sottoposte a sanzioni punitive.

Considerata l'impossibilità di svolgere in questa sede una simile analisi, si impone

---

\* È il testo, ampliato e munito di note, dell'intervento svolto a Pisa il 22 marzo 2019, nell'ambito del convegno su “*Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*”, organizzato dal Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Pisa e i cui atti sono in corso di pubblicazione per i tipi della Giappichelli editore, Torino.

<sup>1</sup> Si tratta del Progetto di Ricerca di Ateneo 2017, dell'Università di Pisa, coordinato dal prof. Giovannangelo De Francesco, avente ad oggetto “*Istanze di deflazione tra coerenza dogmatica, funzionalità applicativa e principi di garanzia*”.

preliminarmente la delimitazione dell'oggetto d'indagine: nel presente contributo tale tematica sarà affrontata avuto riguardo ai penetranti riflessi che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di "*matière pénale*" comporta sul piano delle scelte e delle tecniche di depenalizzazione, con particolare riferimento agli standard di garanzie individuali che devono essere osservati in sede di applicazione degli illeciti depenalizzati.

## 2. Prospettive di inquadramento degli illeciti depenalizzati

Il susseguirsi, a partire dal 1967, di numerosi ed eterogenei provvedimenti legislativi di depenalizzazione, in funzione di riduzione selettiva del novero delle figure di reato e di decongestione dei procedimenti penali, ha comportato (e tuttora pone) una duplice necessità: quella di individuare parametri direttivi idonei a legittimare e a conformare i processi di depenalizzazione ad obbiettivi politico-punitivi rispondenti ad istanze di effettività e di razionalità e quella di prevedere norme di disciplina sostanziale e procedimentale dei nuovi illeciti punitivi.

Nella prima direzione, sono stati – come è noto – elaborati criteri deontologici – proporzione e sussidiarietà – correlati, da un lato, ad oggetti e stadi di tutela e al grado di disvalore, dall'altro, al criterio dell'*extrema ratio* del ricorso alla sanzione penale – finalizzati ad orientare il legislatore nella delicata cernita degli illeciti penali suscettibili di assumere rilevanza amministrativa; dal secondo punto di vista, è stata approntata la disciplina generale profili sostanziali e procedimentali degli illeciti punitivi amministrativi (Capo I, sezioni I e II, l. 24.11.1981, n. 689). Un paradigma sistematico di riferimento che, come è noto, prevede – sia pur, a livello di legge ordinaria – che ai predetti illeciti siano estese alcune delle tradizionali garanzie riservate dalla Carta fondamentale alle ipotesi di reato (stretta legalità e irretroattività).

Parallelamente, non si è potuto fare meno di interrogarsi circa i referenti costituzionali dei due paradigmi punitivi, nonché sui profili di differenziazione e sui margini di convergenza dei principi e delle regole applicabili nei due rispettivi ambiti, avuto riguardo, in particolare, ai canoni di garanzia sostanziali e procedimentali<sup>2</sup>.

A tal riguardo, schematizzando, è possibile individuare due orientamenti di massima che si dividono il campo: da un lato, l'indirizzo *nominalistico-formale*, favore-

<sup>2</sup> In tema, v. C.E. Paliero, *La sanzione amministrativa tra pena criminale e garanzie processuali*, in Aa.Vv., *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini e L. Foffani, Milano, 2018, 209 ss.

vole al mantenimento di scostamenti e asimmetrie di disciplina tra i due ambiti punitivi; dall'altro, l'indirizzo *teleologico-sostanziale*, che promuove l'assimilazione funzionale e valoriale tra le due tecniche sanzionatorie, soprattutto in ordine alla quotazione costituzionale dello statuto garantistico<sup>3</sup>.

Come si cercherà di dimostrare nel prosieguo dell'indagine, i due modelli coesistono problematicamente – dando luogo ad un delicato *mixtum compositum in fieri* – in un periodo di carattere transizionale, che registra la graduale, ma ormai irreversibile, emersione di un paradigma fondamentalmente 'unitario' di illecito punitivo, suscettibile di assumere articolazioni e graduazioni di cangiante intensità.

### 3. L'indirizzo *nominalistico-formale*

In riferimento al primo e più risalente indirizzo, occorre precisare che la comparazione dei profili ontologico-strutturali dei due modelli punitivi e la determinazione dei limiti di ammissibilità di differenziazioni e scostamenti in punto di garanzie hanno potuto giovare di un quadro di riferimento relativamente 'definito' e lineare.

Il confronto tra le due tipologie punitive è stato, infatti, operato all'interno della rassicurante cornice nominalistica adottata nel 1930 al fine di individuare la nozione 'formale' di reato, integrata dal nesso materiale di salvaguardia stabilito a livello costituzionale tra cautele specificamente previste per l'illecito penale e misure incidenti sulla libertà personale. All'interno di tale perimetro, la ricerca di criteri di riconoscimento della natura e di qualificazione dei due illeciti e l'enucleazione dei profili differenziali e dei tratti di omogeneità in punto di garanzie costituzionali sono condotte sul presupposto – assunto a vero e proprio "dogma" – della minore afflittività delle sanzioni amministrative punitive rispetto a quelle penali. Un dogma che preclude la possibilità di vagliare l'eventuale maggiore gravosità in concreto della sanzione amministrativa, tenuto conto di talune pregnanti differenze di disciplina (ad es., la non sospensibilità condizionale e la maggiore celerità applicativa).

#### 3.1 - *Depenalizzazione quale strumento di riduzione delle garanzie e di semplificazione dei criteri di accertamento della responsabilità*

Su tale *ratio* e sull'asserita *diversità* dei due modelli di illecito, veniva dai più

---

<sup>3</sup> Per ulteriori approfondimenti, v. A di Martino, *Una legalità per due? Riserva di legge, legalità CEDU e giudice-fonte*, in *Criminalia*, 2014, 91 ss.

fondata la tesi volta a delimitare l'operatività dei principi di cui agli artt. 25 e 27 Cost. al solo ambito dei delitti e delle contravvenzioni. Tale opzione veniva, in varia guisa, argomentata in dottrina: si temeva, da un lato, che l'applicazione gradualistica delle garanzie costituzionali in dipendenza del contesto punitivo di riferimento potesse risolversi nel complessivo indebolimento di tali presidi nel settore penale, con esiti regressivi di sistema, avuto riguardo, soprattutto, alla vanificazione della sussidiarietà del ricorso allo *jus criminale*; dall'altro, che l'estensione delle garanzie penalistiche potesse compromettere le istanze di funzionalità, semplificazione e speditezza sottese al sistema sanzionatorio amministrativo. L'orientamento contrario all'assimilazione e all'omologazione delle due principali tipologie punitive individuava nell'asimmetria dei rispettivi statuti garantistici il presupposto di funzionalità dei processi di riforma incentrati sulla depenalizzazione, che sarebbero stati disincentivati e privati di effettività in caso di livellamento delle due tecniche sanzionatorie.

In definitiva, la presunzione di minore afflittività e capacità stigmatizzante delle sanzioni punitive extrapenali, fondata sul difetto di incidenza sulla libertà personale, ha finito per asseverare la diversità tra pena e punizione amministrativa, per giustificare l'eterogeneità e la separatezza dei rispettivi statuti garantistici, con la conseguente tendenza del diritto vivente ad un'interpretazione fortemente riduttiva del significato e del valore delle regole e dei principi di cui ai primi cinque articoli della l. 689/1981: una *reductio* ermeneutica finalizzata alla semplificazione del procedimento sanzionatorio amministrativo e del successivo giudizio di opposizione rispetto alle omologhe discipline e garanzie contemplate in sede penale. L'idea della c.d. 'degradazione' dell'illecito penale e del ridimensionamento del trattamento sanzionatorio quali effetti costanti della depenalizzazione, ha, in tal modo, consolidato la convinzione dell'ontologica minorità dell'illecito amministrativo: di conseguenza, la riduzione del livello di garanzie è stata considerata la 'fisiologica' compensazione della perdita di rilevanza penale del fatto.

Come è stato rilevato in dottrina, la disposizione secondo cui "*le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati*" (art. 1, co.1, l. 689/1981), viene interpretata nel senso che le violazioni amministrative debbono essere sottoposte alle sanzioni vigenti al momento della commissione dell'illecito (c.d. *tempus regit actum*), a prescindere da eventuali successive modifiche disciplinari, non potendo trovare applicazione il principio 'penalistico' della c.d. retroattività *in mitius*; ulteriori semplificazioni e divergenze dai paradigmi

processuali penali sono rinvenibili sia in sede di accertamento dell'elemento soggettivo dell'illecito (art. 3, l. 689/1981), il cui onere dimostrativo viene fatto gravare sull'incolpato, chiamando il medesimo a provare l'insussistenza dell'elemento psicologico (oggetto in tal modo di una sorta di presunzione semplice), sia nella propensione a demandare alle risultanze del verbale amministrativo l'accertamento del fatto, sul presupposto che le medesime facciano piena prova fino a querela di falso di tutti gli accadimenti rilevanti per la violazione costatata<sup>4</sup>.

### *3.2 - La diversità e disomogeneità delle due tipologie punitive secondo il risalente indirizzo della C. cost.*

La tesi della diversità e disomogeneità delle due tipologie punitive ha trovato per lungo tempo corrispondenza negli indirizzi della giurisprudenza costituzionale, sostanzialmente ferma – almeno fino al 2009 – nell'escludere l'applicabilità delle garanzie in esame al di fuori dell'ambito rigorosamente "penale". Emblematica la sent. n. 159/1994 con cui la Consulta afferma la netta autonomia del sistema sanzionatorio amministrativo rispetto a quello penale, sottolineandone la "spiccata specificità", emergente dal "riconoscimento di ordini diversi di parametri costituzionali (art.25, secondo comma e art. 27 della Costituzione che disciplinano le sanzioni penali, mentre gli artt. 23 e 97 disciplinano la potestà sanzionatoria amministrativa)" e dal regime specifico della sanzione amministrativa, quale quello disegnato dalla legislazione ordinaria e in particolare dalla l. 24.11.1981, n. 689<sup>5</sup>. Nella medesima pronuncia, la Corte ribadisce, altresì, che il principio della personalità della pena non ha alcuna attinenza con le sanzioni amministrative, concernendo esclusivamente quelle penali.

## **4. L'orientamento *teleologico-sostanziale*: la connessione genetico-funzionale tra il concetto convenzionale di "materia penale" e le politiche di depenalizzazione**

Il secondo orientamento – che abbiamo denominato "teleologico-sostanziale" – prescinde dalla qualificazione formale delle misure extrapenali e individua nella

---

<sup>4</sup> Cfr. P. Cerbo, *La depenalizzazione tra giudice penale e amministrazione (e giudice dell'opposizione)*, in *Dir. amm.*, 2018, 55 ss., il quale osserva, altresì, che i soggetti obbligati in solido ai sensi dell'art. 6, l. n.689/1981, rispondono dell'obbligazione di pagamento della sanzione pecuniaria anche nei casi in cui non risulti individuato l'autore materiale della violazione.

<sup>5</sup> Sui profili di autonomia dell'illecito amministrativo, v. C. Piergallini, *Argomenti per l'"autonomia" dell'illecito amministrativo: il nodo della "lex mitior"*, in *RIDPP* 1994, 1551 ss.

finalità punitiva della sanzione il presupposto necessario e sufficiente per l'estensione delle garanzie contemplate per l'illecito penale. Pur non mancando forme “*in nuce*” nella dottrina italiana<sup>6</sup>, come è noto, siffatto indirizzo ha origine e si sviluppa soprattutto ad opera della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, in sede di elaborazione del concetto di “*matière pénale*” (per la prima volta delineato nel 1976, con la sentenza *Engel*)<sup>7</sup>.

Ad assumere particolare rilevanza, nell'economia della presente indagine, è la stretta connessione genetico-funzionale tra l'enucleazione della nozione sostanziale di “materia penale” e il largo ricorso a politiche di depenalizzazione in astratto.

La priorità data al carattere sostanzialmente punitivo o afflittivo di una sanzione, pur non qualificata come penale dal legislatore interno, quale presupposto per l'applicabilità delle garanzie convenzionali di cui agli artt. 6 (principio di legalità), 7 (“giusto processo”), 2, 3 e 4, Prot. 7 (doppio grado di giurisdizione; riparazione dell'errore giudiziario; “*ne bis in idem*”), nasce, infatti, in stretta correlazione con l'esteso ricorso da parte degli Stati – negli anni '60 e '70 – a interventi legislativi di depenalizzazione.

Da qui la necessità di valutare i riflessi sul versante delle garanzie individuali<sup>8</sup>: la principale preoccupazione è, infatti, quella di evitare che la trasformazione di reati in illeciti amministrativi si risolva nell'elusione delle garanzie convenzionali (c.d. truffa delle etichette).

#### 4.1 - *Graduabilità delle garanzie convenzionali?*

Pur considerando i processi di depenalizzazione in linea di principio compatibili con la convenzione EDU, con la fondamentale sentenza *Öztürk* (1984), la Corte di Strasburgo precisa che i predetti interventi legislativi non possono tradursi nell'arbitraria delimitazione discrezionale – da parte degli Stati – della sfera di operatività delle garanzie convenzionali previste in “materia penale”: decisiva ai fini dell'estensibilità o meno delle garanzie convenzionali di natura sostanziale e processuale non è la qua-

<sup>6</sup> V., ad es., P. Nuvolone, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, 60 ss.

<sup>7</sup> *Ex multis*, v. L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, 25 ss.; F. Mazzacuva, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, 7 ss.; 75 ss.

<sup>8</sup> V. N. Zanon, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Aa.Vv., Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Milano, 2017, 85 ss.

lificazione formale dell'illecito, quanto, piuttosto, il carattere, la finalità, afflittivo-punitiva della sanzione, a prescindere dalla sua gravità e, *a fortiori*, dalla sua incidenza o meno sulla libertà personale.

Il fatto che siano integrati gli estremi della nozione sostanziale di "materia penale" è, dunque, sufficiente ai fini dell'*an* dell'estensione delle garanzie convenzionali ad illeciti non formalmente penali; inizialmente rimane, però, relativamente in ombra un aspetto destinato ad assumere un'importanza cruciale, ovvero il grado di intensità e il livello di rigore con i quali le predette garanzie debbono essere applicate, a seconda della tipologia di sanzione punitiva in concreto rilevante.

Un'esplicita posizione a tal riguardo viene assunta dalla Grande Camera nel 2006 con la c.d. sentenza *Jussila*: dopo aver ritenuto la misura inflitta al ricorrente convenzionalmente penale, in quanto avente finalità repressivo-preventiva (maggiorazione di imposta sulla somma ritenuta evasa), la Corte sottopone la procedura adottata in sede applicativa al vaglio di conformità rispetto all'art. 6 CEDU, avuto riguardo alla mancata fissazione e celebrazione dell'udienza e alla possibile violazione del correlativo diritto, rilevando che "*les 'accusations en matière pénale' n'ont pas toutes le même poids*", che le maggiorazioni d'imposta "*ne faisant pas partie du noyau du droit pénal*" e che le garanzie di cui all'art. 6 "*ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur*"<sup>9</sup>.

In applicazione di tali canoni, si ritiene che nel caso di specie "le esigenze di equità" siano state soddisfatte e che non fosse, dunque, necessaria la celebrazione dell'udienza.

Il riferimento, da un lato, al "nocciolo duro del diritto penale", come tale distinto dalle ulteriori partizioni della più ampia "materia penale" e, dall'altro, al cangiante livello di rigore di applicazione dei presidi del giusto processo, sottende l'idea della *graduabilità* delle garanzie convenzionali.

Di particolare interesse, nella motivazione della Grande Camera, si rivela la distinzione tra due piani: la riconduzione di un dato illecito punitivo alla "materia penale" e la modulazione del rigore con il quale la garanzia di volta in volta rilevante deve trovare in concreto applicazione. Se il primo profilo è decisivo ai fini dell'estensibilità delle regole convenzionali, il secondo, attinente al *quomodo* della garanzia, dipende dal "peso" del procedimento e deve essere valutato su base equitativa.

Non si comprende, peraltro, che cosa debba intendersi esattamente per "nocciolo

---

<sup>9</sup> Corte EDU, GC., 23.11.2006, *Jussila c. Finlandia*, § 43.

duro del diritto penale”: se è evidente l’intenzione di riferirsi al nucleo primigenio della “*materia penale*”, non è chiaro *quali* e *quante* siano le “spire” suscettibili di attrarre gli illeciti espressione di una ‘penalità’ di minore peso o intensità.

Soprattutto sul versante delle garanzie processuali, pare, cioè, profilarsi la necessità di doversi confrontare con una pluralità di accezioni e articolazioni di “*materia penale*”. Una dimensione *scalare*, ancora da decifrare: un fattore destinato ad accrescere ulteriormente la problematicità dell’impatto del diritto convenzionale sugli ordinamenti interni.

## 5. La problematica coesistenza dei due paradigmi ricostruttivi

Se quello che abbiamo definito il modello *formale-nominalistico* assume valenza interna ed è finalizzato all’individuazione della disciplina – sostanziale e processuale – applicabile alle plurime tipologie di illecito punitivo, in ossequio a istanze di certezza, legalità e definitezza delle sfere e dei confini di operatività, il paradigma *teleologico-sostanziale* trascende i confini dell’ordinamento interno ed è strumentale all’estensione delle garanzie individuali previste dalla CEDU agli illeciti suscettibili di essere ricondotti alla nozione “*materia penale*”, sulla base dei criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo<sup>10</sup>.

Si tratta di due forme di qualificazione che, pur assumendo finalità e contenuti distinti, sul piano fenomenologico tendono ad un’inevitabile interferenza e rifrazione: l’esperienza contemporanea registra, in effetti, la difficoltà di far coesistere i due paradigmi, in modo coerente e conforme ai rispettivi postulati e teleologismi e la conseguente tendenza alla sovrapposizione o ibridazione delle due prospettive di inquadramento.

L’equidistanza, la distinguibilità e il parallelismo delle due prospettive hanno mantenuto la loro effettività fino a quando la giurisprudenza interna è potuta rimanere fedele allo schema logico incentrato sulla supremazia del dato formale, sulla marcata diversità/autonomia tra le ramificazioni del diritto punitivo e sulla conseguente marginalità e fattuale ininfluenza dei criteri “*sostanziali*” di qualificazione. Il venir

---

<sup>10</sup> In tema, v. P. Cerbo, *Le sanzioni amministrative punitive*, in Aa.Vv., *La “materia penale” tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di M. Donini e L. Foffani, Milano, 2018, 117 ss.; F. Goisis, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. pubb. comun.*, 2014, 337 ss. e, volendo, A. Gargani, *Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 2018, 5 ss.



meno dell'unilateralità di una simile impostazione ha reso possibile il confronto 'aperto' tra le due prospettive, scevro da pre-comprensioni e preoccupazioni di "pan-penalismi": la penetrazione nell'ordinamento interno della logica sostanziale sottesa alla "materia penale" avviene attraverso progressivi assestamenti.

### 5.1 - *L'integrazione di forma e sostanza: l'evoluzione della giurisprudenza costituzionale*

Un osservatorio privilegiato dal quale è possibile avvicinarsi al delicato e instabile processo dialettico di "integrazione" tra forma e sostanza, in atto nel nostro ordinamento, è senz'altro rappresentato dalla recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale in ordine alle garanzie di matrice penale estensibili agli illeciti amministrativi. Eccettuate alcune (estemporanee) aperture manifestate nel corso degli anni '60, la Consulta ha per lungo tempo circoscritto l'applicazione di predette garanzie ai soli illeciti e sanzioni qualificati dal legislatore come penali, enfatizzando i profili di diversità e di autonomia tra misure penali e misure amministrative, desunti dal distinto "*nomen juris*", dall'opposta incidenza sulla libertà personale e dalle eterogenee cornici costituzionali.

Da quando (a seguito delle cc.dd. "sentenze gemelle" nn. 348 e 349 del 2007), le disposizioni CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo, sono considerate "norme interposte" nel giudizio di legittimità costituzionale in relazione al parametro degli obblighi internazionali previsto dall'art. 117, co. 1, Cost., la Corte Costituzionale è stata più volte chiamata a valutare la legittimità costituzionale della disciplina sostanziale e processuale applicabile agli illeciti formalmente qualificati come "amministrativi", in rapporto alle doverose garanzie individuali contemplate a livello convenzionale od europeo in "materia penale". È in tale contesto che si registra l'inversione di tendenza rispetto all'orientamento tradizionale: nel dichiarare – con la sent. n.196/2010<sup>11</sup> – l'illegittimità costituzionale – ex artt. 25 co. 2 e 117 co.1 Cost., per il tramite dell'art.7 CEDU – della previsione della retroattività della misura di sicurezza della c.d. confisca stradale, la C. cost. riconduce una sanzione punitiva, non formalmente penale, nell'alveo di un principio – quello di legalità – che, almeno nel caso di specie, si ritiene operante aldilà dei confini nominalistici dell'ordinamento penale.

Gli arresti successivi riflettono il gradualismo e la prudenza con cui la Consulta di volta in volta si confronta con la predetta operatività *ultra nomen juris* dei canoni di garanzia in materia di legalità.

---

<sup>11</sup> Anticipata dall'ord. n. 97/2009: cfr. L. Maserà, *La nozione costituzionale*, op. cit., 8.

### 5.1.1 - *La questione dell'applicazione retroattiva della nuova sanzione amministrativa agli illeciti posti in essere sotto la vigenza dell'originaria sanzione penale*

Di particolare interesse, da questo punto di vista, si rivela la parabola evolutiva che è possibile registrare nella giurisprudenza costituzionale in ordine alla retroattività della nuova sanzione amministrativa agli illeciti posti in essere sotto la vigenza dell'originaria sanzione penale (e non giudicati con sentenza irrevocabile), secondo un meccanismo al quale il legislatore ricorre di frequente sul piano del diritto transitorio, al fine di evitare che i fatti illeciti posti in essere prima della depenalizzazione (nei casi, lo si ripete, in cui il procedimento penale non sia stato definito con sentenza o con decreto divenuti irrevocabili) rimangano impuniti (ai sensi, rispettivamente, dell'art. 2 co. 2 c.p. e dell'art. 1, l. n.689/1981).

Le cangianti modalità di inquadramento della c.d. successione impropria (tra illecito penale e illecito amministrativo) rispecchiano, in effetti, un fondamentale mutamento di paradigma<sup>12</sup>. Viene messa in discussione la tradizionale idea della maggior gravosità della sanzione penale (ancorata alla qualificazione formale-nominalistica e all'incidenza sulla libertà personale), con conseguente retroattività della nuova disciplina sanzionatoria che, in quanto amministrativa, deve ritenersi *comunque* più favorevole (impostazione quest'ultima seguita, ad es., dalla sent. n. 68/2017, in ordine alla disciplina transitoria contemplata in tema di confisca per equivalente per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate, ai sensi dell'art. 187-*sexies* TUIF)<sup>13</sup> e si prende atto della necessità di procedere al confronto del livello di reale afflittività delle due sanzioni in successione, a prescindere dai dogmi e dalle presunzioni che avevano sinora precluso la possibilità di una comparazione 'diacronica' dell'effettiva gravità dei rispettivi trattamenti sanzionatori, condotta secondo criteri sostanziali.

Una comparazione diretta e frontale del peso complessivo della sanzione, scevra da pre-comprensioni, alla quale la C. cost. non può più sottrarsi: con sent. n. 223/2018, viene, infatti, ritenuta fondata la questione di illegittimità costituzionale (ritenuta inammissibile l'anno precedente) inerente all'applicazione retroattiva (prevista da una disposizione di diritto transitorio) della sanzione amministrativa punitiva (confisca per equivalente) prevista in luogo di quella penale a seguito di depenalizzazione (art.

<sup>12</sup> *Amplius*, v. D. Bianchi, *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) Riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 322 ss.; M. Gambardella, v. *Legge penale nel tempo*, in *Enc. dir., Annali*, VII, Milano, 2014, 648 ss.

<sup>13</sup> In dottrina, v. F. Viganò, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 1 ss.

187-*sexies* TUIF)<sup>14</sup>. Nel caso di specie, il trattamento sanzionatorio amministrativo introdotto dalla legge di depenalizzazione viene ritenuto complessivamente più grave di quello penale vigente al momento della commissione del fatto e, in quanto tale, non può essere applicato retroattivamente senza violare contestualmente gli artt. 25 co. 2 e 117 co. 1 Cost., in rapporto all'artt. 7 CEDU. L'ammissione della comparazione di gravità delle due sanzioni in successione, ai fini dell'individuazione della disciplina complessivamente più favorevole, comporta una conseguenza di particolare rilievo ai fini della presente indagine e, cioè, l'idea dell'allineamento delle due forme di illecito punitivo rispetto alla garanzia convenzionale e costituzionale di irretroattività della disciplina sanzionatoria più gravosa.

Si tratta di un'acquisizione che il legislatore, in occasione dell'intervento di depenalizzazione del 2016, aveva fatto propria. Come si evince dalla Relazione allo "Schema di Decreto legislativo recante *'Disposizioni in materia di depenalizzazione di reati, in attuazione della delega di cui al comma 2 dell'art. 2 della l. 28 aprile 2014, n. 67'*", elaborato dalla Commissione Palazzo, nel corredare la disciplina di depenalizzazione di una disciplina transitoria (nonostante il difetto di delega in proposito) volta a rendere possibile l'applicazione retrospettiva delle nuove sanzioni amministrative, si è partiti dal presupposto dell' "omogeneità della natura dell'illecito penale e di quello (punitivo) amministrativo convergenti nell'identica "materia penale" come delineata altresì dalla giurisprudenza di Strasburgo". Sulla base di tale assunto, si è ritenuto "che la depenalizzazione di reati "degradati" a illeciti amministrativi dia luogo ad una vicenda sostanzialmente di successione di leggi, nella quale deve dunque trovare attuazione il principio di retroattività *in mitius*, pienamente realizzato dall'applicazione retroattiva delle più favorevoli sanzioni amministrative in luogo di quelle originarie penali", sempre che sia garantito "che la nuova sanzione sia irrogata in un ammontare non superiore al massimo di quella originaria" (garanzia assoluta dall'art. 8 co. 3 d.lgs. 8/2016, il quale fa riferimento al criterio di ragguaglio di cui all'art. 135 c.p.)<sup>15</sup>.

Com'è possibile constatare, al tradizionale paradigma dell'alterità categoriale si sostituisce la più evoluta visione della continuità funzionale tra le due tipologie punitive, che condividono paritariamente la garanzia dell'irretroattività del trattamento sanzionatorio più gravoso di quello vigente al momento del fatto.

---

<sup>14</sup> In dottrina, v. F. Consulich, *La materia penale: totem o tabù? Il caso della retroattività in mitius della sanzione amministrativa*, in *Dir. pen. proc.*, 2019, 467.

<sup>15</sup> Relazione di accompagnamento allo Schema di Decreto legislativo recante "Disposizioni in materia di depenalizzazione di reati, in attuazione della delega di cui al comma 2 dell'art. 2 della l. 28 aprile 2014, n. 67", in *www.giustizia.it*, 8.

### 5.1.2 - *La retroattività della lex mitior nel diritto punitivo amministrativo*

Un ulteriore ambito, collegato a quello poc'anzi accennato, in cui si registra una significativa evoluzione della giurisprudenza costituzionale in tema di legalità è quello concernente l'applicabilità del principio di retroattività della *lex mitior* nel diritto punitivo amministrativo (canone previsto dall'art. 49 della Carta di Nizza)<sup>16</sup>. Nell'arco di tre anni, si è, infatti, passati dall'affermazione (sent. n. 193/2016) del difetto di un vincolo convenzionale in ordine all'estensione generalizzata – da parte degli ordinamenti interni degli Stati aderenti – del principio di retroattività della legge più favorevole al sistema delle sanzioni amministrazione e della correlativa discrezionalità del legislatore interno nella modulazione di predetta garanzia, in dipendenza delle materie oggetto di disciplina, al riconoscimento – con sent. n. 63/2019 – dell'illegittimità costituzionale – ex artt. 3 e 117 co. 1 Cost. – della disciplina transitoria (art. 6, co. 2, d.lgs. 72/2015) prevista per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate (art. 187-*bis* TUIF) e alla conseguente estensibilità del principio di retroattività della disciplina sanzionatoria più favorevole (introdotta dall'art. 4 co. 9, d.lgs. 107/2018)<sup>17</sup>.

### 5.1.3 - *Il rigetto di soluzioni generalizzanti e omologanti*

Nel valutare l'estensibilità agli illeciti amministrativi delle tutele del principio di legalità, la Consulta si guarda bene dall'adottare soluzioni generalizzanti od omologanti. La sent. n. 49/2015 (inammissibilità della questione di legittimità costituzionale inerente alla c.d. confisca senza condanna, di cui all'art. 44 del D.p.r. n. 380/2001) contiene un *caveat* – tra il sistema penale e quello amministrativo permangono rilevanti differenze che precludono l'automatica e indiscriminata estensione al secondo quadrante punitivo, per il tramite del concetto europeo di “materia penale”, dei principi e delle garanzie contemplate a livello interno in riferimento al primo – rappresentativo dell'impostazione di fondo alla quale si attiene la Corte al fine di evitare *ab origine* forme di indebita riqualificazione di illeciti formalmente amministrativi in illeciti sostanzialmente penali, strumentali all'estensione delle garanzie convenzionali e costituzionali previste per la “materia penale”.

Nel ribadire che lo Stato gode del margine di apprezzamento nella definizione

<sup>16</sup> *Ex multis*, v. M. Scoletta, *Materia penale e retroattività favorevole: il 'caso' delle sanzioni amministrative*, in *Giur. cost.*, 2016, 115 ss.

<sup>17</sup> V. M. Scoletta, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*, in *www.penalecontemporaneo*, 1 ss.

dell’ambito di applicazione di ulteriori tutele previste in ambito nazionale e che il legislatore gode di ampia discrezionalità sul piano delle soluzioni di politica sanzionatoria (v., ad es., le sent. nn. 43/2017 e 109/2017)<sup>18</sup>, la C. cost. si attiene scrupolosamente ai limiti del vaglio di legittimità costituzionale e convenzionale di singole e specifiche disposizioni extrapenali, evitando prese di posizione indifferenziate e “livellanti”, suscettibili di generalizzazione.

La distinzione tra sanzioni amministrative e sanzioni amministrative punitive, determinante ai fini dell’“esportazione” delle garanzie penali (e alla base del difetto di soluzioni impegnative e di portata generale), finisce in tal modo per risultare ancora indefinita e non meglio precisata, con ulteriori incertezze in ordine alla possibilità di includere nel sottoinsieme ‘punitivo’ anche le sanzioni interdittive e quelle accessorie<sup>19</sup>.

### *5.2 - La graduale attuazione interna delle garanzie convenzionali inerenti alla “materia penale”*

Nell’insieme, si può, dunque, ritenere che gli ultimi arresti della giurisprudenza costituzionale abbiano messo in moto un processo di graduale attuazione interna delle tutele della legalità contemplate a livello convenzionale nella “materia penale”, destinato a ridurre progressivamente le asimmetrie e le distanze intercorrenti tra i due ambiti in punto di garanzie.

Di particolare interesse, in quest’ultima direzione, si rivela la recente sent. n. 112/2019 con la quale la Consulta ha esteso il principio della necessaria *proporzionalità* della sanzione (previsto all’art. 49 co. 3 della Carta di Nizza) anche alla confisca amministrativa di cui all’art. 187-*sexies* TUIF, il quale estende la misura ablatoria all’intero ‘prodotto’ di operazioni finanziarie illecite e ai ‘beni utilizzati’ per commetterle, anziché del solo ‘profitto’ derivato da predette operazioni.

Il raggiungimento dell’obbiettivo dell’integrale attuazione interna delle garanzie convenzionali previste in “materia penale” pare subordinato al graduale superamento

---

<sup>18</sup> La prima sentenza citata aveva ad oggetto le sorti del giudicato amministrativo a seguito della dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge amministrativa (infondatezza della questione); la seconda riguardava, invece, la legittimità costituzionale della disciplina transitoria di cui all’art. 9 d.lgs. 8/2016, avuto riguardo alla retroattività della nuova sanzione amministrativa (inammissibilità della questione).

<sup>19</sup> Cfr. M. Scoletta, *Retroattività favorevole*, *op. cit.*, 3.

delle riserve e delle resistenze opposte all'idea di estendere agli illeciti punitivi amministrativi anche le garanzie inerenti al principio di colpevolezza e al "giusto processo". Se, sotto questo profilo, all'orizzonte si profilano non pochi ostacoli e difficoltà, alimentati da precari ontologismi, non vi è dubbio che un segnale meritevole di attenzione è rappresentato dall'ord. n. 117/2019 con la quale la C. cost. ha utilizzato lo strumento del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia UE al fine di risolvere la questione dell'estensibilità o meno del principio "*nemo tenetur se detegere*" al procedimento per l'applicazione di sanzioni amministrative punitive.

## 6. Statuti garantistici concorrenti

Volendo sintetizzare quelli che possono ritenersi i tratti qualificanti le dinamiche di penetrazione e irradiazione delle garanzie convenzionali nell'ordinamento extrapenale, si deve, in primo luogo, evidenziare il fatto che la dialettica tra la concezione fondamentalmente monistica di "materia penale" sviluppata dalla Corte di Strasburgo e il paradigma 'plurale' di illecito punitivo adottato dalla C. cost., in conseguenza dell'inevitabile rilevanza assunta dalla qualificazione formale ai fini di disciplina, si traduce nella necessità di valutare e confrontare volta per volta l'intensità e il campo di applicazione delle tutele previste a livello convenzionale, sul piano costituzionale e dalla legge ordinaria (ad es., la l. n. 689/1981).

Il riferimento alla garanzia di fonte convenzionale non può, infatti, non chiamare in causa l'omologo principio di fonte costituzionale (o sub-costituzionale), al fine di verificare il rispettivo raggio di azione. L'indipendenza e l'autonomia dei tre ambiti non devono, cioè, essere sopravvalutate: non vi è dubbio che l'attività di consolidamento, affinamento e implementazione delle garanzie correlate alla materia penale condotta dalla Corte di Strasburgo si ponga in una relazione di osmosi dinamica rispetto al significato e al valore attribuibili alle tutele "interne".

La valorizzazione delle prime si traduce, infatti, nella disseminazione delle seconde.

Da questo punto di vista, il timore – palesato dalla C. cost. – che il giudice interno operi la riqualificazione di categorie e principi di diritto interno sulla base del diritto convenzionale, dando luogo ad un *mixtum compositum* di diritto domestico e diritto convenzionale, non è privo di fondamento. I temuti esiti di c.d. "ricombinazione genetica" del diritto penale sono legati all'oggettiva difficoltà di discernere in concreto le finalità e le criteriologie degli statuti garantistici concorrenti.

La messa a fuoco dei termini di interazione tra diritto convenzionale e diritto

domestico è, inoltre, resa più difficile dalla crescente complessità strutturale del sistema sanzionatorio punitivo, integrato dalla recente previsione di un nuovo sotto-insieme, avente ad oggetto, i c.d. illeciti civili punitivi (d.lgs. n. 7/2016), destinato ad acuire ulteriormente le tradizionali criticità inerenti alla determinazione degli standard di garanzia estensibili agli illeciti punitivi non qualificati formalmente come "penali"<sup>20</sup>.

## **7. I criteri di modulazione delle tutele tra forma e sostanza**

Ad uno sguardo d'insieme, è possibile osservare che sia nel contesto convenzionale, sia nell'ordinamento interno, emerge, in modo più o meno esplicito, una duplice modalità di inquadramento delle garanzie in materia punitiva: una prima volta, in ordine all'*an* della loro estensibilità, avuto riguardo alla finalità della sanzione; una seconda volta in riferimento al livello di intensità e di "profondità" applicativa.

Dal primo punto di vista, l'ottica convenzionale appare molto più avanzata rispetto alle impostazioni della giurisprudenza interna, con evidenti discrasie e distonie in rapporto, ad es., alla sfera di operatività del principio di colpevolezza e alle tutele del "giusto processo". È presumibile che le distanze e le differenze andranno in futuro progressivamente riducendosi, grazie al graduale superamento –nell'ordinamento interno – di resistenze e dogmi legati all'ontologica discontinuità e frattura tra illeciti formalmente penali e illeciti formalmente amministrativi e alla presunta mitezza del diritto punitivo amministrativo, con il conseguente avvicinamento dei correlativi paradigmi disciplinari. D'altro canto, è innegabile che, in caso di depenalizzazione, tra le due tipologie di illecito sussista piena identità di precetto e di disvalore e che ad assumere rilievo in chiave differenziale siano semmai la natura della sanzione (in rapporto all'incidenza o meno sulla libertà personale) e le modalità di accertamento della responsabilità (in chiave di semplificazione ovvero di capacità stigmatizzante).

In conseguenza dell'ipertrofia del settore penale, della proliferazione di meccanismi di depenalizzazione in concreto e del cronico disconoscimento della sussidiarietà, i processi di depenalizzazione sono destinati ad asseverare la percezione della

---

<sup>20</sup> *Ex multis*, v. R. Guerrini, *Il d.lgs. 15 gennaio 2016, n.7, I nuovi illeciti civili tipizzati e le relative sanzioni*, in Aa.Vv., *Le recenti riforme in materia penale*, a cura di G. M. Baccari, C. Bonzano, K. La Regina e E. M. Mancuso, Padova, 2017, 1 e ss.; 31 ss.

relatività dei confini, della sostanziale fungibilità dei due modelli punitivi e dell'imponderabilità *a priori* del livello di afflittività delle rispettive sanzioni.

Dal secondo punto di vista, ad assumere rilievo nel diritto punitivo è la tendenza a postulare differenziazioni e articolazioni interne, a enucleare sotto-sottosistemi, finalizzati alla graduazione del livello di intensità applicativa della garanzia –convenzionale o costituzionale – di volta in volta presa in considerazione.

Come già accennato in precedenza, pur affermando la sostanziale unitarietà della materia penale e dei livelli di tutela, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ammette la graduabilità delle garanzie processuali, suscettibili di trovare forme di decrescente rigore applicativo man mano che dal “nocciolo duro” della “materia penale” (essendo questo il significato che pare doversi attribuire al concetto di “diritto penale” impiegato nella pronuncia “Jussila”) si passi a considerare forme ulteriori di manifestazione del diritto punitivo.

Una graduazione su base equitativa, collegata alla concreta gravità ed afflittività della sanzione.

In ambito interno, si registra una situazione più complessa, in considerazione del peso assunto dal profilo del regime disciplinare applicabile. Come lo sguardo rivolto alla giurisprudenza costituzionale ha consentito di evidenziare, si avverte, infatti, la tendenza a determinare il campo di applicazione delle garanzie discendenti dalla riconducibilità dell'illecito alla “materia penale” di matrice convenzionale e la sfera di operatività in ambito amministrativo delle garanzie previste dagli artt. 25, 27 e 111 Cost., sulla base di parametri che risentono dell'influenza del criterio formale del *nomen juris*, indispensabile ai fini dell'individuazione della disciplina di riferimento.

La propensione a “incrociare” le due prospettive ricorre anche in dottrina: si pensi, ad es., all'idea del regime di tutela a cerchi concentrici, articolato in un “nucleo minimo” (c.d. “*hard core*” del diritto penale), corrispondente ai “*mala in se*” e, in genere, ai reati di maggiore gravità, sanzionati con pena detentiva, ai quali dovrebbero essere sempre assicurate nella loro massima estensione le garanzie di fonte convenzionale e in un “insieme esterno” (*mala quia prohibita*), comprensivo dei reati meno gravi (non sanzionati con pena detentiva) e degli illeciti solo sostanzialmente penali, ai quali le predette garanzie dovrebbero essere estese in modo meno stringente<sup>21</sup>. Un'analogha esigenza di maggiore articolazione interna del sistema penale, finalizzata a ridurre la rigidità e il livellamento degli standard di garanzia e dei criteri di imputazione, è quella sottesa alla costruzione di Silva Sanchez, volta,

<sup>21</sup> F. Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it), 19 ss.



come è noto, a distinguere tra due aree penali: quella coperta dalla sanzione detentiva e quella coperta da pene incidenti su diritti diversi dalla libertà personale<sup>22</sup>.

La messa a punto di sotto-sistemi penali e la correlativa graduazione dei livelli di garanzia genera la possibilità di una sussidiarietà di secondo grado, interna al sistema penale, che "metabolizza" il mutevole grado di effettività e di certezza assunta dalla sanzione penale nella prassi applicativa.

Un modello alternativo di "cerchi concentrici", che sembra, invece, emanciparsi dai vincoli formali, è quello che distingue tra un "nucleo duro" (rappresentato dal diritto penale in senso formale e sostanziale, sottoposto ad uno 'statuto garantistico forte'), un nucleo "semiduro" (dato dalle misure punitive cui sono estensibili le garanzie convenzionali, ma non quelle di rango ordinario discendenti dalla qualificazione legislativa) e un'area residuale-minimale (comprensiva delle misure afflittive non punitive, accomunate dall'esigenza di prevedibilità e proporzionalità)<sup>23</sup>.

Una impostazione, per così dire, 'agnostico-relativistica' è, infine, quella seguita da coloro i quali valutano necessario adottare una nozione di "materia penale" "a geometria variabile o dai confini mobili": ritenuta vana la ricerca di una nozione di "materia penale" valida in relazione all'applicazione di tutte le garanzie sovra-legali, si considera preferibile definire l'ambito e il *quantum* di applicabilità delle singole garanzie in ragione della *ratio* sottesa ad ognuna<sup>24</sup>. Quest'ultima opzione 'differenziatrice' è stata estesa di recente anche alla c.d. "materia penale costituzionale" ossia al tema – strettamente correlato alle dinamiche in esame – dell'applicabilità delle singole garanzie costituzionali ad illeciti non qualificati formalmente come penali, sul presupposto che non sia possibile postulare una nozione unitaria di "materia penale" e che sia, dunque, la *ratio* della singola garanzia a consentire di delimitare il proprio raggio di azione<sup>25</sup>.

## 8. Gli inevitabili profili di incertezza correlati all'opzione "ponderale"

La ricerca di criteri di rimodulazione dei livelli di garanzia deve, peraltro, fare i conti con un profilo di decisiva importanza, rimasto sinora in ombra nell'indagine e,

---

<sup>22</sup> J.M. Silva Sánchez, *L'espansione del diritto penale. Aspetti della politica criminale nelle società postindustriali*, Milano, 2004, 101 ss.

<sup>23</sup> V. V. Manes, *Profili e confini dell'illecito penale*, in Aa.Vv., *La "materia penale"*, op. cit., Milano, 2018, 179 ss.

<sup>24</sup> F. Mazzacava, *Le pene nascoste*, op. cit., 56 ss.; 73 ss.; 253 ss.; 284 ss.

<sup>25</sup> L. Masera, *La materia penale costituzionale*, op. cit., 193 ss.; 226 ss.

cioè, la delicata questione del “*ne bis in idem*”<sup>26</sup>. È indubbio che la progressiva affermazione della logica sostanzialistica sottesa al concetto di “*matière pénale*” rappresenti, infatti, un fattore di formidabile implementazione del cumulo di sanzioni punitive, con plurime frizioni con il divieto di cui all’art. 4 Prot. n. 7 CEDU (come ha dimostrato l’esperienza interna nei settori del diritto tributario, degli abusi di mercato e della circolazione stradale).

È stato rilevato che “la disponibilità di plurime categorie d’illecito” crea il rischio “che la duplicità delle tipologie d’illecito produca tensioni col principio del *ne bis in idem* tutte le volte in cui il legislatore si faccia sedurre dall’idea di cumulare il maggiore effetto stigmatizzante del ‘penale’ con la maggiore efficacia/efficienza repressiva dell’ ‘amministrativo’”<sup>27</sup>.

L’omogeneità funzionale dei plurimi tipi di illecito riconducibili alla “materia penale” pone, da un lato, la necessità di evitare la duplicazione di procedimenti o di sanzioni e, dall’altro, l’esigenza di “compensazione” delle sanzioni irrogate (*reductio ad unum*). Come è stato osservato, l’una e l’altra presuppongono la valutazione della “consistenza del carico sanzionatorio che può derivare dall’applicazione disgiunta o congiunta delle due discipline”<sup>28</sup>: a tal proposito, la giurisprudenza europea appare orientata ad adottare parametri “sensibili alle conseguenze “ponderali” della qualificazione disgiunta o congiunta sulla consistenza della risposta sanzionatoria, comprensiva altresì del peso processuale sopportato dall’autore”<sup>29</sup>.

I problematici esiti in punto di determinatezza e certezza sono la conseguenza della priorità assegnata all’esigenza – emergente con particolare nitore nella pronuncia della Grande Camera nel procedimento A e B c. Norvegia – di applicare con approccio modulato la garanzia del *ne bis in idem*. Preso atto del fatto che “il dato formale nulla dice circa il livello di sofferenza effettiva”<sup>30</sup>, si tratta di governare e contenere le indefinite potenzialità del cumulo di sanzioni punitive, alla luce del principio di proporzionalità del complessivo carico sanzionatorio.

<sup>26</sup> *Ex multis*, v. la ricostruzione di G.A. De Francesco, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell’integrazione europea*, in [www.lalegislazionepenale.eu](http://www.lalegislazionepenale.eu), 14 ss.; M. Donini, Septies in idem. *Dalla “materia penale” alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, Aa.Vv., *La “materia penale”*, op. cit., 225 ss.

<sup>27</sup> F. Palazzo, *Il limite della political question fra Corte costituzionale e Corti europee. Che cosa è “sostanzialmente penale”?*, in *Cass. pen.*, 2018, 468.

<sup>28</sup> F. Palazzo, *Il limite della political question*, op. cit., 467.

<sup>29</sup> F. Palazzo, *Il limite della political question*, op. cit., 468.

<sup>30</sup> M. Donini, Septies in idem, op. cit., 227.

Dal punto di vista della funzione regolativa, la correlazione biunivoca tra dato ponderale (grado di afflittività della sanzione, a prescindere dalla qualificazione formale) ed esigenze di perequazione sanzionatoria, appare, peraltro, destinata a trascendere l'ambito del "*ne bis in idem*" e ad assumere una portata e un significato più estesi e pregnanti.

La logica sostanzialistica sottesa alla "materia penale" postula, infatti, che la modulazione dei livelli di garanzia debba essere ponderata e calibrata in dipendenza del "peso" della sanzione punitiva: una valutazione in concreto e "caso per caso", che solo il giudice è in grado di svolgere.

In difetto di parametri o criteri realmente vincolanti<sup>31</sup>, la misurazione del *quantum* di afflittività si traduce in una discrezionalità a base equitativa, fatalmente esposta al rischio di esiti di rilevante incertezza e imprevedibilità.

---

<sup>31</sup> V. N. Zanon, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, op. cit., 85 ss.; sul *deficit* di legalità sotteso alle dinamiche dell'interpretazione conforme, v. F. Palazzo, *Principio di legalità e giustizia penale*, in *Cass. pen.* 2016, 2702 ss.