



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

Corso di Dottorato in Studi Giuridici Comparati ed Europei

XXX ciclo

Tesi di Dottorato

**Il principio di sussidiarietà esterna:
l'extrema ratio nella scelta tra sanzioni
penali e amministrative**

Relatore

Prof. Gabriele Fornasari

Dottorando

Giovanni Francesco Perilongo

anno accademico 2017/2018



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA
Dottorato in Studi Giuridici
Comparati ed Europei

candidato: Giovanni Francesco Perilongo

Il principio di sussidiarietà esterna: l'extrema ratio nella scelta tra sanzioni penali e amministrative

Relatore Prof. Gabriele Fornasari

Anno Accademico 2017/2018

Indirizzo specialistico in Diritto e Procedura penale

XXX Ciclo

Esame finale: 8 marzo 2019

COMMISSIONE ESAMINATRICE

Prof. Elio Belfiore, Università di Foggia

Prof. Antonio Vallini, Università di Pisa

Prof.ssa Ilaria Merenda, Università Roma Tre

*A Bianca,
mia moglie.*

INDICE

ABSTRACT	pag. III
----------------	----------

INTRODUZIONE

L'onnipresenza ambigua della sussidiarietà	pag. 1
--	--------

CAPITOLO 1

Origini storiche del principio di sussidiarietà penale

1. Analisi storica della sussidiarietà penale	pag. 7
1.1 Premessa	“ 7
1.2 Le origini della sussidiarietà penale	“ 9
1.3 La rifondazione illuministica: la sussidiarietà penale “moderna”	“ 16
2. Un vicino ingombrante: la formula <i>minima non curat praetor</i>	“ 26
2.1 La regola dei <i>minima</i> nel diritto romano.....	“ 27
2.2 Gli sviluppi moderni e contemporanei della regola: la “nascita” della formula <i>minima non curat praetor</i>	“ 31
2.3 Conclusioni: i rapporti tra sussidiarietà e regola dei <i>minima</i>	“ 35
3. Una prima conclusione	“ 40

CAPITOLO 2

La costruzione dogmatica del principio di sussidiarietà

1. La sussidiarietà nella penalistica moderna: una ricognizione	pag. 43
1.1 Le coordinate ideologiche dell’idea di sussidiarietà nel diritto penale.....	“ 43
1.2 Le diverse nozioni di <i>extrema ratio</i> : le molteplici strade dell’indagine	“ 47
1.3 [<i>segue</i>]... e le molteplici nozioni fornite in dottrina.....	“ 50
2. Ripensare la sussidiarietà: <i>pars destruens</i>	“ 53
2.1 La prospettiva pan-penalistica ed i totem della sussidiarietà.....	“ 53
2.2 La crisi del sistema penale come problema per lo studio della sussidiarietà penale	“ 54
2.3 I principi di offensività e sussidiarietà come fattori positivi di costruzione del sistema sanzionatorio penale	“ 59
2.4 La “contaminazione dogmatica” penale del diritto amministrativo.....	“ 64
3. Ripensare la sussidiarietà: la definizione del modello teorico	“ 67
3.1 Una breve analisi logico-semantica: la sussidiarietà ed i suoi “concetti prossimi”	“ 67
3.2 La definizione del principio penalistico di sussidiarietà.....	“ 69
3.3 Alle fondamenta della sussidiarietà: la tenuta dell’ <i>argumentum libertatis</i>	“ 73
3.4 I due postulati della sussidiarietà: la pluralità di tipi di illecito.....	“ 75
3.5 [<i>segue</i>] ... e un obiettivo di politica criminale	“ 83

CAPITOLO 3
Le funzioni delle sanzioni

1. Premessa: il metodo e i limiti dell'analisi	pag.	87
2. La nozione di sanzione giuridica	“	91
2.1 Della sanzione giuridica in generale	“	91
2.2 Della sanzione “in senso stretto”	“	96
3. Le funzioni della sanzione amministrativa	“	99
3.1 Evoluzione storico-normativa della sanzione amministrativa: una storia di depenalizzazione	“	99
3.2 Lo statuto normativo della sanzione amministrativa depenalizzata.....	“	105
3.3 [segue] ...ed il suo volto costituzionale italiano e sovranazionale	“	109
3.4 Sanzioni (in senso proprio) “propriamente” amministrative? Il caso della disciplina <i>antitrust</i>	“	118
4. Le funzioni della pena.....	“	128
4.1 I “momenti” della pena, i vincoli costituzionali e le diverse tipologie di teorie giustificanti	“	128
4.2 Le funzioni della pena: classificazioni preliminari. La retribuzione.....	“	131
4.3. Le teorie relative: la prevenzione generale.....	“	137
4.4. [segue]... e la prevenzione speciale	“	142
5. Conclusioni.....	“	147
CONCLUSIONI.		
In morte del principio di sussidiarietà esterna?	pag.	149
BIBLIOGRAFIA.....	pag.	165
RINGRAZIAMENTI	pag.	191

ABSTRACT

Questa tesi fornisce una ricostruzione storica e dogmatica del principio di sussidiarietà (o di *extrema ratio*), saggiandone le potenzialità applicative nel quadro normativo vigente.

Dopo una breve introduzione sulla frequenza e l'ambiguità dei riferimenti all'*extrema ratio* presenti in letteratura, il primo Capitolo indaga le origini storiche del principio e lo distingue dal contiguo ma diverso principio riassunto nella formula *de minima non curat praetor*. L'analisi rivela come la sussidiarietà affondi le proprie radici nel pensiero giusrazionalista del Seicento, ma giunga a compiutezza soltanto con l'Illuminismo penalistico, che definisce le moderne coordinate ideologiche del principio.

Il secondo Capitolo, dedicato allo studio della sussidiarietà sul piano dogmatico, inizia con una ricognizione delle diverse concezioni del principio elaborate dalla dottrina. L'analisi mette poi in luce l'approccio pan-penalistico che da sempre caratterizza lo studio dell'*extrema ratio* ed i problemi che ne derivano, evidenziando la duplice valenza, interna ed esterna, del principio. Il Capitolo offre quindi una definizione del principio di sussidiarietà c.d. "esterna", che presiede alla scelta tra sanzioni penali ed extra-penali a livello normativo.

Nel terzo Capitolo l'indagine si sofferma sul tema delle funzioni delle misure sanzionatorie. Dopo aver delimitato il perimetro dell'analisi al concetto di sanzione "in senso stretto", lo studio affronta l'evoluzione delle sanzioni amministrative, illustrandone la funzione nel quadro normativo vigente, ed evidenzia le peculiarità delle misure sanzionatorie in materia *antitrust*. Il Capitolo si chiude con lo studio delle funzioni della pena.

Il Capitolo conclusivo denuncia la sostanziale scomparsa del principio di sussidiarietà esterna, offrendo proposte per una sua rivitalizzazione in prospettiva *de iure condendo*.

INTRODUZIONE

L'onnipresenza ambigua della sussidiarietà

«Come sempre nelle difficoltà semantiche,
la risposta può solo essere arbitraria».

Erich Fromm¹

Chi intenda affrontare lo studio del principio di sussidiarietà si accorge presto di una cosa. Nello scorrere gli – invero, non numerosi – contributi dottrinali specificamente dedicati al tema, si imbatte di continuo in una stessa frase: «Nessuno dubita in dottrina e in giurisprudenza che al diritto penale corrisponda un carattere di *extrema ratio*. L'unanimità con cui tale dato viene presentato nasconde, però, la complessità del principio e la fondamentale questione se quest'ultimo abbia validità in senso proprio e in che misura venga utilizzato»².

Di *extrema ratio* – o sussidiarietà³ – parlano infatti (quasi) tutti: non vi è saggio di diritto penale che non faccia cenno, anche solo in modo cursorio, alla natura sussidiaria della pena, al carattere frammentario del diritto penale, al principio di necessità della sanzione, all'*idea* di *extrema ratio*. Nondimeno, la varietà dei contesti nei quali tali espressioni sono utilizzate e la pluralità di significati che sono loro attribuite testimoniano, più che altro, l'estrema

¹ FROMM, *L'arte di amare. È possibile l'amore nella civiltà repressiva?*, Milano, 1978, 33.

² NIGGLI, *Ultima Ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannten "subsidiären oder sekundären Natur" des Strafrechts*, in *SZS*, 1993, 236; con parole quasi identiche YOON, *Strafrecht als ultima ratio und Bestrafung von Unternehmen*, Frankfurt am Main *et alt.*, 2001, 22, nonché JAHN, BRODOWSKI, *Das Ultima Ratio-Prinzip als strafverfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftatbeständen*, *ZSTW*, II, 2017, 366. Parla di «luogo comune» ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Chiarella-Sassari, 1980, 78. Su tale punto, cfr., *ex multis*, FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfofi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000, 151; DEMURO, *Ultima ratio. Alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in *RIDPP*, 2013, 1654; OUWERKERK, *Criminalisation as a Last Resort: a National Principle Under the Pressure of Europeanisation?*, in *New Journal of European Criminal Law*, III-IV, 228; MINKKINEN, *'If Taken in Earnest': Criminal Law Doctrine and the Last Resort*, in *The Howard Journal*, 2006, V, 521; MELANDER, *Ultima Ratio in European Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, 2013, I, 45.

³ Sull'identità dei termini sul piano semantico e concettuale cfr. *infra*.

ambiguità di tali richiami⁴. Al netto di qualche «formuletta pigra»⁵, il principio è affidato alla precomprensione del lettore e, le rare volte in cui qualche Autore si arrischia a definirne il contenuto, le soluzioni offerte sono emblematicamente divergenti: l'*extrema ratio*, più che un riferimento univoco, diventa un «concetto ombra»⁶, privo di un significato condiviso e pressoché incapace di funzione selettiva.

Invero, ad un primo sguardo, le formulazioni più ricorrenti non sembrano poi divergere di tanto. Il principio di sussidiarietà esprime l'istanza verso un «utilizzo parsimonioso delle fattispecie incriminatrici»⁷: esso «circo-scrive la funzione del diritto penale nei limiti della *stretta necessità*»⁸, spingendo per la determinazione della «pena minima necessaria in sede *legislativa e giurisdizionale*», ai fini del più generale «obiettivo di *mitigazione e minimizzazione* delle pene all'insegna di un'etica razionale di tipo utilitaristico»⁹.

Più «precisamente», la sussidiarietà postula che «la massima restrizione della libertà personale, qual è quella che si opera in via *effettiva o potenziale* tramite la sanzione penale, non può essere posta in essere se non come *extrema ratio*»¹⁰; e cioè «che la pena, l'arma più forte a disposizione dell'ordinamento e quella che più pesa sui diritti fondamentali della persona, rappresenti solo la *misura estrema di controllo sociale*»¹¹. Il diritto penale deve perciò «essere impiegato soltanto laddove sia assolutamente *necessario* per la tutela di quei beni giuridici

⁴ Come insegna DONINI, «che ciò non sia se non episodicamente contestato, attesta che si tratta di un assunto il quale, per quanto importante, è poco esplicativo: il vero *punctum dolens*, oggi, risiede altrove» (in *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 117, 118).

⁵ Celebre espressione di BELLAVISTA (*Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della pena*, Milano, 1939, 99), richiamata da BRICOLA, *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale (natura e profili costituzionali)*, in *Scritti di diritto penale* (a cura di CANESTRARI, MELCHIONDA), Milano, I, 468.

⁶ Locuzione di MANES (riferita al concetto di bene giuridico) in *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005, 12.

⁷ AMARELLI, *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 168.

⁸ FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2007, 6.

⁹ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2008, 392 e 408.

¹⁰ BRICOLA, *Teoria generale del reato (voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XIV, Torino, 1973, 7.

¹¹ DEMURO, *Ultima ratio* cit. 1656.

che sono indispensabili per la vita degli uomini in comunità con gli altri e che non possono essere efficacemente protetti se non attraverso il diritto penale»¹². Insomma, «il diritto penale dovrebbe arrivare davvero per ultimo [...], esigendosi in ogni caso l'applicazione della *specie* (o della *durata*) di pena meno afflittiva, quando appaia *adeguata* al raggiungimento degli scopi perseguiti dall'incriminazione»¹³.

In quest'ottica, il criterio di sussidiarietà implica innanzitutto «un raffronto tra la sanzione penale e quella amministrativa condotto secondo la rispettiva *efficacia a garantire l'osservanza*»¹⁴, potendo la pena intervenire «quando altri rami dell'ordinamento promettono (o abbiano già dimostrato [...]) di non offrire adeguata tutela»¹⁵. In seconda battuta, la «logica di *extrema ratio* e sussidiarietà»¹⁶ penetra all'interno del tessuto normativo penale, esigendo che il principio sia «preso in considerazione anche all'interno di una scelta di criminalizzazione [...]: una volta intrapresa questa strada, bisogna controllare secondo criteri di *stretta necessità* e legalità anche le *forme* e la *misura* dell'intervento penale»¹⁷.

All'interno del perimetro penalistico, l'*extrema ratio* si muove lungo due distinte direttrici.

Da un lato, il carattere sussidiario del diritto penale esige una rigorosa selezione delle condotte punibili, da limitarsi in *astratto*¹⁸ agli «*unerträgliche*

¹² DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in RIDPP, 1984, 609. Qui l'Autore riprende alla lettera un passo del noto saggio di KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Fest. Henkel*, Berlin-New York, 1974, 102.

¹³ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 9 e 149.

¹⁴ PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Ind. Pen.*, 129.

¹⁵ ROMANO, *Commentario sistematico al Codice penale*, Milano, 2004, 23.

¹⁶ DONINI, *Il volto attuale* cit. 178.

¹⁷ MOCCIA, *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in ID. (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, 135.

¹⁸ «Illeciti di minima rilevanza etico-sociale, individuati come tali già in astratto dal legislatore, o ritagliati in concreto, dalla fenomenologia criminologica, all'interno di "più gravi" figure di reato»: PALIERO, *Minima non curat praetor, Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova,

*Beispiele sozialschädlichen Verhaltens*¹⁹ (vaglio di meritevolezza: *Strafwürdigkeit*) e in concreto ai soli episodi criminosi che, per le circostanze del fatto e il grado di colpevolezza dell'agente, appaiano bisognose di sanzione penale (vaglio di necessità: *Strafbedürfnis*)²⁰. In tal modo l'*extrema ratio* milita per l'espunzione dal perimetro penalistico della criminalità bagatellare, degli illeciti cioè di scarsa o nessuna dannosità sociale, in attuazione del principio di esiguità.

Sempre all'interno del perimetro penalistico ma da un altro versante, l'*extrema ratio* impone di non eccedere i limiti della stretta necessità *nella punizione*, richiamando la misura della pena al canone di proporzionalità rispetto al fatto punito e rispetto alle finalità che si intendono raggiungere con la punizione. La sussidiarietà assurge così a «criterio di orientamento gerarchico e commisurativo tra le finalità della pena, unitamente al raccordo fra tipologia del fatto e realtà criminologica dell'autore»²¹. Essa assicura cioè che «la – comunque costosa – opzione penale riveli chances razionalmente accettabili (tali cioè da compensare i costi) ed empiricamente verificabili di raggiungere lo scopo di tutela della collettività»²².

In definitiva – e in conclusione – il principio di sussidiarietà informa l'intero sistema penalistico, restituendo al diritto penale il proprio *carattere*

1985. Rinviamo in questa sede alla distinzione tra bagatelle *proprie* ed *improprie*, proposta dall'Autore e consolidatasi in dottrina.

¹⁹ «Esempi intollerabili di condotta socialmente dannosa», celebre espressione di BINDING (in *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil, I*, 2^a ed., Leipzig, 1902, 20), ripresa da MAYER (in *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, 54) e da KAUFMANN (in *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht* cit. 103).

²⁰ Sulle nozioni di meritevolezza e necessità di pena (*Strafwürdigkeit* e *Strafbedürfnis*) torneremo più avanti. Sul punto, nell'ambito del dibattito dottrinale tedesco, si veda in particolare, OTTO, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?*, in *Gedächtnisschriften für Horst Schröder* (a cura di STREE, SCHRÖDER), München, 1978; in lingua italiana, cfr. ROMANO, «Meritevolezza di pena» e «bisogno di pena» e teoria del reato, in RIDPP, 1992, I, 39.

²¹ DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 386. Sul punto, in chiave euro-unitaria, cfr. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 2012, 114.

²² PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in RIDPP, 1990, 159 e 162. In senso simile, sia pure in una prospettiva marcatamente sociologica (su cui si veda *infra*) cfr. BARATTA, *Principi del diritto penale minimo. Per una teoria dei diritti umani come oggetti e limiti della legge penale, Dei delitti e delle pene*, 1985, 443.

*frammentario*²³, quest'ultimo vero «principio ispiratore della riduzione penalistica, [...] formula comprensiva dei principi e delle garanzie fondamentali del diritto penale stesso»²⁴.

Questa rapida carrellata²⁵ sembra restituire un quadro familiare: riduzione della penalità per mezzo del confronto della pena con sanzioni extra-penalistiche e del vaglio di necessità interno alla scelta di penalizzazione. Una formulazione, questa, che appartiene al bagaglio conoscitivo del moderno penalista, tanto da essere affidata il più delle volte alla “naturale” comprensione di quest'ultimo.

Non appena però si avvicini la lente al foglio, ci si accorge che il significato dei passaggi nodali di tale formula sfugge e che le varie definizioni del principio poggiano su fondamenta diverse. Ci si accorge soprattutto che le modalità applicative dell'*extrema ratio* sono tutt'altro che approfondite dalla dottrina e che, dunque, la questione di come il principio si traduca nella pratica – legislativa? giudiziaria? in entrambe? – rimane largamente inevasa. Ci si accorge infine che, mentre uno sterminato numero di contributi *parla* di sussidiarietà, un numero sorprendentemente ristretto di essi (soprattutto nella letteratura italiana) approfondisce i contenuti del principio. Insomma – ecco il *topos* accennato in apertura – dietro una coerenza apparente si celano l'ambiguità e la sostanziale incompiutezza del principio di *extrema ratio*.

Proviamo dunque a mettere un po' di ordine.

²³ Su cui si veda, per tutti, il celebre contributo di MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag* (SCHRODER a cura di), 1972, 9. Va dato atto che la dottrina tedesca sembra attribuire a tale carattere una più pregnante rispetto a quella italiana; per un cenno alla concezione della frammentarietà in prospettiva italiana cfr. BETTIOL., *L'odierno problema del bene giuridico*, in *RIDPP*, 1959, 705.

²⁴ PALIERO, *Minima non curat praetor* cit. 159 e 162.

²⁵ Parziale (e per alcuni versi arbitraria), ma funzionale a rendere conto, da un lato, del significato attribuito in via generale all'*extrema ratio* penalistica e, dall'altro lato, delle fondamentali differenze che costellano le definizioni dottrinali. Sul principio di sussidiarietà penalistica, oltre ai contributi già citati e senza alcuna pretesa di esaustività, cfr. BRICOLA *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela* (a cura di DE ACUTIS e PALOMBARINI) Padova, 1984, 3-84

CAPITOLO 1

Origini storiche del principio di sussidiarietà penale

«The rational study of law is still to a large extent the study of history. History must be a part of the study, because without it we cannot know the precise scope of rules which it is our business to know. It is a part of the rational study, because it is the first step toward an enlightened scepticism, that is, towards a deliberate reconsideration of the worth of those rules»¹.

SOMMARIO: 1. Analisi storica della sussidiarietà penale. 1.1 Premessa. – 1.2 Le origini della sussidiarietà penale. – 1.3 La rifondazione illuministica: la sussidiarietà penale “moderna”. – 2. Un vicino ingombrante: la formula *minima non curat praetor*. – 2.1 La regola dei *minima* nel diritto romano – 2.2 Gli sviluppi moderni e contemporanei della regola: la “nascita” della formula *minima non curat praetor* – 2.3 Conclusioni: i rapporti tra sussidiarietà e regola dei *minima*. – 3. Una prima conclusione.

1. Analisi storica della sussidiarietà penale

1.1 *Premessa*. – L’analisi del principio di sussidiarietà ci sembra debba cominciare con l’indagine della sua genesi ed evoluzione storica. Pochi temi della penalistica contemporanea hanno, infatti, radici tanto profonde e caratterizzanti come quello dell’*extrema ratio*.

Se ciò è vero, è ancor più singolare constatare quanto poco l’origine storica dell’*extrema ratio* sia stata studiata in letteratura. Invero, indagini storiografiche non mancano. Mancano però – ci sembra – di centrare l’obiettivo avuto di mira. L’analisi storiografica offerta dalla dottrina, infatti, si sofferma in modo quasi esclusivo sulla genesi della c.d. «nomorrea penale», ossia del moltiplicarsi delle fattispecie punitive nei sistemi giuridici occidentali; trascura invece in larghissima parte quella della sussidiarietà quale principio

¹ WENDELL HOLMES JR., *The path of the law*, in *Harvard Law Review*, 1897, X, 457.

normativo². La dottrina sposta, cioè, il fuoco dell'analisi (anche) storica dal *principio giuridico* al *problema pratico*, confermando come la sussidiarietà sia invariabilmente studiata dal solo angolo di visuale della *overcriminalization*.

Alla base di questa impostazione vi è una comprensibile esigenza di carattere dogmatico, se è vero che «la costruzione di un concetto giuridico procede sempre, per necessità dialettica, dalla sua negazione»³: l'ipertrofia del sistema penale costituisce, anche storicamente, “l'antagonista perfetto” dell'idea di sussidiarietà ed è da questa che la dottrina procede nel costruire il principio. Nondimeno, l'adozione di uno specifico punto di vista condiziona e modella l'oggetto dell'osservazione⁴. Limitandoci per il momento allo studio storiografico, l'analisi dell'*extrema ratio* dal solo angolo visuale della *overcriminalization* costruisce una narrazione storica unilaterale e distorsiva: se sussidiarietà e nomorrea penale hanno condiviso larga parte del proprio cammino storico, esse hanno percorso autonomamente ampi tratti della storia giuridica europea e vanno perciò studiate separatamente. La traiettoria storica della *overcriminalisation* è già stata approfondita in letteratura e ad essa si rinvia. La traiettoria storica della sussidiarietà penale⁵ sarà oggetto di studio in questo capitolo.

² Si tratta di un dato costante anche nella dottrina più autorevole. Cfr., su tutti, PALIERO, *Minima non curat praetor, Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985; così anche DIMATTEO, *Il diritto penale tra principio di extrema ratio e realtà di overcriminalization* (tesi di dottorato), Trento, 2011. In senso parzialmente dissimile DEMURO, *Ultima ratio. Alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in RIDPP, 2013, 1654; nonché, in lingua tedesca, MAIWALD, *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in SCHRODER et al. (a cura di) *Festschrift für Reinhard Maurach zum 70. Geburtstag*, 1972, 9.

³ QUAGLIONI, *La sovranità*, Roma-Bari, 2004, 33 (le riflessioni proposte in questo capitolo sono profondamente debitrice di tale contributo).

⁴ Pur nella diversità dei contesti, il concetto è espresso e illustrato con impareggiabile efficacia da John Berger, nella celeberrima serie «*Ways of seeing*», prodotta dalla BBC nel 1972, sul modo di vedere l'arte: «perspective makes reality the centre of the visible world. But the human eye can only be in one place at the time: it takes its visible world with it as it walks».

⁵ Le peculiarità del giure punitivo e la specialità dei principi che lo informano suggeriscono di limitare l'analisi all'ambito penalistico, senza avventurarsi in un raffronto tra l'*extrema ratio* penale e la concezione fatta propria dalla dottrina costituzionalistica e comunitaria, indagine quest'ultima che supererebbe di gran lunga le ambizioni e le forze di chi scrive queste pagine.

1.2 *Le origini della sussidiarietà penale.* – Per concorde opinione dottrinale⁶, il concetto di sussidiarietà affonda le proprie radici in un periodo compreso tra il tardo ‘500 e la fine del ‘700, al momento cioè della formazione e maturazione del c.d. “Stato moderno”⁷. Tale interpretazione postula che l’idea di *extrema ratio* si sviluppi agli albori dell’Età moderna, in parallelo alla formazione della moderna concezione di sovranità statale, quasi costituisca un riflesso del condensarsi attorno alla corte regia di un apparato pubblicistico compiuto. Questa impostazione, di per sé non scorretta, va precisata. Innanzitutto, essa tradisce un pregiudizio storico-politico⁸, che fatalmente retrodata concezioni moderne del principio. In secondo luogo, la forbice temporale in cui è collocata la formazione dell’*extrema ratio* è troppo ampia, poiché comprende momenti storici diversi e movimenti giusfilosofici tra loro antitetici. È perciò necessario fornire coordinate più chiare.

In termini generalissimi, la sussidiarietà penale traduce un’istanza di controllo del potere attraverso il diritto: l’esigenza di limitare giuridicamente il potere di chi occupa la posizione sovrana e può così individuare (o produrre) la norma giuridica ed imporne il rispetto. Posto in questi termini, il tema è antico e precorre ampiamente la nascita dello Stato moderno.

⁶ Sulla storia del pensiero giuridico moderno cfr. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976; DANI - DI SIMONE - DIURNI - FIORAVANTI - SEMERARO, *Profilo di storia del diritto penale dal Medioevo alla Restaurazione*, Torino, 2012; SBRICCOLI, *Storia del diritto penale. Scritti editi ed inediti*, Milano, 2009; CATTANEO, *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990; ID. *Illuminismo e legislazione penale. Saggi sulla filosofia del diritto nella Germania del Settecento*, Milano 1993; COSTA, *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Torino, 1928.

⁷ Nozione, questa, in larga parte artificiale. Sul punto, cfr. SCHIERA, *Stato moderno* (voce), in BOBBIO-MATTEUCCI-PASQUINO (diretto da) *Dizionario di politica*, Torino 2004, 957.

⁸ Quello del «costituzionalismo moderno come *tecnica giuridica delle libertà* contro ogni concentrazione ed unificazione del potere [...] esito contrario al modello assolutista, rispetto al quale è costantemente inteso in termini antitetici»: QUAGLIONI, *La sovranità* cit. 84.

Del dibattito intorno ai limiti giuridici del potere si trova traccia nella filosofia greca⁹ così come nella compilazione giustiniana¹⁰, ed esso è ben vivo nel pensiero giuridico medievale. In particolare, nell'Età intermedia il giuridico assume una connotazione peculiare: la norma ha per i giuristi medievali una dimensione *ontica*, poiché appartiene alla natura delle cose, la quale a sua volta riflette l'Ordine voluto da Dio¹¹. La norma è *scoperta* dal giurista, non già prodotta dal sovrano: il diritto non è espressione della volontà normatrice di un'autorità di vertice, ma il prodotto di un processo di *interpretazione*, in una linea di sostanziale continuità tra dimensione teologica, filosofica e giuridica. In questo contesto, la funzione più alta, emblema stesso della regalità, non è quella di produrre la norma bensì di individuarla in ultima istanza, *rendendo giustizia* al proprio popolo¹². Tale potere è al contempo condizionato, poiché soggetto ai vincoli dell'Ordine divino, ma slegato da vincoli giuridici positivi¹³.

Nel crepuscolo dell'Età intermedia, il potere del sovrano quale supremo giustiziere acquista spazi di autonomia: al Principe è dato il potere di *extravager*, di esorbitare cioè dagli statuti e dalle leggi ordinarie, derogandovi o

⁹ Si pensi all'invettiva di PLATONE nelle *Leggi* contro le forme degenerate di democrazia, ripresa da ARISTOTELE: «Negli Stati democratici infatti, in cui è sovrana la legge, non vi sono demagoghi, e alle più alte cariche stanno i migliori fra i cittadini: dove invece le leggi non sono sovrane, ivi sorgono i demagoghi. [...] Un popolo di tal sorta, in quanto signore assoluto, cerca di esercitare la signoria perché non è governato dalla legge, e diventa dispotico, sicché sono tenuti in onore gli adulatori: una simile democrazia corrisponde a ciò che fra le monarchie è la tirannide» (ARISTOTELE, *Politica*, Libro 4).

¹⁰ Nel paradigma romanistico il *princeps* è «*legibus solutus*» (D. 1.3.31) ma per sua volontà anche «*legibus alligatus*» (costituzione «*Digna vox*» di Valentiniano III: C. 1.14.4), ossia sottomesso alle leggi, «in una volontaria soggezione del detentore del potere politico a una ragione superiore, a causa della subordinazione al diritto della sua stessa *actoritas*» (QUAGLIONI, *La sovranità* cit., 27.) Sulla costituzione *Digna vox*, cfr. QUAGLIONI, *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 2007/2008, 53.

¹¹ «*Natura, id est Deus*» si legge nella Glossa di Accursio.

¹² Sul cambio di tale paradigma nel corso del Seicento, cfr. fra tutti GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2007, 30.

¹³ Nota MATTEUCCI che «il principio della limitazione del governo mercé il diritto era il carattere più antico e più autentico del costituzionalismo. [...] Nel Medioevo infatti troviamo non solo le più chiare apologie del governo limitato ma, in armonia a queste, la più esplicita rivendicazione del primato della funzione giudiziaria»; citando lo storico americano MCILWAIN, l'Autore aggiunge: «l'assolutismo politico è frutto dei tempi moderni; il Medioevo non voleva saperne» (cfr. *Costituzionalismo* (voce), in BOBBIO-MATTEUCCI-PASQUINO (diretto da) *Dizionario di politica*, Padova, 1983, 207).

abrogandole, ed agire così al di fuori della previgente tradizione normativa. Di più: rompendo con tale tradizione, la quale trova nell'Ordine universale il suo riflesso e la sua legittimazione, la deroga del sovrano si estende alle norme morali, in ragione delle sopravvenute esigenze del governo: il Principe non è più custode ed interprete di un ordine a lui antecedente, bensì creatore e gestore di un ordine nuovo¹⁴.

Con i rivolgimenti istituzionali del primo '500, la tensione tra potere supremo e potere assoluto – tra *potestas ordinaria et ordinata* e *potestas plena et absoluta* – si sclerotizza: da un lato, cade definitivamente la concezione universalistica della *respublica christiana* e si rompe il monismo etico-religioso dell'Europa continentale, favorendo la creazione di organismi statuali a carattere locale; dall'altro lato, il primato dello spirituale sul politico, proclamata dal Papa per ribadire il proprio primato, finisce per legittimare lo spazio di autonomia del potere temporale, sempre più emancipato dal potere religioso¹⁵. Ed è nell'erompere della dimensione politica, «non più contenibile nei recinti della giurisprudenza tradizionale»¹⁶, che va individuato il germe del processo di assolutizzazione che troverà al propria piena affermazione nel Seicento¹⁷.

¹⁴ «Osservato da una prospettiva di lungo periodo, il passaggio che si attua è quello dal principe che è “giudice” perché è giusto e perché rappresenta la giustizia divina, al principe che è “giudice” perché organizza materialmente l'amministrazione della giustizia, la colloca all'interno dell'amministrazione complessiva della società, ne definisce i criteri e i principi ispiratori, ne controlla direttamente gli esecutori»: FRIGO, *Principe, giudici, giustizia: mutamenti dottrinali e vicende istituzionali fra Sei e Settecento*, in BERLINGUER-COLAO (a cura di), *Illuminismo e dottrine penali*, Milano, 1990, 5.

¹⁵ La convergenza di questi elementi nel dare forma allo “Stato moderno” è efficacemente descritta da SCHIERA, in *Stato moderno* cit. 957. Sull'incidenza della riforma protestante sull'assetto istituzionale e giuridico dell'Europa, è d'obbligo il riferimento a BERMAN, *Diritto e rivoluzione. Il L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Bologna 2010 (p. 111, 112: «L'avvento del moderno sistema degli stati sovrani europei, considerati tutti uguali dal punto di vista giuridico, e del moderno sistema del diritto internazionale, basato sulla volontà consensuale degli Stati, è datato solitamente a partire dalla Pace di Vestfalia del 1648, ma le sue fondamenta furono poste nella Pace di Augusta del 1555, che di fatto stabilì nell'Impero tedesco il principio di sovranità, facendo del principe il monarca, *la fonte suprema del diritto, tanto secolare quanto ecclesiastico, nel suo principato, nel suo regno*»)

¹⁶ QUAGLIONI, *La sovranità* cit., 37.

¹⁷ Cfr. SCHIERA, *Assolutismo* (voce), in BOBBIO-MATTEUCCI-PASQUINO (diretto da) *Dizionario di politica*, Torino 2004, 45.

Teorico del “nuovo” ordine, a cavallo tra Cinque e Seicento, è Bodin, padre dell’assolutismo moderno. Nella *République* bodiniana quel potere di deroga alle leggi civili, già lumeggiato nel tardo Quattrocento, diventa la nota essenziale del potere sovrano: il Principe può creare il diritto, definire egli stesso la norma ed esigerne il rispetto. Egli è unico creatore e interprete delle leggi civili, le quali coincidono con la sua volizione. Eppure – aspetto cruciale per il nostro studio – nemmeno in Bodin una simile potestà resta del tutto priva di condizionamenti normativi: sacre ed inviolabili rimangono le norme divine e naturali, non potendo il potere assoluto «estendersi fino ad attentare alle leggi di Dio»¹⁸. Detto limite di ordine teologico-filosofico resta però sullo sfondo e consente a Bodin ritagliare in via definitiva uno spazio giuridicamente incondizionato al potere di comando, prospettiva ancora teorica ma che consente al Principe di rivendicare una potestà per la prima volta *assoluta* sulla terra.

Mutando la dimensione e le funzioni del potere sovrano mutano *par consequent* le condizioni di chi a questo potere è soggetto. Il singolo, uscito dal (*recte*, privato del) reticolo di relazioni familiari e sociali che costituiva la trama della società medievale, si confronta per la prima volta con il potere di vertice in modo diretto, senza cioè la mediazione di quei corpi intermedi da cui quello stesso potere irradiava. Il singolo non è più, cioè, espressione di una comunità che partecipa del potere, bensì membro della Comunità *sottoposta* al potere, individuo dinanzi al sovrano, *suddito* del nuovo ordine.

¹⁸ «Quanto però alle leggi naturali e divine, tutti i principi della terra vi sono soggetti, né è in loro potere trasgredirle, se non vogliono rendersi colpevoli di lesa maestà divina. [...] Il potere assoluto dei principi e delle signorie sovrane non si estende in alcun modo alle leggi di Dio ed alle leggi di natura»: BODIN, *I sei libri dello Stato* (a cura di I. PARENTE), I, Torino, 1988, 360-62.

Queste le due direttrici dell'evoluzione del potere agli albori dello Stato moderno: la laicizzazione e conseguente assolutizzazione del potere sovrano, da un lato; l'emersione della dimensione individuale della persona sottoposta al potere, dall'altro¹⁹. E la solitudine del singolo dinanzi al sovrano costituisce la premessa di una nuova concezione dei limiti giuridici al potere: una concezione che giustifica e fonda il potere *terreno* nei confronti del *singolo*, non già nei confronti della (o delle) comunità.

Con il fiorire del giusnaturalismo Seicentesco e della teoria contrattualistica, di cui il primo è “nuovo” portatore²⁰, la discussione circa i limiti del potere cambia sintassi: quella che in epoca medievale è vissuta come l'impossibilità etico-religiosa per il potere sovrano di valicare i limiti imposti dalla legge di Dio diventa un limite razionale, limite laico e di ragione²¹. Muta di conseguenza il congegno giuridico in forza del quale il potere sovrano trova fondamento e limiti: persa la propria dimensione teologica, il limite giuridico del potere muove verso coordinate individualistiche ed assume una forma squisitamente privatistica, quella del contratto sociale.

Il fiorire delle teorie contrattualistiche della Scuola moderna del Giusnaturalismo segna il definitivo passaggio ad una fondazione razionalistica

¹⁹ Sul rapporto tra individualismo e dignità umana cfr. CATTANEO, *Il concetto di persona*, in *Pena, diritto e dignità umana* cit., 275.

²⁰ Sulle diverse formulazioni storiche del Giusnaturalismo e sul rapporto tra queste e la teoria contrattualista, cfr. FASSÒ, *Giusnaturalismo*, BOBBIO-MATTEUCCI-PASQUINO (diretto da) *Dizionario di politica*, Torino 2004, 390. Contrappone Giusnaturalismo e Contrattualismo come due antitetiche correnti del pensiero giuridico moderno europeo SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Firenze, 1974, 36. Più ampiamente su questi temi, cfr. BOBBIO, *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Bari, 2011; ID., *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto* (raccolte da MORRA), Torino, 1996.

²¹ Quanto questo passaggio riveli un cambio di paradigma culturale è sottolineato da MATTEUCCI (*Contrattualismo*, BOBBIO-MATTEUCCI-PASQUINO (diretto da) *Dizionario di politica*, Torino 2004, 176), il quale tra «le condizioni per l'affermarsi nella storia del pensiero politico di teorie contrattualiste» menziona «una cultura politica secolare, e cioè disposta a discutere razionalmente sull'origine e sui fini del governo, e che no lo accetti passivamente perché è un dato della traduzione o perché è di origine divina».

e individualistica del potere mondano²². Ed apre la via ad un concetto cardine nella teoria della sussidiarietà, quello di *necessità*: la formazione di una struttura accentrata di potere e l'esercizio monopolistico di quest'ultimo da parte del Sovrano sono *legittimi* nella misura in cui sono *necessari*²³ al superamento del conflitto che caratterizza lo stato di natura ed al raggiungimento della pace interna ed esterna del Paese, obiettivi "nuovi" del "nuovo" Stato²⁴. La limitazione della libertà individuale, contrassegno dello stato di natura, deve nello stato di società essere giustificata razionalmente, in modo tale da comprovarne la *necessità*. Secondo una «concezione individualistica e privatistica dello Stato, che nasce *dal* diritto privato e *per* utilità private»²⁵, il potere può – *recte*, deve – essere esercitato solo quando necessario agli obiettivi che lo Stato moderno si è posto. Questo vale in particolare per il diritto penale, espressione più tangibile e forte del potere pubblico.

È secondo queste coordinate che va letta la prima compiuta formulazione del principio penalistico di *extrema ratio*, elaborata da Grozio nella prima metà del diciassettesimo Secolo²⁶: si tratta del tentativo di legittimare il potere punitivo pubblico attraverso il riferimento al concetto di necessità rispetto ai fini dello Stato, con ciò fondandosi non già su premesse teologiche

²² «Diritti innati, stato di natura e contratto sociale, pur diversamente intesi dai vari scrittori, sono i concetti caratteristici del Giusnaturalismo moderno», FASSÒ, *Giusnaturalismo* cit. 392.

²³ Sul legame tra teorie contrattualistiche e legittimazione del potere pubblico, necessità avvertita per la prima volta in modo urgente dal contrattualismo classico, cfr. MATTEUCCI, *Contrattualismo* cit. 176.

²⁴ Così SCHIERA, in *Stato moderno* cit. 958; Cfr. anche MATTEUCCI, *Sovranità* (voce), in BOBBIO-MATTEUCCI-PASQUINO (diretto da) *Dizionario di politica*, Torino 2004, 909.

²⁵ MATTEUCCI, *Contrattualismo* cit., 176 (corsivi nostri).

²⁶ «*Qui delinquit in eo statu est ut puniri licite possit: sed non ideo sequitur debere eam exigi: quia hoc pendet ex connexionione finium, ob quos poena instituta est, cum ipsa poena. Quare si fines poenae propositi alia via obtinere possint, iam apparet, nihil esse quod ad poenam erigenda praecise obliget*» (GROZIO, *De jure belli ac pacis libri tres*, 1625, Lib. 2, Cap. XX, Tit. XX, n. 10). Su questo passo cfr. MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 114; DIMATTEO, *Il diritto penale* cit. 4.

bensi su basi formali ed utilitaristiche²⁷. Basi che saranno elevate a sistema da Thomas Hobbes, il quale accentuerà ancor di più il fondamento utilitaristico del potere sovrano e dunque l'artificialità di quest'ultimo²⁸: nel sistema hobbesiano il potere pubblico (e con esso il potere punitivo) deve, per legittimarsi e perpetuarsi, essere privo dei limiti giuridici che fino ad allora lo avevano contraddistinto²⁹. Questa dualità – ossia, da un lato, la necessità di legittimare razionalmente l'esistenza del potere sovrano e, dall'altro, la confliggente esigenza di postularne il carattere assoluto per poterne garantire l'effettività – sarà consegnata alla riflessione illuministica, a cui si deve la moderna declinazione del principio penalistico di *extrema ratio*. L'Illuminismo penale settecentesco imprimerà infatti una svolta umanitaria alla riflessione circa i limiti del potere punitivo, avviando la discussione sul principio di sussidiarietà lungo binari “moderni”. La grammatica resta tuttavia quella elaborata dal contrattualismo classico: una legittimazione individualistica – e perciò razionalistica – del potere punitivo, fondata sull'idea di necessità rispetto ai fini fatti propri dallo Stato³⁰.

²⁷ «Grozio sembra propendere – ci sono tuttavia oscillazioni ed il suo è un pensiero tutt'altro che coerente – per una concezione oggettiva e razionale del diritto naturale, ormai indipendente da premesse teologiche»: BIROCCHI, *Esigenze sistematiche tra giusnaturalismo e positivismo*, in *Alla ricerca dell'ordine.. Fonti e cultura giuridica nell'Età moderna*, Torino, 2002, 171.

²⁸ «Il passo ulteriore compiuto nel pensiero politico hobbesiano è quello di un a radicale considerazione di ogni processo di potere in termini di artificialità» (QUAGLIONI, *La sovranità* cit. 77). Cenni sull'utilitarismo di Hobbes in DANI (et al), *Profilo di storia del diritto penale* cit. 54.

²⁹ Essere cioè «limitato soltanto dall'entità delle forze a sua disposizione e da null'altro», (HOBBS, *Elementi filosofici sul cittadino*, in *Opere Politiche* (a cura di BOBBIO), Torino, 1988, 186). Si legge ancora: «un accordo, ossia un'associazione contratta senza un qualche potere comune, che abbia modo di *reggere col timore delle pene i singoli individui*, non basta a raggiungere quella sicurezza che si richiede per ottemperare alle leggi naturali» (*ivi* 152). Come nota MATTEUCCI, Hobbes propone invero «un assolutismo che vuole differenziarsi nettamente dal dispotismo, nella misura in cui vede nei comandi dello Stato non l'espressione di una volontà capricciosa ed arbitraria, ma la conseguenza di una *logica necessaria in quanto razionale rispetto ai fini*, la quale agisce in funzione del bene dei singoli cittadini» (in *Contrattualismo* cit., 183). Sulla legittimità del potere in Hobbes, cfr. anche CUONO, *Assoluto ma non arbitrario? Potere legittimo e leggi di natura in Hobbes*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, I 2013, 3.

³⁰ La dottrina penalistica fa tradizionalmente menzione della formulazione groziana di sussidiarietà, dando al tempo stesso per scontato che la discussione “moderna” sui limiti del potere punitivo sia cominciata con l'Illuminismo penalistico. Per un esempio in questo senso, cfr. il noto passo di apertura di SPIRITO, *Storia del diritto penale italiano* (pag. 35).. Nei limiti in cui

1.3 *La rifondazione illuministica: la sussidiarietà penale “moderna”*. – Con il volgere del XVII Secolo, il dibattito circa i limiti del potere sanzionatorio pubblico intercettò un più ampio movimento di ripensamento della cultura europea e dell’ordine politico continentale, l’Illuminismo.

Aspetto caratterizzante dell’Illuminismo giuridico è consistito nell’aver guardato all’ordinamento normativo in chiave critica, ossia nell’ottica non già di legittimare o razionalizzare l’esigente, bensì di teorizzare – e costruire³¹ – una società fondata su valori nuovi ed un sistema giuridico che vi si confacesse: il ruolo del diritto nella cultura illuministica rivela infatti «l’emergere di una politica del diritto in senso proprio»³².

Al centro del pensiero (giuridico e) filosofico dei Lumi, valore fondante della riformanda società, si pone l’uomo, o più correttamente la *persona*³³. Sotto questo profilo, l’Illuminismo giuridico compie un passo ulteriore rispetto alla svolta individualistica già impressa dal pensiero giuridico seicentesco: esso supera l’idea che l’individuo costituisca il “mero” referente teorico per la costruzione dell’edificio normativo, elevandolo invece a *fine* stesso dell’ordinamento giuridico. Lo Stato e di conseguenza il complesso di norme che esso produce hanno infatti come obiettivo quello di garantire la persona

il fondamentale concetto di “necessità” predata ampiamente l’Illuminismo penalistico, questa impostazione non può essere adottata in materia di sussidiarietà: l’Illuminismo indirizza in senso umanitario e “moderno” una riflessione avviata da secoli. Sul ruolo fondazione dell’opera di Beccaria per il diritto penale moderno, cfr. MILETTI, *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in *Criminalia* 2013/2014, 179.

³¹ È noto che, rispetto al pensiero illuministico austriaco e prussiano, «l’Illuminismo giuridico francese appare da una parte più decisamente innovatore e sovvertitore, e dall’altra parte più incline alla teorizzazione astratta», sviluppandosi «piuttosto in senso utopistico che in senso pragmatico» (TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna* cit. 260).

³² BIROCCHI, *Illuminismo e diritto*, in *Alla ricerca dell’ordine* cit., 396.

³³ Sul punto, cfr. in particolare CATTANEO, *Il concetto di persona*, in *Pena, diritto e dignità umana* cit., 279; ID., *Le radici filosofiche del pensiero penale delle garanzie*, in MOCCIA (a cura di), *Diritti dell’uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, 35.

nella sua libertà e nelle sue proprietà³⁴ e si pongono, in questo modo, *a servizio* del cittadino. È evidente come, sotto questo profilo, l'Illuminismo riprenda un tema già sviluppato dal contrattualismo classico, ma ne modifichi le coordinate ideologiche: il potere pubblico non trova più solo il *limite* razionale della necessità di prevenire la conflittualità che domina lo Stato di natura, ma gli è imposto l'*obiettivo* di garantire e tutelare la libertà ed i beni del cittadino. Tale funzionalizzazione dello Stato in chiave di garanzia dei diritti dell'individuo e della sua persona definirà l'idea moderna di potere pubblico e perciò dei suoi limiti, con ciò legandosi inestricabilmente alla teorica dell'*extrema ratio*³⁵.

Tale rinnovate coordinate ideologiche portano ad un profondo ripensamento della tradizione contrattualista seicentesca. Superato il volontarismo di Helvétius e Pufendorf³⁶ (così come la concezione storicistica dello stato di natura), il contratto sociale diventa lo schema logico del coesistere sociale e mette in risalto la libertà del cittadino-contraente. Scompare così lo sdoppiamento del contratto sociale in «patto di associazione» e «patto di sottomissione»³⁷, quest'ultimo logicamente incompatibile con la premessa ideologica del pensiero illuministico, ossia il carattere libero della persona anche quando, calata nello stato sociale, ne diventi cittadino³⁸.

³⁴ Donde il carattere potenzialmente conservatore del pensiero illuministico, che darà fiato alle correnti del liberalismo nobiliare. La portata conservatrice del pensiero montesquiano è descritta lucidamente da TARELLO, in *Storia della cultura giuridica moderna* cit. 261.

³⁵ Sul punto, cfr. MATTEUCCI, *Costituzionalismo* cit. 211.

³⁶ Cfr. FERRARO, *Legislazione e felicità. Dall'utilitarismo di Helvétius a quello di Bentham*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, II, 315. Sul "volontarismo moderato" di Pufendorf, cfr. BIROCCHI, *Esigenze sistematiche tra giusnaturalismo e positivismo*, in *Alla ricerca dell'ordine* cit., 196.

³⁷ «Da un lato abbiamo il "patto di associazione" fra i diversi individui, che così passano dallo stato di natura allo stato sociale decidendo di vivere insieme; dall'altro abbiamo il "patto di sottomissione", il quale invece instaura il potere politico, al quale si promette di ubbidire. Il primo crea il diritto, il secondo instaura il monopolio della forza; col primo nasce il diritto privato, col secondo quello pubblico» (MATTEUCCI, *Contrattualismo* cit. 182)

³⁸ Il patto sociale di Rousseau «non prevedeva alcun contratto di sottomissione (né, ovviamente, il conseguente dovere di obbedienza), né riguardava parti con interessi contrastanti: se il popolo promettesse di obbedire si dissolverebbe come popolo, cioè come sovrano» (BIROCCHI, *Illuminismo e diritto*, in *Alla ricerca dell'ordine* cit., 439).

La libertà della persona all'interno dello Stato conduce ad una radicale riconsiderazione dell'idea del potere di vertice: grazie soprattutto all'influenza del pensiero rousseauiano, si afferma la concezione secondo cui sovrano è il corpo sociale, quale somma di uomini liberi³⁹, e non può esservi conflitto tra sovrano e sudditi, poiché essi sono la stessa cosa⁴⁰. L'identificazione (quantomeno teorica) tra autorità di vertice e corpo sociale sposta il baricentro dell'assetto istituzionale verso l'organo che di tale corpo sociale è espressione, il Parlamento. Una simile concezione avrebbe tardato due secoli per tradursi nella effettiva riforma istituzionale degli Stati europei. Essa nondimeno ha gettato le basi per l'affermazione del parlamentarismo moderno, che troverà una travolgente e – per molti versi – traumatica vittoria con la Rivoluzione di fine Settecento.

Necessaria conseguenza della centralità istituzionale del Parlamento è l'affermata primazia della «legge» parlamentare tra le fonti del diritto⁴¹. Nel mutato quadro ideologico dell'Illuminismo giuridico, la legge non costituisce più l'arbitraria volizione del Sovrano, bensì la naturale e razionale espressione della volontà popolare⁴². La centralità acquisita della legge parlamentare, che rovescia il pregiudizio proprio del Giusnaturalismo nei confronti del diritto positivo, si rivela funzionale ai progetti di riforma e riordino dell'ordinamento promosso dall'Illuminismo giuridico, in particolare quello francese. L'idea

³⁹ «Ciascuno di noi mette in comune la propria persona e tutta la propria forza, sotto la direzione suprema della volontà generale; e noi come corpo riceviamo ciascun membro come parte indivisibile del tutto. All'istante, al posto della persona particolare di ciascun contraente, questo atto di associazione produce un Corpo morale e collettivo composto di tanti membri quante sono le voci dell'assemblea» (ROUSSEAU, *Il contratto sociale*, Libro I, Cap. 6).

⁴⁰ Sul punto, cfr. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna* cit. 327.

⁴¹ «Le leggi, che sono, o dovrebbero essere *patti di uomini liberi*» (BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (a cura di PISAPIA), Milano, 1973, 7).

⁴² L'opera più celebre di MONTESQUIEU si apre con la frase «le leggi, nel significato più ampio, sono i rapporti necessari che derivano dalle cose» (*Lo spirito delle leggi* cit., 25). Estendendo tale concezione alle leggi positive, MONTESQUIEU rompe con la tradizione giusnaturalistica, sia razionalistica che volontaristica, ed apre alla possibilità di una razionalizzazione del diritto positivo.

montesquiviana della razionalità del diritto positivo si salda con le istanze razionalistiche portate avanti da Leibnitz prima e da Domat e Pothier⁴³ poi, confluendo in seguito nella stesura del *Code Civil*. Da questo punto di vista, l'adagio beccariano circa la necessità che le leggi siano «poche, chiare e semplici»⁴⁴ è erede dalla tradizione razionalistica francese e delle proposte di scienza della legislazione che ne sono derivate.

L'enfasi del pensiero giuridico settecentesco sulla dignità della persona e sull'importanza della libertà personale si riverbera sul ruolo che la potestà punitiva pubblica svolge nel sistema istituzionale: poiché «la libertà del cittadino dipende principalmente dalla bontà delle leggi criminali»⁴⁵, queste ultime acquistano una nuova centralità nel dibattito giuridico. Ed è anche per questa ragione che l'opera che più di tutte incarna la svolta dell'Illuminismo giuridico è quella che propone la radicale riforma del diritto penale, l'aureo *Dei delitti e delle pene*⁴⁶, pubblicato inizialmente in forma anonima nel 1764⁴⁷.

⁴³ Sul giusrazionalismo cristiano di Leibnitz e sull'influenza di questo sul successivo pensiero illuminista, cfr. BIROCCHI, *Esigenze sistematiche tra giusnaturalismo e positivismo* cit. 209.

⁴⁴ «Volete prevenire i delitti? Fate che le leggi sian chiare, semplici, e che tutta la forza della nazione sia condensata a difenderle, e nessuna parte di essa sia impiegata a distruggerle» (BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* cit., 128)

⁴⁵ MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Libro XII, Cap. II, (trad. BOFFITO SERRA), Milano, 1967, 243.

⁴⁶ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (a cura di PISAPIA), Milano, 1973.

⁴⁷ La letteratura sull'opera di Beccaria è sterminata. A titolo non esaustivo, si veda, oltre alle opere citate in precedenza: FERRONE-FRANCIONI (a cura di), *Cesare Beccaria. La pratica dei lumi*, Firenze, 2000; PICOTTI (a cura di), *Alle radici del diritto penale moderno: l'illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire*, Napoli, 2014; CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, *Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione*, Milano, 2015; CHIODI-GARLATI (a cura di), *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, Torino, 2015; ROSSI-ZANUSO (a cura di), *Attualità e storicità del "Dei delitti e delle pene" a 250 anni dalla pubblicazione*, Napoli, 2015. Tra i contributi non monografici, cfr. *ex permultis* FERRAJOLI, *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, I 2015, 137; HARCOURT, *"Dei delitti e delle pene" di Beccaria: uno strumento di riflessione sulla storia delle fondamenta del diritto penale moderno*, in *Criminalia*, 2013/2014, 149; SICILIANO, *Il potere dell'insetto e l'insetto del potere. Ovvero: la questione democratica in "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, in *Quaderni Fiorentini*, 2015, XLIV, 929; NEPPI MODONA, *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, in *RIDDP*, 1989, 477; COSTA, *Lo ius vitae ac necis alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in *Quaderni Fiorentini*, 2015, XLIV, 819.

L'opera di Beccaria apporta alla tradizione giuridica illuministica un contributo di dirimente novità⁴⁸. Un primo elemento di originalità – e non si tratta di un dettaglio – è il taglio dell'analisi proposta: Dei delitti e delle pene costituisce, forse anche al di là delle intenzioni dello stesso Beccaria, una trattazione organica del diritto e della procedura penale, concepiti come ambito normativo autonomo⁴⁹. Da questo punto di vista, l'impostazione circoscritta e pragmatica dell'opera asseconda le istanze di riforma dell'ordinamento giuridico vigente che provenivano dall'Illuminismo francese. L'Autore, pur senza una chiara distinzione tra dato sostanziale e processuale, mostra inoltre una precisa consapevolezza del carattere tutto particolare della potestà punitiva pubblica e del ruolo decisivo di quest'ultima nel sistema delle garanzie dell'individuo⁵⁰. Beccaria contribuisce così a fare del diritto penale la frontiera della svolta illuministica, terreno del confronto tra autorità e libertà personale e «misura universale della qualità politica del governo e della natura stessa dello stato»⁵¹.

Tali riflessioni non erano affatto isolate, ponendosi – come abbiamo visto – in linea di sostanziale continuità con la riflessione giuridica settecentesca. Tuttavia, nel pensiero di Beccaria, idee già appartenenti alla prevalente tradizione si saldano, trovandovi rinnovata collocazione. In

⁴⁸ Parla di un contributo «profondamente innovatore e, si potrebbe dire, rivoluzionario» PISAPIA, *Presentazione*, in *Dei delitti e delle pene* cit., VII.

⁴⁹ Sul punto, cfr. PISAPIA, *Presentazione* cit., 6. Questo aspetto è particolarmente rilevante, considerata l'influenza che su Beccaria aveva la tradizione illuministica francese la quale, anche in un contesto ordinante come quello dell'*Encyclopédie* di D'Alembert e Diderot, proponeva un'analisi trasversale delle voci giuridiche e stentava a inquadrare i problemi per materia (sulla non sempre felice redazione delle voci giuridiche all'interno dell'*Encyclopédie*, cfr. TARELLO, *Storia della cultura* cit., 333).

⁵⁰ «Le plus grand mérite historique de Beccaria réside dans le fait qu'il a placé la question pénale au coeur des processus de transformation et de rationalisation de la société du XVIII^e siècle» (SBRICCOLI, *Beccaria ou l'avènement de l'ordre. Le philosophe, les juristes et l'émergence de la question pénale*, in ID., *Storia del diritto penale* cit., 395). Sul punto con efficacia, anche COLAO, *Il "dolente regno delle pene". Storie della varietà della idea fondamentale del giure punitivo tra Ottocento e Novecento*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, I 2010, 129.

⁵¹ SBRICCOLI, *Beccaria ou l'avènement de l'ordre* cit., 398.

particolare, la necessità di una proporzione tra la pena e il delitto, inizialmente declinata in chiave di riduzione della discrezionalità del potere giudiziale⁵², è da Beccaria collocata nel più ampio dibattito circa la “dolcezza delle pene”⁵³, sulla scia dell’insegnamento di Montesquieu⁵⁴; diversamente da quest’ultimo, però, Beccaria rielabora il tema in chiave utilitaristica, riuscendo così a condurre ad unità le due distinte ideologie penalistiche settecentesche dell’umanitarismo e dell’utilitarismo.

Dei delitti e delle pene contribuisce inoltre alla sostanziale ridefinizione delle categorie ordinanti del diritto penale: la pena è sì l’inflizione di un male sensibile, dunque azione necessaria (tradizione utilitaristica) a suscitare «le impressioni su gli animi di un popolo»⁵⁵ (tradizione assolutistica), ma è anche e soprattutto privazione di diritti, dunque tecnica formale di compressione della sfera dei diritti che lo Stato riconosce ai suoi cittadini⁵⁶. In questo senso, alla pena Beccaria non guarda più per il male che essa fa, ma per l’ambito della sfera giuridica su cui essa incide: si spalancano così le porte per una politica del diritto che parametri il tipo di intervento sanzionatorio in funzione dell’ambito della sfera giuridica che esso è destinato a colpire.

⁵² Segno della proverbiale diffidenza degli Illuministi per i giudici. Acutamente sul punto BIROCCHI, *Illuminismo e diritto*, in *Alla ricerca dell’ordine* cit., 417.

⁵³ Il capitolo forse più influente del libretto di Beccaria è il quindicesimo, dedicato appunto alla “Dolcezza delle pene”. Sul cui cfr., per tutti, AUDEGEAN, *Diritto penale e dolcezza delle pene nella filosofia dell’Illuminismo*, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2013, II, 528; in una prospettiva prettamente filosofica, cfr. LA TORRE, *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2011, II, 495.

⁵⁴ Cfr. VALITUTTI, *Retribuire, prevenire o riparare. Un particolare sviluppo del concetto moderno di pena*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2017, I, 3. Sul punto osserva TARELLO: «ogni dottrina proporzionalistica (e ogni dottrina retributivistica perché fondatrice del proporzionalismo) nella prima metà del secolo XVIII agiva in senso razionalizzatore del sistema, in senso umanitario nella linea delle future riforme, in quanto dottrina antitetica alle secentesche concezioni della pena come deterrente»: in *Storia della cultura giuridica moderna* cit., 451).

⁵⁵ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* cit. (Cap. XV. *Dolcezza delle pene*), 55.

⁵⁶ Sul punto, cfr. per tutti FERRAJOLI, *Le pene moderne come privazioni: pene detentive e pene pecuniarie*, in *ID. Diritto e Ragione* cit., 386-387.

Ai nostri fini, l'aspetto più importante del pensiero di Beccaria è la riproposizione del tema dei limiti del potere pubblico attraverso il prisma della rinnovata posizione della dignità umana nel quadro costituzionale. Dei delitti e delle pene riprende infatti l'idea della *necessità* come limite alla potestà sanzionatoria, ma ne declina i contenuti alla luce dei "nuovi" fini dello Stato, ossia la garanzia e la tutela della libertà e dei beni del cittadino, ivi incluso – anche questa è una svolta – del cittadino che delinque. Tale impostazione si traduce nella funzionalizzazione della potestà sanzionatoria pubblica in chiave di *generale riduzione della violenza punitiva*: «ogni buona legislazione [...] è l'arte di condurre gli uomini» non solo «al massimo di felicità» ma anche «*al minimo d'infelicità possibile*»⁵⁷. Il fondamento e il limite del "diritto di punire" è dunque la libertà individuale, oltre e *prima* di quanto non lo sia la sicurezza dello Stato.

Nella dialettica tra prevenzione dei delitti e prevenzione delle punizioni ingiuste, Beccaria attribuisce valore decisivo alla seconda, fondando così l'utile sociale sul valore della persona⁵⁸: tale "utilitarismo riformato"⁵⁹ imprime una definitiva svolta umanitaristica alla riflessione circa il contenuto dell'incriminazione e circa la misura, la quantità e la qualità delle sanzioni penali. Benché l'eredità di Beccaria (e più in generale dell'Illuminismo giuridico) non sia priva di ombre⁶⁰, la rielaborazione dell'utilitarismo penale in

⁵⁷ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* cit. (Cap. XLI. *Come si prevenzano i delitti*), 127. Il punto è ampiamente ripreso da FERRAJOLI in *Diritto e Ragione* cit., 894.

⁵⁸ Su cui cfr. NEPPI MODONA, *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria* cit. 478. L'Autore pone l'accento sul carattere fortemente utilitarista del pensiero beccariano. Sul punto, è frontale il contrasto tra la concezione di questo Autore («l'Illuminismo giuridico di Beccaria si colloca *ex parte principis*, non è un'astratta, astorica ed universale istanza di libertà, di umanità e di giustizia»: NEPPI MODONA, *op.loc.cit.*, 483) e quella di FERRAJOLI («l'originalità di Beccaria e la ragione del suo approccio garantista risiedono nell'aver assunto tale punto di vista non più *ex parte principis*, bensì *ex parte populi*, e ancor più precisamente dalla parte degli oppressi, dei soggetti più deboli, vittime di una giustizia disuguale e classista, modellata dai potenti contro di loro»: *Diritto e Ragione* cit., 248).

⁵⁹ Così FERRAJOLI, in *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria* cit. 140. L'Autore giunge ad affermare che «Cesare Beccaria può ben dirsi il padre del moderno diritto penale».

⁶⁰ In senso critico FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione* (trad. in italiano di TARCHETTI), Torino, 2013, 214; NAUCKE, *Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria*, in

chiave di tutela della dignità umana segna un prima e un dopo nel pensiero penalistico moderno, quindi anche della sussidiarietà: essa conduce all'affermazione dell'insopprimibile valore della persona e della necessità di costruire il sistema sanzionatorio pubblico in funzione della sua tutela.

Da questo punto di vista, le coordinate tracciate da Beccaria segneranno l'evoluzione della successiva tradizione penalistica continentale⁶¹, poiché aiuteranno ad erigere un argine contro le derive del pensiero utilitarista. Beccaria mette in evidenza che l'uomo, anche e soprattutto quello che delinque, è e resta misura ed obiettivo di tutto il Penale, e che perciò la dignità umana non può essere sacrificata sull'altare della general-prevenzione: «non vi è libertà ogni qual volta le leggi permettono che in alcuni eventi l'uomo cessi di esser persona e diventi cosa»⁶². Tale concetto⁶³, nelle pur alterne vicende del pensiero giuridico moderno, costituirà il nucleo valoriale fondante – vero e proprio *Kernprinzip* – del penalistica occidentale, e sarà di particolare importanza per la successiva elaborazione del principio di sussidiarietà.

È infatti a questa impostazione, al bilanciamento tra logica utilitarista e tutela della dignità umana, che deve essere ricondotta la prima formulazione

DEIMLING (a cura di) *Cesare Beccaria: die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa*. Cfr. anche VORBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione* (trad. it. OSS, PORRO), Padova, 2013, 38. Per un inquadramento complessivo cfr. AMBOS, *Cesare Beccaria und die Folter – Kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2010, III, 122.

⁶¹ Meno su quella angloamericana. Nella penalistica angloamericana la portata garantistica del pensiero di Beccaria sembra rimanere sullo sfondo, mentre ne viene esaltato il carattere utilitarista, sulla scorta della entusiastica – ma parzialmente distorsiva – appropriazione da parte di Bentham. Sul punto cfr. HARCOURT, *Beccaria's On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law*, in DUBBER (a cura di) *Foundational texts in modern criminal Law*, Chicago, 2013, 433; DRAPER, *Cesare Beccaria's influence on English discussions of punishment, 1764–1789*, in *History of European Ideas*, 2000, III-IV, 177.

⁶² BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* cit. (Cap. XXVII. *Delitti contro la sicurezza di ciascun particolare. Violenze*), 87.

⁶³ Ripreso in particolare da KANT: «L'umanità in se stessa è una dignità [*Würde*] poiché l'uomo non può essere trattato da nessuno (cioè né da un altro, e neppure da lui stesso) come un semplice mezzo, ma deve sempre essere trattato nello stesso tempo come un fine; e precisamente in ciò consiste la sua dignità» (*La Metafisica dei costumi*, Parte II, Cap. I, Sez. II, § 38, (trad. it. VIDARI), Bari, 2016, 333). Sul legame che lega Kant e Beccaria, cfr. CATTANEO, *Beccaria e Kant. Il valore dell'uomo nel diritto penale*, in *Illuminismo e legislazione penale* cit. 15.

positiva del principio di sussidiarietà, contenuta nella Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino del 1793⁶⁴. Del pari, tale delicato equilibrio è sotteso alle successive e più mature definizioni di *extrema ratio* elaborate dalla dottrina ottocentesca – da Romagnosi⁶⁵ fino a Carrara⁶⁶ – e raccolte dalla penalistica contemporanea, in particolare da Bricola⁶⁷ dai suoi epigoni.

Tali definizioni di sussidiarietà, al pari di quella elaborata da Grozio, ricorrono al concetto di *necessità*, come espressione riassuntiva del principio di *extrema ratio*. Si tratta, però, di una concezione radicalmente diversa da quella elaborata, ormai due secoli prima, dal filosofo fiammingo: alla base dell'*extrema ratio* “moderna” vi è la funzionalizzazione dello Stato in chiave di garanzia dei diritti dell'individuo e la conseguente affermazione dell'insopprimibile valore della persona. Vi è cioè l'elevazione della dignità umana a vertice del sistema costituzionale dei valori, quale premessa per la costruzione del sistema sanzionatorio pubblico⁶⁸. Non dunque ad uno scopo qualsiasi può risultare necessaria la pena: la necessità di una sanzione penale deve essere calibrata sul rispetto della dignità umana e sulla tutela della libertà della persona. È questo il nucleo valoriale su cui è modellato in epoca moderna principio di sussidiarietà.

⁶⁴ «Art. 15. La Legge deve decretare solo pene strettamente ed evidentemente *necessarie*: le pene devono essere *proporzionate* al delitto e utili alla società». Si osservi come la sussidiarietà e la proporzionalità siano articolate in modo distinto; il punto, centrale nella costruzione teorica che qui si propone, sarà ampiamente ripreso nel prossimo Capitolo.

⁶⁵ Nella celebre *Genesi del diritto penale* de 1833 (qui consultata nell'edizione a cura di CONSO, Milano, 2003) si legge: «§ 400: Ogni pena debb'essere necessaria a fine d'essere giusta. §405: Qual è la regola giustificante l'uso delle pene? La sola Necessità. Non mi stancherò mai di ripeterlo a' miei leggitori, onde nol possano obbliare: la necessità è l'unico punto di contratto, mercè il quale il fatto delle pene può unirsi al diritto. [...] senza di lei, verrà eternamente proscritto come crudele e condannato come tirannico. Quindi, io lo ripeto, la necessità sarà quell'unico e gran canone, dal quale al Filosofo ed al Legislatore non sarà mai lecito, per minima distanza, allontanarsi. [...]».

⁶⁶ Cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, IV Ed., Lucca, 1871 (consultata nell'edizione curata da BRICOLA e NOBILI, Bologna, 1993).

⁶⁷ BRICOLA F., *Teoria generale del reato (voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Utet, Torino, 1973, 7-93.

⁶⁸ DE FRANCESCO, *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, XXXVI, 2007, 611.

In conclusione – e in ideale collegamento con quanto accennato in premessa – va osservato che solo nel corso dell'Ottocento *extrema ratio* e nomorrea penale cominciano a condividere il proprio percorso storico. La definitiva affermazione dello Stato centrale e la complessificazione delle funzioni che gli sono demandate conducono ad un aumento incontrollato delle fattispecie penali; vi corrisponde l'esigenza sempre più urgente di un controllo del perimetro penalistico, la quale trova nel concetto di necessità (dunque nel principio di sussidiarietà) il proprio mezzo di attuazione sul piano tecnico-normativo. Resta, tuttavia, la distinzione sul piano storico e filosofico tra nomorrea e sussidiarietà: mentre la prima è una “malattia” moderna, la seconda è un principio antico cui lo Stato ricorre per farvi fronte.

2. Un vicino ingombrante: la formula *minima non curat praetor*

Chiarite le coordinate storiche e giusfilosofiche dell'*extrema ratio*, è possibile affrontare ora un aspetto tanto condiviso quanto scarsamente approfondito nella discussione intorno alla sussidiarietà. Si tratta del significato e delle origini storiche di una formula che, consapevolmente o meno, compendia la concezione di *extrema ratio* accolta dalla maggioranza degli studiosi.

La sussidiarietà è spesso sbrigativamente riassunta nell'adagio «*minima non curat praetor*»⁶⁹, a sua volta identificata col principio di esiguità (il *Geringfügigkeitsprinzip* della dottrina tedesca), quale «concretizzazione nel diritto penale del principio di *proporzione*»⁷⁰. Benché la richiami di continuo, la dottrina di lingua italiana non sembra aver indagato l'origine storica della locuzione⁷¹, dando in un certo qual modo per scontato che il suo significato sia noto al lettore ma, soprattutto, presumendo che vi sia coerenza storica tra l'originale formula romanistica e la regola dei *minima* modernamente intesa. In realtà, l'utilizzo della formula *minima non curat praetor* per descrivere l'idea di sussidiarietà penale – peggio, l'identificazione della seconda con la prima – incorre nella trappola dogmatica di ricercare nel passato i precorrimenti

⁶⁹ La massima fa dà titolo al noto libro di PALIERO, probabilmente il contributo più influente e autorevole in tema di sussidiarietà (l'Autore muta l'espressione dall'edizione del 1906 del *Lehrbuch des deutschen Strafrecht* di VON LISZT). Per un uso della formula in ambito penalsitico, cfr. anche BAUMANN, *Minima non curat praetor*, in BAUMANN-TIEDEMANN (a cura di), *Enbeit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1974, 3.

⁷⁰ PALIERO, *Minima non curat* cit. 663.

⁷¹ Lo nota interdetto GUZMÁN D'ALBORA: «Ninguno, que sepamos, ni siquiera PALIERO en su exhaustiva investigación – lo que no deja de sorprender, tomando en cuenta las dimensiones de su trabajo y el dato de que lo intitule precisamente con la máxima latina –, ha abordado su origen histórico, tarea, nada fácil, como veremos a continuación» (cfr. *La insignificancia: especificación y reducción valorativas en el ámbito de lo injusto típico*, in *ID Cultura y delito*, Bogotá, 2010, 34).

dottrinali del moderno, vestendo di modernità un concetto che, nel contesto storico d'origine, aveva un diverso significato⁷².

2.1 *La regola dei minima nel diritto romano.* – La formula *minima non curat praetor*, nella sua concezione moderna, traduce l'istanza a che il diritto si disinteressi degli episodi della vita di trascurabile rilevanza sociale (i *minima*). Nel diritto penale, detta regola si indirizza istituzionalmente verso la criminalità bagatellare, imponendo al legislatore e al giudice di espungere dall'ambito di rilevanza penalistico le condotte illecite prive di apprezzabile disvalore.

Un simile principio è assente nei brani della *iuris prudentia* romana, nel cui alveo si è istintivamente portati a collocare la massima. Ai giuristi romani era nota una regola diversa, che affonda le proprie radici nel sistema delle fonti di epoca repubblicana (dove il riferimento al pretore) e secondo la quale l'editto pretorile non doveva soffermarsi su avvenimenti insoliti o di scarsa realizzazione, ma concentrarsi su ciò che accade di solito⁷³. Questa massima si è consolidata in epoca classica, mutando necessariamente di senso stante il progressivo ridimensionamento del diritto pretorile, ed appare in alcuni passi del Digesto⁷⁴. In essi si sottolinea come le “fonti del diritto principali” – sia

⁷² L'elegante immagine della vestizione dei concetti è mutuata da GROSSI, *Mitologie giuridiche* cit. *passim*. Parla dei «precorrenti dello Stato moderno», riferendosi al titolo di un contributo di WERNER NÄF, QUAGLIONI il quale ne parla come dell'emblema degli «equivoci di cui non difetta la letteratura storico-politologica del nostro tempo» (in *La sovranità* cit. 17, 18).

⁷³ Sull'evoluzione del sistema istituzionale romanistico, sia lecito rinviare a DALLA-LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2006, 16.

⁷⁴ Riferimenti in tal senso si trovano nel Primo libro del Digesto, in particolare in Dig. 1.3.0. (*De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*). Si veda il passo di POMPONIO Dig. 1.3.3 (Pomponius 25 ad sab.): *Jura constituti oportet, ut dixit Theophrastus, in his quae ut plurimum accidunt, non quae ex inopinato* (Il diritto, secondo l'insegnamento di Teofrasto, deve consistere di ciò che accade più volte non ciò che capita in modo inaspettato); cfr. anche CELSO D. 1.3.4 (Celsus 5 dig.) e D. 1.3.5 (Celsus 17 Dig.): *Ex his quae forte uno aliquo casu accidere possunt, iura non constituuntur; nam ad ea potius debet aptari ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt* (Non nascono norme giuridiche da ciò che può accadere una volta per caso, infatti il diritto dev'essere predisposto per ciò che avviene di frequente e normalmente, piuttosto per ciò che avviene di rado). Cfr. infine GIULIANO D. 1.3.10 (Iulianus 59 dig.) e D. 1.3.12 (Iulianus 15 dig.): *Neque leges neque senatus consulta ita scribi possunt, ut omnes casus qui quandoque inciderint comprehendatur, sed sufficit ea quae plerumque accidunt contineri. Et ideo de his, quae primo constituntur, aut*

concessa l'imprecisione – non debbano (perché, si noti, non *possano*) comprendere ogni possibile avvenimento umano bensì soltanto i casi più frequenti, soccorrendo l'opera della giurisprudenza e le costituzioni imperiali alla regolazione delle ipotesi non considerate.

AmMESSO che questa regola avesse raggiunto la dignità del principio⁷⁵, in età romanistica essa aveva un significato profondamente diverso da quello che è modernamente attribuito alla regola dei *minima* ed era figlia di una preoccupazione tutta pratica, distantissima dalle premesse ideologiche illustrate in apertura.

Maggiore consonanza rispetto alla moderna concezione dei *minima* hanno altri passi del Digesto, in particolare dei frammenti di Paolo, Callistrato e Ulpiano, i quali si rifanno espressamente all'idea dell'esiguità⁷⁶. A ben vedere, però, la loro lettura conduce a risultati tutt'altro che conclusivi circa la presenza, nel diritto romano, della regola dell'irrilevanza dei casi esigui.

Nel menzionato passo di Paolo (Dig. 25.1.12), l'esclusione delle «*modicas impensas*» dalla competenza dell'*arbiter* si spiega alla luce del carattere

interpretatione aut constitutione optimi principis certius statuendum est. (Né le leggi né i senatoconsulti possono essere scritti in modo tale da comprendere tutti i casi che potranno accadere, ma è sufficiente che comprendano quelli che accadono per lo più. E perciò, ciò che inizialmente è stabilito dev'essere meglio determinato per mezzo dell'interpretazione o della costituzione del princeps).

⁷⁵ Cosa di cui è lecito dubitare, posto che la regola era presentata, in età repubblicana, come il naturale riflesso del meccanismo istituzionale vigente e, in età classica e post-classica, come una caratteristica ineliminabile di talune fonti del diritto (*leges* e *senatus consulta*).

⁷⁶ Cfr. Dig. 25.1.12 (PAULUS 7 ad sab.): *Omnino et in aedificandis aedibus et in reponendis propagandisque vineis et in valetudine mancipiorum modicas impensas non debet arbiter curare: alioquin negotiorum gestorum potius quam de dote iudicium videbitur* (Certamente sia in ordine alla costruzione delle case, che alla piantagione e alla coltivazione delle vigne, che infine alla cura della salute degli schiavi non deve occuparsi l'*arbiter*: il giudizio su di essi sia visto come di *negotiorum gestio* più di dote). Cfr. anche Dig. 4.1.4 (CALLISTRATUS 1 ed. monit.): «*Scio illud a quibusdam observatum, ne propter satis minimam rem vel summam, si maiori rei vel summae praeiudicetur, audiatur is qui in integrum restitui postulat*» (Io so che da taluni è osservata la regola di non doversi dare udienza a chi chieda di essere restituito in intero per una cosa o una somma troppo piccola, quando ciò venisse a recare pregiudizio ad [*recte*, intralciare la cognizione di] una cosa o una somma maggiore). Circa la traduzione di tale ultimo passo (erroneamente attribuito a Modestino da GUZMÁN D'ALBORA in *La insignificancia* cit., 66) si vedano le osservazioni formulate da KLÜPFEL nel saggio *Über einzelne Theile des bürgerlichen Rechts*, Stuttgart, 1917 (su cui cfr. *infra*).

tecnico di tale figura e della natura settoriale della sua competenza⁷⁷; ne è prova il fatto che il brano non impone di considerare *in toto* irrilevanti le spese meno ingenti (e peraltro non tutte), bensì di qualificarle come atti di *negotiorum gestio*, in quanto tali estranei alla cognizione dell'*arbiter*.

Quanto al brano di Callistrato (Dig. 4.1.4), l'impossibilità di intentare una causa restitutoria di minima rilevanza è limitata alla sola ipotesi in cui ciò paralizzi l'esperimento di un'azione avente maggior rilevanza economica e sociale: «se, dunque, essa non pregiudica ad una cosa o ad una somma maggiore, la restituzione si concederà per qualunque minima violazione»⁷⁸. Come suggerito dalla dottrina processualcivilistica, il brano si colloca più che altro nell'embrionale dibattito circa la pregiudizialità da accordarsi ad azioni aventi maggiore importanza economico-sociale (il tema della *ordo cognitionum*), e non si presta a comprovare l'irrilevanza dei *minima* per il pensiero giuridico romanistico⁷⁹.

In chiave eminentemente processuale vanno infine letti anche gli altri passi di Ulpiano e Paolo, talvolta citati dalla dottrina⁸⁰. Si tratta di frammenti

⁷⁷ Prima dell'avvento della *cognitio extra ordinem*, nelle cause aventi ad oggetto la divisione di un'eredità, il regolamento dei confini tra fondi o lo scioglimento di una comunione, la seconda delle due fasi del processo (rispettivamente fase *in iure* e fase *apud iudicem*) poteva essere affidata ad un *arbiter*, un esperto scelto dalle parti avente comprovate competenze tecniche. Sull'evoluzione del processo romanistico, cfr. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*, Milano, 2002, 78; nonché DALLA-LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano* cit. 143.

⁷⁸ BAZZARINI, *Le Pandette di Giustiniano*, Vol. I, 1833, 333. Il brano avrà una influenza decisiva nella successiva ricezione della regola dei *minima*.

⁷⁹ Nella letteratura processualcivilistica, il brano è, infatti, spesso accostato a quello di Nerva, in Dig. 44.1.21 (NERVA 4 membr.) «*Rei maioris pecuniae praeiudicium fieri videtur, cum ea quaestio in iudicium deducitur, quae vel tota vel ex aliqua parte communis est quaestioni de re maioris*» (Si reputi che sia arrecato pregiudizio ad un'azione di maggior rilevanza economica, ogniquale volta sia dedotta in giudizio una questione, che sia in tutto o in una certa parte comune alla questione principale). Per una più approfondita analisi del tema LOCATELLI, *L'accertamento incidentale ex lege*, Milano, 2008, 48; PRIMERANO, *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Torino, 2017, 15;

⁸⁰ Cfr. Dig. 4.3.9 (ULPIANUS 11 ad ed.): «*Si quis affirmavit minimam esse hereditatem et ita eam ab herede emit, non est de dolo actio, cum ex vendito sufficiat*» (Se taluno afferma che un'eredità è di minimo valore e perciò la compra dall'erede, non vi è azione per dolo, essendo sufficiente l'azione per la vendita); Dig. 4.3.9-11 (ULPIANUS 11 ad ed., PAULUS 11 ad ed.): «*Merito causae cognitionem praetor inseruit: neque enim passim haec actio indulgenda est. Nam ecce in primis, si modica summa sit [-] Id est usque ad duos aureos, [-] Non debet dari*» (Il pretore si è correttamente espresso per la cognizione della causa nel merito: mai infatti detta azione dev'essere concessa senza

che, pur rivelando una precisa consapevolezza della rilevanza economica e sociale delle *res iudicandae* (e del diverso trattamento da riservare a quelle di valore irrisorio), rispondono all'esigenza di temperare il ricorso a specifiche *actiones*, alla luce del tipo di cognizione imposta al giudice o della disponibilità di altri rimedi processuali.

I passi di Ulpiano (Dig. 4.3.9-11), nell'escludere l'esperibilità di azioni relative a *modicas summas*, non impediscono il ricorso ad *actiones* diverse da quella demolitoria e si spiegano alla luce al carattere sussidiario (*sic*) della *actio de dolo*, di cui essi trattano specificamente⁸¹. Emblematico è poi, per la peculiare concezione dei *minima* che vi è richiamata, il frammento di Paolo (D 18.1.54). Il *minimum*, che il giureconsulto patavino esclude possa farsi valere in giudizio, è da intendersi in termini qualitativi: il giudice deve cioè disinteressarsi delle inezie, nel senso che non può concedere azione (e così annullare una vendita) per una *ragione futile* («*propter minimam causam*»). Il concetto di esiguità riflette qui l'esigenza di far prevalere in giudizio le ragioni aventi maggiore sostanza economica e si allontana, perciò, considerevolmente dalla moderna concezione dei *minima*⁸².

In definitiva, il diritto romano sembra conoscere la regola dei *minima* in una declinazione essenzialmente descrittiva, quale indicazione del carattere non onnicomprensivo delle fonti giuridiche e della necessaria opera di integrazione da parte del *iurisconsultus* o del giudice (*minima* = minimamente frequente). La “sensibilità per l'esiguo” si sviluppa in ambito processuale ed è funzionale a

considerazione. Infatti, in primo luogo, se la somma in questione è modica, per esempio fino a un valore di due *aurei*, l'azione non deve essere concessa); Dig. 18.1.54 (PAULUS 1 ad ed. aedil. curul.): «*Res bona fide vendita propter minimam causam inempta fieri non debet*» (Una cosa venduta in buona fede non risulti come invenduta a cagione di una minima inezia).

⁸¹ Sul punto, cfr. LAMBRINI, *Dolo generale e regole di correzione*, Padova, 2010, 109.

⁸² Avvicinandosi, invece, all'adagio Ciceroniano «*summum ius, summa iniuria*» (De Officiis, I, 33). A questa concezione sembrano aderire VEECH-MOON, De minimis non curat lex, in *Michigan Law Review*, 1947, Vol. 45:5, 537. Emblematicamente, gli Autori segnalano che nella seconda edizione di *Latin for lawyers* di JACKSON (Londra, 1937) la regola dei *minima* è associata alla massima «*boni iudicis lites dirimere*».

riconosce la prevalenza in giudizio di una *res maior* su di una *res minor*⁸³ o ad escludere per quest'ultima l'esperibilità di talune *actiones*; non, invece, per affermare *in toto* l'irrilevanza giuridica delle pretese di valore irrisorio (*minima* = minimamente rilevante). Se è probabile che tale sensibilità abbia costituito la premessa per una declinazione in senso prescrittivo e sostanziale della regola dei *minima*, è plausibile che ciò sia avvenuto in un periodo successivo, nel corso dell'età intermedia o dell'umanesimo giuridico⁸⁴. Peraltro, in nessun luogo della compilazione giustiniana, men che meno nei *Libri terribiles*⁸⁵, l'idea di esiguità è compendiata nella massima *minima non curat praetor*.

2.2 Gli sviluppi moderni e contemporanei della regola: la “nascita” della formula

minima non curat praetor. – Volgendo lo sguardo all'età intermedia, va innanzitutto evidenziato che l'affermarsi di una concezione sostanziale di esiguità nel pensiero giuridico medievale non avviene alle spese della sua “primigenia” declinazione descrittiva: la regola dei *minima*, quale principio di esclusione dalle fonti giuridiche di ciò che è minimamente frequente, attraversa l'età intermedia con formulazione diversa ma identico significato, comparando nelle opere dei giuristi dell'umanesimo italiano⁸⁶. Si consolida quindi nelle temperie culturali delle prime teorizzazioni del c.d. “Stato moderno”, trovando

⁸³ Nota KLÜPFEL: «*Es handelt sich daher in unserem Fragmente zunächst gar nicht von einer re minima, sondern von einer re minori, als Teil einer re maioris*» (Über einzelne Theile cit. 39).

⁸⁴ Di questa tesi si dice convinto GUZMÁN D'ALBORA, *La insignificancia* cit. 64), il quale arriva ad ipotizzare che la stessa formula *minima non curat praetor* sia stata coniata nel contesto dell'umanesimo giuridico. Come sarà chiarito, si tratta di una tesi storicamente non condivisibile.

⁸⁵ Si tratta dei libri in cui è disciplinato il c.d. «diritto penale romano». È peraltro indiscussa l'origine civilistica del principio di esiguità: sul punto, cfr. per tutti KISSEL, *Minima non curat praetor*, in MAYER-MALI (a cura di) *Arbeitsleben und Rechtspflege: Festschrift für Gerhard Müller*, 1981, 849.

⁸⁶ Cfr. ALCIATO, *Parerga*, Libro 5, Cap. 16: «*Constituendum est, inquit Teofrastus, secundum ea quae frequentius accidunt, non quae εκ παραλογον*». Benché ne sia mutata la formulazione, la regola è quella illustrata nei citati passi del Digesto, come è comprovato dal riferimento a Teofrasto (menzionato nel passo di Pomponio in Dig. 1.3.3) nonché dall'interpolazione greca, presente nell'edizione originale del Digesto.

fortuna anche nelle opere fondative del *common law* del primo Seicento⁸⁷ e sopravvivendo fino in epoca recente, quale massima di *legislative policy* nel diritto anglosassone⁸⁸.

In parallelo a tale percorso, in epoca medievale si sviluppa una concezione prescrittiva e sostanziale della regola dei *minima*, destinata a condensarsi nella massima *minima non curat praetor*.

Benché ai giuristi dell'età intermedia fossero noti i passi del Digesto sopra menzionati, nel diritto continentale non sembra esservi traccia dell'esiguità quale categoria astratta né di un suo innesto in una regola generale prima del sedicesimo secolo. La traccia più risalente dell'applicazione della regola dei *minima* appare nel *Dictionarium Iuris* di Alberico da Rosate, nel quale è riportata la massima «*minima res non dat restitutionem*»⁸⁹: il principio dei *minima* è qui declinato in chiave strettamente processuale, ossia per escludere l'azione in giudizio quando la pretesa (risarcitoria) sia eccessivamente modesta. La medesima regola appare nella letteratura civilistica del diciassettesimo e diciottesimo secolo, come guida per il giudice nella concessione di rimedi risarcitori⁹⁰ o contrattuali⁹¹.

⁸⁷ Cfr. «*It appeareth, that Jurisprudentia legis communis Angliae est scientia socialis et copiosa: sociable, in that it agreeth with the principles and rules of other excellent Sciences, divine and human: copious, for that quamvis ad ea quae frequentius accidunt jura adaptantur, yet in a case so rare, and of such a quality, that losse is the assured end of the practice of it (for no alien can purchase lands, but he loseth them; and ipso facto the King is entitled thereunto, in respect whereof a man would think few men would attempt it) there should be such a multitude and farrago of authorities in all successions of ages, in our books and book cases, for the deciding of a point of so rare an accident.*» (COKE, Reports, Part VII, The Calvin's case, in SHEPPARD (a cura di), The selected writings and speeches of Sir. Edward Coke, Vol. 1, Indiana, 2003, 231).

⁸⁸ Cfr. BROOM, *A selection of legal maxims, classified and illustrated*, Philadelphia, 1874, 41. L'Autore annovera la massima *ad ea quae frequentius accidunt jura adaptantur* tra le «*rules of legislative policy*»: «*laws ought to be, and usually are, framed with a view to such cases as are of frequent rather than such as are of rare or accidental occurrence.*».

⁸⁹ Cfr. ALBERICUM DE ROSATE BERGOMENSIS, *Dictionarium Iuris tam civilis quam canonici*, Venezia, 1573 (*Litera M*). Va peraltro notato che l'esiguità è declinata in chiave rimediale anche in altri luoghi dell'opera: cfr. ad esempio la massima «*Defectus modicus non vitiat*» (*Litera D*).

⁹⁰ Nel parere «*Pe' Signori di Labonia*», reso dal giurista napoletano GASPARE CAPONE, si legge: «*Quanto esser debba il danno, che si ricerca, perché la restituzione abbia luogo, nel diritto non è definito, ed è varia mente stimato dagli scrittori. [...] E' parimente certo, che tra minori, la legge lascia passare il solo picciolissimo [ndr: corsivo nell'originale] danno, e non sempre, ma quando il suo risarcimento ripugni a*

È però soltanto con la Pandettistica tedesca dell'Ottocento che la regola assume la dignità del principio nell'Europa continentale e ne viene approfondito il significato sostanziale⁹². Lo studio filologico dei pandettisti mette in risalto, peraltro, anche alcune incrostazioni medievali che avevano fino ad allora caratterizzato la lettura di taluni passi giustiniani e che avevano contribuito all'affermazione della regola dei *minima*⁹³. Inoltre, in un contesto di maggiore consapevolezza dogmatica, i giuristi tedeschi evidenziano la complessità di una declinazione in senso prescrittivo della regola dei *minima* in materia civilistica (cfr. *infra*).

Prima ancora delle elaborazioni dei pandettisti tedeschi, l'esiguità aveva trovato fortuna nella dottrina giuridica d'oltremarina⁹⁴. Il primo espresso riferimento al concetto di esiguità nella letteratura giuridica anglosassone compare nell'opera di Bracton del tredicesimo secolo, il quale però non vi fa riferimento come ad una regola definita⁹⁵. Tre secoli più tardi, Coke giunge ad elaborare la regola dell'esiguità nella formula «*de minimis non curat lex*», ma non la

un interesse maggiore» (in *Allegazioni del già avvocato oggi consultore del Regno commendator Gaspare Capone*, Vol. 2, Napoli, 1762, 123).

⁹¹ In tema di rescissione del contratto, cfr. MANNORY, *Pledoyer et memoires*, Parigi, 1764, 343: «*Parmi les circonstances, qu'il faut peser, alors, on doit considérer quelle est la conséquence de la chose dont il s'agit et quelle seront les suites de la décision, si elle est accordée, car on ne doit pas l'ordonner facilement dans de circonstances, où pour réparer une légère lésion, la rescision aurait des suites qui pourraient tendre à quelque injustice.*»

⁹² Così KISSEL, *Minima non curat praetor cit.*, 849 (erra sul punto GUZMÁN D'ALBORA: *La insignificancia cit.*, 66). Cfr. DERNBURG, *Pandekten*, 5 Ed., I, Berlin 1896, 331. Cfr. anche VON BÜLOW, *Practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit*, Hahn, 1806, 205; KLÜPFEL, *Über einzelne Theile cit.* 24.

⁹³ Nota, ad esempio, KLÜPFEL che la formula «*si maiori rei vel summae praeiudicetur*» del menzionato passo di Callistrato (Dig. 4.1.4) ha un significato processuale («*prius iudicare*») e non può essere tradotta in termini sostanziali: «*So wie der Prätor sagte: iudicium dabo – so sagte er auch praeiudicium reddam. Praejudicare, oder was eins ist – prius iudicare, bezeichnet die Handlung des Judex pedanens, die jene prätorische Weisung in Wollzug brachte*» (*Über einzelne Theile cit.* 43). Si veda anche la notazione di KLÜPFEL, citata alla nota 82.

⁹⁴ Nel mondo anglosassone, la regola è conosciuta nella formula «*The law takes no account of trifles*», o «*The law does not notice or concern itself with trifling matters*». Sul principio nel mondo aglosassone, cfr. *ex multis* VEECH-MOON, *De minimis non curat lex cit.*; MCKEAN JR., *De minimis non curat lex*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1927, 429; NEMEROF SWKY, *What is a "Trifle" Anyway?*, in *Gonzaga Law Review*, 2001, 315.

⁹⁵ BRACTON, *On the laws and customs of England*, (a cura di WOODBINE-THORNE), Cambridge-Londra, 1977 (testo originale *De Legibus et Consuetudinibus Angliae*, 1235). L'esiguità compare in particolare nel passo: «*vastum erit injuriosum, nisi vastum ita modicum fuerit, propoter quod non fit inquisitio faciend.*»

annovera tra le *maxims* in senso proprio⁹⁶. È nel diciottesimo secolo, con l'opera di Blackstone, che quella dei *minima* acquista il carattere di una norma generale di carattere prescrittivo, consolidandosi come *maxim* dei giudizi di *equity* anglosassone⁹⁷. La regola si diffonde infine come puntello argomentativo nella casistica del *common law* angloamericano, dove la formula viene usata con estrema larghezza, anche al di fuori di contesti prettamente giuridici⁹⁸.

Il consolidamento della regola nell'ambito dell'*equity* anglosassone è cruciale nel comprendere il significato dei *minima* per il diritto inglese. Semplificando, l'*equity* si sviluppa come espressione diretta della volontà e del potere del re nella soluzione delle controversie ed acquista tra il quattordicesimo ed il quindicesimo secolo, con la progressiva complessificazione del regno britannico, la forma di un servizio giurisdizionale permanente affidato alla Cancelleria regia⁹⁹. Quale emanazione diretta della volontà sovrana, tratti essenziali dell'*equity* sono il carattere discrezionale del giudizio e le ragioni pratiche che guidano la decisione del Cancelliere¹⁰⁰. Per contenere tale discrezionalità, la *Court of Chancery* elabora nel tempo una serie di massime, le “*maxims of equity*”, ossia norme generalissime a carattere argomentativo prima ancora che prescrittivo cui il *Chancellor* può – non già

⁹⁶ COKE, *Institutes of the Laws of England, Second part, (Statutum de Glocester, Chapter 5)*, Londra, 1797, 306: «The law appointeth not of what value the waste shall be, neither in the case of the foure tenants first before mentioned, nor in the case of the gardein, who is to lose all for waste done in any part. Herein the rule of Bracton is good [...] *de minimis non curat lex*».

⁹⁷ Cfr. SALMOND, *Jurisprudence or the Theory of the Law*, Londra, 1902, 32 e 640; BROOM, *A selection of legal maxims*, cit., 142 (la regola «*de minimis non curat lex*» è annoverata tra le massime attinenti il «*mode of administering justices*»).

⁹⁸ Un recente esempio dell'applicazione della regola «*de minimis*» a contesti non giuridici è la sentenza resa dalla Corte suprema americana il 22 marzo 2017, nel caso *Endrew F. v. Douglas County School Dist. RE-1*, 580 (testo disponibile al sito https://www.supremecourt.gov/opinions/16pdf/15-827_0pm1.pdf).

⁹⁹ Per un inquadramento generale dell'evoluzione del sistema giurisdizionale angloamericano, cfr. MATTEI, *Il modello di Common Law*, Torino, 2014.

¹⁰⁰ «The source of the substantive law applied by the chancellor was the king's own conscience, and he based his decisions on principles of honesty, equity, conscience, and good faith» (NEMEROFSWKY, *What is a "Trifle" Anyway?* cit. 320)

deve – rifarsi nel ricondurre ad equità una particolare controversia («*to do equity in a particular situation*»).

È in questo peculiare contesto giuridico che le concezioni anglosassone dei *minima* affonda le proprie radici. Una regola che, proprio per le funzioni che è chiamata a svolgere, *deve* non avere contorni troppo nitidi; essa deve piuttosto costituire uno strumento duttile a carattere essenzialmente ermeneutico, utile a rendere giustizia in “senso sostanziale”, superando un’applicazione meramente formalistica della norma giuridica¹⁰¹. La concezione dei *minima* nel diritto anglosassone si avvicina così a quella regola di correttezza nei rapporti giuridici di “ispirazione paolina” (Paolo D 18.1.54), che postula una valutazione delle pretese azionate in termini di ragionevolezza prima che di sostanza economica. Una regola dunque che non valuta in senso meramente quantitativo la pretesa azionata in giudizio, ma che richiama il giudicante al buon senso nell’applicazione delle norme, affinché una pretesa che sia tanto modesta da risultare «*vexatious and harassing*»¹⁰² non possa essere azionata in giudizio. Una concezione, insomma, ancor più lata e schiettamente processuale di quella accolta dai giuristi continentali di *Civil Law*.

2.3 *Conclusioni: i rapporti tra sussidiarietà e regola dei minima*. – All’esito di questo non breve – ma necessario – *excursus* storico, è possibile tornare al tema che qui ci occupa, ossia la correttezza del richiamo alla formula *minima non curat*

¹⁰¹ «The “purpose” factor seems to say that a litigant is entitled to “substantial justice”. The “practicality” factor says that he is entitled to no more than “substantial justice”»: VEECH-MOON: *De minimis non curat lex* cit., 554. Nella sentenza *Swedesborough Church v. Shivers*, resa nel 1863 dalla New Jersey Court of Equity (16 N.J. Eq. 453, Ch. 1863), si legge: «*The rule in question is founded in reason and policy. Its design is to prevent expensive and mischievous litigation, which can result in no real benefit to complainant, but which may occasion delay and injury to other suitors. Courts of equity sit to administer justice in matters of substantial interest to the parties, not to gratify their passions, or to foster a spirit of vexatious litigation.*»

¹⁰² Testo della sentenza 579 A.2d 1275 (N.J. Super. Ct. Law Div. 1990), citata da NEMEROFSWKY, in *What is a “Trifle” Anyway?* cit. 325.

praetor al fine di compendiare la moderna concezione penalistica di sussidiarietà.

Un primo dato non privo di significato ci sembra l'assenza nel diritto romano di una regola assimilabile alla moderna concezione dei *minima*. I giuristi romani avevano sviluppato in ambito processuale quella che si qui è definita una "sensibilità per l'esiguo", ma non erano giunti ad affermare l'irrelevanza delle pretese di modesto valore.

D'altronde, che la regola dei *minima* non trovasse sicuro accoglimento nel diritto civile romano pare confermato dal fatto che anche (e soprattutto) oggi l'applicazione della regola in ambito civilistico pone problemi delicatissimi.

La riflessione dei civilisti e processualcivilisti (italiani e) tedeschi circa la regola dei *minima* si è appuntata in prevalenza sulla categoria dogmatica della «*Rechtsschutzbedürfnis*», quella condizione dell'azione civile costituita dalla necessità di un provvedimento giurisdizionale al fine di far valere le proprie ragioni¹⁰³. Da questa angolazione ed avendo a riguardo la posizione giuridica azionata nel processo, la regola dei *minima* sancirebbe il venir del un bisogno di tutela giurisdizionale in capo a chi pretenda di far valere una lesione irrisoria della propria sfera giuridica. Formulata in questi termini, alla regola non si aprono spazi di applicazione particolarmente ampi. Gli stessi Autori che approfondiscono il significato dogmatico del principio, infatti, si mostrano cauti nel definirne i contorni applicativi e la giurisprudenza vi ha fatto ricorso in pochi e non incontrovertibili casi¹⁰⁴.

¹⁰³ La *Rechtsschutzbedürfnis* (letteralmente «bisogno di tutela giurisdizionale») corrisponde, secondo coordinate processuali a noi più familiari, all'interesse ad agire di cui all'art. 100 c.p.c., ossia «l'esigenza di colui che propone la domanda di conseguire un risultato utile e giuridicamente apprezzabile e non altrimenti conseguibile che con l'intervento del giudice» (Cass., II Sez. Civ., 25 giugno 2010, 15355). Sul punto, cfr. per tutti MANDRIOLI, *Diritto Processuale Civile*, I, 21 ed., Torino, 2011, 52.

¹⁰⁴ Cfr. in lingua tedesca KISSEL, *Minima non curat praetor cit.*, 849; ID., *Grenzen der rechtssprechenden Gewalt*, in *NJW*, 1982, 1777. In senso molto critico sul ricorso alla massima in

A livello positivo, non vi è alcuna norma (in Germania come in Italia) che sancisca l'inazionabilità in giudizio di pretese di minimo o modesto valore, né è concesso al giudice sindacare in termini di sufficienza la sostanza economica della posizione giuridica fatta valere¹⁰⁵. Sono poi estremamente rare le disposizioni che, nell'ordinamento giuridico italiano, soppesano in termini quantitativi la lesione di una posizione giuridica soggettiva¹⁰⁶; si tratta, peraltro, di ipotesi fondate sulla correttezza e buona fede che devono informare la condotta dei contraenti (quali proiezioni del più generale dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.) più che sul mero dato quantitativo della lesione¹⁰⁷. All'infuori di tali ipotesi, quando la giurisprudenza ha valutato come (eccessivamente) irrisoria una pretesa, lo ha fatto per il carattere sostanzialmente distorsivo di quest'ultima rispetto alla posizione giuridica sottostante; per il fatto, cioè, che una pretesa di valore eccessivamente modesto finisce – *recte*, può finire – per piegare a fini impropri l'interesse giuridico riconosciuto in astratto dall'ordinamento¹⁰⁸. A fondamento di tali conclusioni

chiave sostanziale, cfr. OLZEN-KERFACK, *Zur gerichtlichen Durchsetzung von Minimalforderungen*, in JR, 1991, 133; nonché BUB, *De minimis non curat lex*, in NJW, 1998, 337.

¹⁰⁵ Operazione questa, d'altronde, tutt'altro che semplice: «*Im Zeitalter des Massenverkehrs kann ein Pfennigbetrag, um in den Einzelfall gestritten wird, sehr rasch zu einer Millionensumme werden*» (BUB, *De minimis non curat*, cit., 337). In senso critico, si vedano inoltre OLZEN-KERFACK: «*Da unsere Rechtsordnung dem einzelnen die zwangsweise Durchsetzung seiner Rechte in der Regel verwehrt und staatlichen Organen zuweist, muß der Staat diese Aufgabe ungeachtet etwaiger Kosten-Nutzen-Rechnungen ausführen*. So gesehen sind die Kosten der Rechtspflege der Preis für das Gewaltmonopol des Staates» (in *Zur gerichtlichen Durchsetzung* cit., 135).

¹⁰⁶ Si vedano, ad esempio, gli artt. 1490, 1497 e 1522, 2° co. c.c. in materia di compravendita, l'art. 1564 in materia di somministrazione, l'art. 1578 in materia di locazione, e gli artt. 1660, 2° e 3° co., 1661 e 1664 in materia di appalto.

¹⁰⁷ Così GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013, 1247.

¹⁰⁸ In questo senso, cfr. FORNACIARI, *Note critiche in tema di abuso del diritto e del processo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2016, II, 592. Una simile declinazione della regola dei *minima* è stata accolta anche nel contesto del Consiglio d'Europa, con l'approvazione del Protocollo Addizionale n. 14 alla Convenzione EDU (testo disponibile all'indirizzo: www.coe.int/it/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/194). Il Protocollo introduce, quale requisito di ammissibilità del ricorso, che il ricorrente abbia subito un «*significant disadvantage*» (art. 35 della Convenzione). Già prima della novella, la Corte aveva applicato la stessa regola, dichiarando che un ricorso per una lesione troppo poco significativa dei diritti del ricorrente dovesse essere qualificato come «*abuse of the right of application*» (Corte EDU, V Sez., 19 gennaio 2010, n. 22051/07, *Bock V.s. Germany*). Sul Protocollo Addizionale n. 14, cfr. VOGIATZIS, *The Admissibility Criterion under Article 35(3)b ECHR: a "significant disadvantage" to human rights protection?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, I, 2016, 185.

non vi è però il dato quantitativo della pretesa azionata, bensì ancora una volta il dovere di solidarietà tra consociati imposto dalla Costituzione.

Spazi applicativi più ampi si aprono – non a caso – in materia di illecito aquiliano, dove i giudici di legittimità hanno sancito l'irrisarcibilità dei danni c.d. bagatellari¹⁰⁹. È però opportuno non enfatizzare la portata di tali approdi giurisprudenziali: la soluzione proposta dalla Suprema Corte è stata accolta con freddezza da una parte cospicua della dottrina¹¹⁰ e, in ogni caso, opera sul piano del solo danno non patrimoniale e nel contesto dogmatico-normativo degli artt. 2043 e 2059 del Codice civile.

Al netto di tali difficoltà applicative, l'aspetto più significativo emerso dall'analisi storica ci sembra essere il profondo fossato che separa, da un punto di vista ideologico e giusfilosofico, la concezione penalistica dei *minima* da quella civilistica di “derivazione romana”.

La concezione penalistica dei *minima* è il risultato dell'elevazione della libertà personale a vertice del sistema costituzionale di valori. L'esiguità in materia penale non è che una proiezione – se vogliamo, la declinazione applicativa di confine – del più generale principio di proporzionalità, e discende dall'aver elevato la libertà personale a “misura di tutte le cose (penali)”¹¹¹. La regola penalistica dei *minima* riposa insomma sulla premessa che una pena sia legittima nella sola misura in cui sia proporzionata all'offesa cagionata dal reato e alla colpevolezza dell'agente: se queste ultime sono troppo

¹⁰⁹ «Con tale formula si individuano le cause risarcitorie in cui il danno consequenziale è futile o irrisorio, ovvero, pur essendo oggettivamente serio, è tuttavia, secondo la coscienza sociale, insignificante o irrilevante per il livello raggiunto»: così la celeberrima sentenza Cass. Civ., SS.UU., 11 novembre 2011, n. 26972 (rel. Preden), sul risarcimento del danno non patrimoniale.

¹¹⁰ Per una ricognizione più ampia, cfr. PELLEGRINI, *Danno conseguenza e danno non patrimoniale. Spunti di ricostruzione sistematica*, in *Europa e Diritto Privato*, 2016, II, 455. In senso particolarmente critico, cfr. anche ZIVIZ, *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011; GRISI, *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia «creativa» delle Sezioni Unite*, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, 400.

¹¹¹ Il punto sarà chiarito ed ampiamente approfondito nel prossimo Capitolo.

tenui, non può esservi pena, ossia compressione della libertà personale (supremo bene costituzionale) del reo.

In ambito civilistico, invece, la regola dei *minima* è guidata da preoccupazioni pratiche¹¹²: dall'esigenza, cioè, che il sistema giurisdizionale non sia posto in stallo dal proliferare di pretese bagatellari. Nella prassi, l'esiguità è applicata in ipotesi marginali, le quali trovano il proprio fondamento ultimo non già nel valore in sé della pretesa azionata bensì nel principio di solidarietà, e dunque in un dato qualitativo e non quantitativo¹¹³. La concezione civilistica dei *minima* esprime insomma la pretesa a che ciascuno sopporti le lesione minime della propria sfera giuridica, quale inevitabile conseguenza del vivere in società.

In definitiva – ecco il punto – mentre nel diritto civile la regola dei *minima* ha riguardo alla persona *a favore della quale* è rivolto il rimedio (a cui chiede tolleranza in forza del principio di solidarietà), nel diritto penale essa ha riguardo alla persona *contro la quale* il rimedio è indirizzato (a cui garantisce protezione in forza del principio di inviolabilità della libertà personale). La concezione civilistica e quella penalistica del principio *minima non curat praetor* riposano perciò su premesse giusfilosofiche molto distanti e non possono essere accostate, se non a costo di confondere le fondamenta ideologiche e la portata applicativa dell'uno e dell'altro principio.

Ci sembra pertanto opportuno abbandonare il ricorso alla formula *minima non curat praetor* per descrivere la concezione penalistica di *extrema ratio*.

¹¹² «The policy reasons behind the courts' invocation of the maxim de minimis is generally the same – to save on judicial resources and prevent the system from getting bogged down with trifling or inconsequential matters» (NEMEROPSWKY, loc.ult.cit., 324)

¹¹³ «Im materiellen Recht geht es also nicht um ein quantitatives Element wie bei der Frage nach der Einklagbarkeit und Vollstreckbarkeit von Minimalforderungen, sondern in der Regel um ein qualitatives Element»: BUB, De minimis cit., 341.

3. Una prima conclusione

Nel corso del Capitolo si è tentato di illustrare come l'idea penalistica di *extrema ratio* costituisca la risposta ad un'antica istanza di controllo e di delimitazione del potere pubblico, in particolare di quello punitivo, attraverso il diritto. Con il mutare del sistema istituzionale e del modo stesso di concepire il diritto, sono mutate le riposte a tale istanza, le quali hanno assunto un'impostazione spiccatamente individualistica ed hanno trovato nel concetto di *necessità* il proprio referente operativo. Definita la sintassi della sussidiarietà, l'erompere del pensiero illuministico ne ha mutato le coordinate ideologiche, nella misura in cui ha elevato la tutela della persona ad obiettivo del sistema istituzionale, ivi incluso di quello punitivo: la *necessità*, concetto attorno al quale il principio di sussidiarietà è costruito, è stata declinata in funzione del rispetto della dignità umana e della tutela della libertà della persona, definendo così l'idea "moderna" di *extrema ratio*; un'idea, dunque, ancorata ad un sistema di valori definito, al centro del quale è collocata la persona.

È questa la prima e più importante lezione che l'analisi storica del principio di sussidiarietà ci restituisce. La *necessità* è lo strumento tecnico con cui è stato definito storicamente il meccanismo operativo del principio di sussidiarietà: la pena, per essere legittima, dev'essere rappresentare l'*extrema ratio*, essere cioè *necessaria*. Nondimeno, quello alla *necessità* non è un riferimento neutro da un punto di vista storico; esso presuppone un sistema di valori che si è consolidato nel tempo e la cui definitiva affermazione ha segnato il passaggio alla moderna concezione di diritto penale, quindi anche di sussidiarietà.

Il secondo risultato che l'analisi storica della sussidiarietà ci ha consegnato è stato di evidenziare il profondo fossato che separa l'*extrema ratio*

penalistica e la massima *minima non curat praetor*, riassuntiva del principio di esiguità. Detta formula nasce in un contesto civilistico e poggia su premesse giusfilosofiche diverse da quelle della sussidiarietà penale; essa inoltre, quantomeno nei sistemi di *civil law*, trova spazi applicativi estremamente esigui. Nel prossimo Capitolo si tenterà di evidenziare come sussidiarietà ed esiguità possano – *recte*, debbano – essere inquadrare secondo coordinate diverse anche sul piano dogmatico. Valga per il momento la considerazione che l'*extrema ratio* e la formula *minima non curat* rispondono storicamente ad istanze differenti e che la loro giustapposizione, per quanto suggerita da autorevoli Maestri, tradisce le rispettive origini storiche.

CAPITOLO 2

La costruzione dogmatica del principio di sussidiarietà

«La esecuzione della pena detentiva è la consumazione di un tempo stabilito: al suo termine c'è un tempo irrevocabilmente usato: per nulla che non sia il suo passare»¹.

«Lo sguardo del detenuto, invece, è fatto di un rimpianto che sgorga già oggi, prima che l'oggi si consumi, prima che diventi un passato da rimpiangere. È sofferenza per la perdita del presente stesso, dei giorni senza colore che è costretto a lasciarsi scivolare accanto senza poterli afferrare»².

SOMMARIO: 1. La sussidiarietà nella penalistica moderna: una ricognizione. 1.1. Le coordinate ideologiche dell'idea di sussidiarietà nel diritto penale – 1.2 Le diverse nozioni di *extrema ratio*: le molteplici strade dell'indagine... – 1.3 [segue]... e le molteplici nozioni fornite in dottrina – 2. Ripensare la sussidiarietà: *pars destruens* 2.1 La prospettiva pan-penalistica ed i totem della sussidiarietà – 2.2 La crisi del sistema penale come *problema* per lo studio della sussidiarietà penale. – 2.3 I principi di offensività e sussidiarietà come fattori positivi di costruzione del sistema sanzionatorio penale. – 2.4 La “contaminazione dogmatica” penale del diritto amministrativo. – 3. Ripensare la sussidiarietà: la definizione del modello teorico. – 3.1 Una breve analisi logico-semantica: la sussidiarietà ed i suoi “concetti prossimi”. – 3.2 La definizione del principio penalistico di sussidiarietà. – 3.3 Alle fondamenta della sussidiarietà: la tenuta dell'*argumentum libertatis*. – 3.4 I due postulati della sussidiarietà: la pluralità di tipi di illecito... – 3.5 ...[segue] e un obiettivo di politica criminale.

1. La sussidiarietà nella penalistica moderna: una ricognizione

1.1 *Le coordinate ideologiche dell'idea di sussidiarietà nel diritto penale*. – Un primo dato significativo nella moderna letteratura in materia di sussidiarietà è la sostanziale unanimità degli studiosi nell'individuare le fondamenta giusfilosofiche del principio. L'inquadramento proposto dalla penalistica contemporanea, al netto dell'impropria sovrapposizione tra sussidiarietà e nomorrea penale cui si è già fatto cenno, è coerente con le origini storiche dell'*extrema ratio* e, in particolare, con la svolta umanitaria impressa dall'Illuminismo penalistico.

¹ MARGARA, *Il carcere utile. Il senso di un impegno*, in *Questione Giustizia*, III, 2000, 403.

² FASSONE, *Fine pena: ora*, Palermo, 2015.

Per interpretazione unanime, il principio di *extrema ratio* riposa su di una distinta visione del rapporto tra individuo e autorità pubblica – *recte*, tra cittadino e Stato³ – per il quale la libertà personale acquista una posizione di primazia assiologica, quale valore supremo oggetto di protezione. Tale primazia, portato delle conquiste giuridiche dell'Illuminismo, si trova riflessa nelle moderne costituzioni e nelle carte internazionali dei diritti, e costituisce la testata d'angolo della penalistica moderna⁴, quindi anche del dibattito sulla sussidiarietà⁵.

Da tale inquadramento consegue un'altrettanto distinta visione della pena come «lesione di diritti individuali mirata e predisposta dallo Stato»⁶ e perciò come «arma a doppio taglio: tutela di beni giuridici attuata attraverso la lesione degli stessi»⁷. Di tutta evidenza, detta concezione riposa sulla svolta “tecnica” inaugurata da Beccaria e proseguita da Filangeri e Pagano, che configura la pena non più come la semplice afflizione di un male, bensì come la

³ In tal senso, in particolare, cfr. KAUFMANN, *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in *Fest. Henkel*, Berlin-New York, 1974, 95; ID., *Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart*, Tübingen, 1976, 22.

⁴ Ovvio qui il riferimento all'opera di BRICOLA (*Teoria generale del reato*, già in *Nov. Dig. It.*, vol. XIX, Torino, 7, ora consultabile nella raccolta degli scritti dell'Autore a cura di CANESTRARI-MELCHIONDA, *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, 540) e, più in generale, alla teoria costituzionalmente orientata di bene giuridico, su cui cfr. per tutti DONINI, *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale*, in *Alla ricerca di un disegno. Scritti sulle riforme penali in Italia*, Padova, 2003, 37). Quanto alla trasposizione sovranazionale di tale modello penalistico cfr. in particolare MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) interno*, in MANES-ZAGREBELSKY (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2010, 49.

⁵ Invero l'“innesco” della moderna riflessione sulla sussidiarietà è l'esigenza di contenere la proliferazione di fattispecie penalistiche (la c.d. *nomorrea penale*), il che condiziona l'inquadramento teorico del principio e porta a trascurare l'importanza della libertà personale nel definire il perimetro applicativo del principio. È per questa ragione che, in particolare nella letteratura angloamericana, l'applicazione del «*last resort principle*» giunge talvolta ad esiti repressivi. Su tale ultimo punto, cfr. HUSAK, *Overcriminalisation. The limits of the criminal law*, Oxford, 2008 (in particolare «*Alternative theories of criminalisation*», ivi Cap. 4, 178). Nella dottrina italiana, il riferimento è per tutti, come di consueto, a PALIERO, *Minima non curat praetor. Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

⁶ Così NEUMANN, [intervento senza titolo], in STORTONI-FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004, 300.

⁷ VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale* (trad. di Calvi), Milano, 1962, 46.

*privazione di diritti*⁸. Sulla scorta di tale premessa, la moderna sussidiarietà connota la pena come un *male*⁹, necessario ma bisognoso di giustificazione razionale ed etica per placare la radbruchiana cattiva coscienza del penalista¹⁰.

Di recente, lo studio sulle cause della criminalità e sui riflessi del sistema giustizia sulla genesi della devianza ha dato nuova sostanza, sul piano empirico e sociologico, a tale inquadramento¹¹: la criminalizzazione è cioè concepita «come un'attività “socialmente rischiosa” (mette in gioco la libertà personale dei cittadini) [che] deve compensare la probabilità di tale “rischio” con una altrettanto probabile utilità sociale»¹². In questo, l'idea moderna di sussidiarietà si allontana considerevolmente dalle c.d. concezioni assolute della pena, secondo le quali la sanzione penale troverebbe in se stessa la propria ragione giustificante (*Selbstzweck*) come restituzione al reo del male che questi ha cagionato violando l'ordine etico (retribuzione morale) o come

⁸ Sul punto, si veda ancora una volta FERRAJOLI, *Le moderne pene come privazioni: pene detentive e pene pecuniarie*, in *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2000, 386 (e l'ampio corredo di note sul punto, a pag. 443).

⁹ Tra i postulati che LÜDERSEN pone per la «legittimazione del diritto penale moderno» vi è la considerazione per la quale «La pena è un male per definizione, e per giunta un male disumano e non efficace» (*Funzionalismo e controllo della devianza*, in MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, 215).

¹⁰ Così PALAZZO, che parla di «costituzionale cattiva coscienza, derivante dal dubbio che l'uso del male per il bene (la pena del reo per la tranquillità degli altri) nasconda in realtà inconfessabili miserie umane più che positive utilità o grandi ed assoluti valori» (*Intervento conclusivo* in STORTONI-FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte (Atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000)*, Milano, 2004 435). Noto l'appello di RADBRUCH a ricercare «qualcosa che sia meglio del diritto penale, più intelligente e più umano del diritto penale» (in *Rechtsphilosophie*, Baden-Baden, 1932, 211).

¹¹ Merito soprattutto dei moderni studi di criminologia critica, su cui cfr. *ex multis* BARATTA, *Criminologia critica e politica criminale alternativa*, in *La Questione Criminale*, 1977, 339; ID., *Conflitto sociale e criminalità. Per la critica della teoria del conflitto in criminologia*, *ivi*, 1977, 9; ID., *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in *QC*, 1979, 147. Più in generale sulla criminologia e le cause della criminalità, cfr. FORTI, *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000.

¹² PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *RIDPP*, 1990, 444; cfr. sul punto anche TUZET, *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, I, 207.

riaffermazione dell'autorità dello Stato a seguito della ribellione del singolo alla volontà della legge (retribuzione giuridica)¹³.

Ulteriore e consequenziale fondamento teorico dell'idea di sussidiarietà è la funzionalizzazione della pena in chiave empirica, ossia l'inquadramento di essa come «*strumento di controllo sociale*, non come criterio di affermazione rituale – “sanzione” in senso etimologico – di valori etici, religiosi o anche soltanto ideologici»¹⁴. Tale prospettiva è figlia della già menzionata funzionalizzazione dello Stato in chiave di garanzia dei diritti dell'individuo, la quale trova nel concetto di *necessità* il proprio referente operativo. Di tale concezione, che contraddistingue la moderna idea di potere pubblico, l'*extrema ratio* “contemporanea” costituisce la prosecuzione sul piano empirico: la sussidiarietà riflette cioè una concezione del diritto penale orientata alle conseguenze della sanzione, e non solo ai valori e agli scopi etici della tutela giuridica¹⁵. Nell'ottica dell'*extrema ratio*, la pena è quindi uno fra i numerosi strumenti di regolazione sociale, un congegno nelle mani del legislatore, il cui

¹³ Terminologia mutuata da CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990, 58 (il quale, a sua volta, richiama le parole dell'ANTOLISEI). Per un inquadramento sulle teorie assolute e relative della pena cfr. BARATTA, *Vecchie e nuove strategie di legittimazione del diritto penale*, in *Dei e delitti delle pene*, 1985, II, 247.

¹⁴ PALIERO, *Il principio di effettività* cit. 437.

¹⁵ Il punto è illustrato, con la consueta acutezza, da DONINI tramite la contrapposizione tra *Wertrationalität* e *Zweckrationalität* (in *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004, 65). Cfr. anche RUDOLPHI, *Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung*, in STREE (a cura di) *Gedächtnisschrift Schröder*, München, 1978, 73. A proposito della “spinta funzionalista” dell'ordinamento comunitario, cfr. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007; MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012; SUOMINEN, *Effectiveness and Functionality of Substantive EU Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, III, 388; MELANDER, *Effectiveness in EU Criminal Law and its Effects on the General Part of Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, III, 2014, 274; MIETTINEN-DE BONDY, *Minimum Criminal Penalties in the European Union: In Search of a Credible Justification*, in *European Law Journal*, VI, 2015, 722; HERLIN-KARNELL, *Effectiveness And Constitutional Limits In European Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, V, 2014, 267; HUOMO-KETTUNEN, *EU Criminal Policy at a Crossroads Between Effectiveness and Traditional Restraints for the Use of Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, V, 2014, 301; nonché, in chiave più ampia, PERISTERIDOU, *The principle of legality in european criminal law*, Cambridge, 2015; MIETTINEN, *The Europeanization of Criminal Law. Competence and its Control in the Lisbon Era*, Helsinki, 2015.

utilizzo dev'essere vagliato non già sulla base del suo significato etico bensì dalla sua capacità di incidere sul comportamento del corpo sociale.

1.2 *Le diverse nozioni di extrema ratio: le molteplici strade dell'indagine...* – A dispetto dell'unanime inquadramento giusfilosofico del principio, non vi è in dottrina una nozione condivisa di sussidiarietà. Nel descrivere il contenuto del principio, infatti, si percorrono strade diverse, le quali conducono ad esiti sorprendentemente differenti.

Un primo bivio, solo apparentemente secondario, nella definizione del principio è di natura semantica. Salvo in alcuni (pochi) contributi dottrinali, la dottrina fa un uso disinvolto dei termini «sussidiarietà», «*extrema ratio*», «frammentarietà» o «necessità»¹⁶, mostrando scarsissima consapevolezza del loro significato e della loro origine storica. Ancor più ambiguo è l'utilizzo che di questi termini viene fatto in concreto: taluni autori, infatti, vi ricorrono quali sinonimi¹⁷, altri in forma di endiadi¹⁸, altri ancora in forma alternativa¹⁹. Ne

¹⁶ Cui si aggiungono locuzioni in lingua straniera quali «*intervención mínima*», «*insignificancia*» (su cui rispettivamente, cfr. PORTILLA CONTRERAS, *Principio de intervención mínima y bienes jurídicos colectivos*, in *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, XXXIX, 723; e GUZMÁN D'ALBORA, *El principio de insignificancia*, in ID., *Cultura y delito*, Bogotá, 2010, 35), o i riferimenti in lingua tedesca, dogmaticamente molto precisi ma poco conosciuti dalla nostra letteratura, «*Strafbedürftigkeit*» e «*Strafwürdigkeit*» (su cui, cfr. per tutti OTTO, *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?*, in STREE (a cura di), *Gedächtnisschriften Schröder*, Frankfurt am Main, 1978, 53); sul punto, in lingua italiana, cfr. ROMANO, «*Meritevolezza di pena*» e «*bisogno di pena*» e teoria del reato, (RIDPP), 1992, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, I, 39.

¹⁷ Così DONINI, il quale parla di «sussidiarietà o *extrema ratio*», salvo poi escludere che a quest'ultima possa essere ricondotta la sussidiarietà comunitaria (cfr. *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in RIDPP, 2003, 148), o DIMATTEO, la quale identifica sussidiarietà e «stretta necessità» (in *Il diritto penale tra principio di extrema ratio e realtà di overcriminalization*, Trento, 2011, 13), o ancora SICILIANO, che identifica addirittura proporzionalità e sussidiarietà (in SICILIANO, *Il potere dell'insetto e l'insetto del potere. Ovvero: la questione democratica in "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, in *Quaderni Fiorentini*, 2015, XLIV, 952).

¹⁸ Così MOCCIA (*Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in ID. (a cura di) *Diritti dell'uomo e sistema penale* cit.135) o lo stesso DONINI (*Il volto attuale dell'illecito penale* cit. 9 e 149).

¹⁹ Così DEMURO che distingue, contrapponendoli, i «principi di frammentarietà, sussidiarietà e *ultima ratio*» (in *Ultima ratio. Alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in RIDPP, 2013, 1674).

discende un'inestricabile confusione in ordine al significato lessicale, prima ancora che al contenuto normativo, delle espressioni utilizzate.

Ulteriore bivio nella costruzione della moderna sussidiarietà penale è rappresentato dalla natura giuridica attribuita all'*extrema ratio*. La maggior parte degli autori parla di quest'ultima in termini di «principio» o «principio normativo». Prescindendo dal fatto che la decifrazione di tale concetto sul piano giuridico è operazione tutt'altro che semplice, la scelta di una simile locuzione non è quasi mai giustificata, né ne è precisato il significato. A rendere il quadro ancor più opaco è il frequente ricorso ad aggettivazioni o formule ellittiche, quali quella di «principio ispiratore»²⁰ o di «meta-principio»²¹, che spostano il significato e la portata del concetto. Infine, vi sono autori che parlano di sussidiarietà utilizzando locuzioni che non hanno uno statuto giuridico definito, quale quella «linea guida»²², di «criterio»²³, di «carattere»²⁴, persino di «cultura»²⁵.

Orbene, è indubbio che il ricorso a tali locuzioni raramente costituisce una presa di posizione circa la natura giuridica della sussidiarietà. Cionondimeno, l'assenza di un inquadramento condiviso dell'*extrema ratio*, non già sul piano dei contenuti bensì (anche solo) su quello della natura giuridica, tradisce l'imbarazzo della dottrina nell'attribuire alla sussidiarietà uno statuto normativo proprio. E, soprattutto, aumenta lo smarrimento di chi intenda

²⁰ VASSALLI, *Principi generali del diritto nell'esperienza penalistica*, in RIDPP, 1991, 699.

²¹ Cfr. DEMURO, in *Ultima ratio cit.*, 1659.

²² DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in RIDPP, 1984, 589.

²³ Cfr. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind.Pen.*, 1986, 35. ID, *I confini della tute penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in RIDPP, 1992, 453.

²⁴ Formulazione questa di tipico sapore germanizzante. Cfr. PADOVANI, *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, 114; cfr. anche LÜDERSEN, *Funzionalismo e controllo della devianza*, cit. 213.

²⁵ DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale* cit. 156.

ricercare nella penalistica contemporanea una nozione condivisa, o quantomeno non ambigua, di *extrema ratio*.

Ultimo bivio nella definizione di *extrema ratio* è rappresentato dalla prospettiva dell'indagine scientifica. Il punto è di cruciale importanza e va ribadito in questa sede. Nella dottrina moderna, il principio di *extrema ratio* è concepito invariabilmente come una risposta al problema della c.d. nomorrea penalistica. L'adozione di questo punto di vista non solo distorce il significato storico e normativo della sussidiarietà, ma ne condiziona lo studio: la necessità di espungere dal penale le fattispecie microlesive, obiettivo ultimo dello studio sull'*overcriminalisation*, limita di fatto l'indagine alla sola criminalità bagatellare. Da questa prospettiva, poi, lo studio della sussidiarietà si risolve nella ricerca del nucleo di disvalore che giustifichi l'irrogazione della pena a fronte di fattispecie di scarsa pregnanza offensiva²⁶, portando lo studioso (ed il lettore) a sovrapporre due distinti profili dell'analisi: la ragione dell'incriminazione (ossia le condizioni sostanziali per la previsione di fattispecie sanzionatorie penali: *why do we punish*) e la finalità dell'incriminazione (ossia la funzione empirico-sociale della pena: *what do we punish for*)²⁷. In definitiva, l'approccio alla sussidiarietà dal versante della nomorrea penale schiaccia lo studio del principio sulla criminalità bagatellare, e riduce l'indagine alla ricerca dei coefficienti assiologici della criminalizzazione; dimentica invece la valenza generale dell'*extrema ratio* ed il suo impatto empirico e criminologico. Ne consegue che la sussidiarietà viene generalmente costruita all'interno di un recinto scientifico angusto e confluisce

²⁶ Pur allontanandosi dal contenuto di offesa tipico del *Kernstrafrecht*. Sul punto cfr. PALIERO, *Minima non curat* cit., 104; cfr. anche FIANDACA, "Bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale, in RIDPP, 1982, I, 42.

²⁷ Il punto è illustrato con la consueta acutezza da FERRAJOLI: «Molti degli equivoci che affliggono le discussioni teoriche e filosofiche intorno alla classica domanda "perché punire?" dipendono a mio parere dalla frequente confusione tra i diversi significati ad essa associabili, tra i diversi problemi da essa espressi e tra i diversi livelli e universi di discorso cui appartengono le risposte da essa ammesse» (*Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, III, 493).

nell'alveo concettuale di principi che poco – a volte nulla – vi hanno a che fare. Questo contribuisce alla confusione che regna in materia di *extrema ratio*, poiché crea una narrazione unilaterale del principio e non risponde alla domanda se – ed in che termini – esso sia autonomo rispetto agli altri principi ordinanti del diritto penale.

1.3 [segue] ...e le molteplici nozioni fornite in dottrina. – Al di là delle divergenti strade percorse nel costruire il principio, vi è in dottrina un sostanziale disaccordo circa il contenuto di quest'ultimo. La moderna letteratura penalistica è infatti costellata di nozioni di sussidiarietà, tra loro solo parzialmente compatibili. Vi sono innumerevoli esempi. Semplificando, tre sono le concezioni principali presenti in dottrina.

Vi è innanzitutto una – forse prevalente – concezione latissima, che molti autori evocano anche inconsapevolmente come formula onnicomprensiva, «principio ispiratore (*Leitprinzip*)»²⁸ della minimizzazione del penale²⁹. Tale concezione descrive, soprattutto nella dottrina italiana³⁰, l'aspirazione ad un ricorso più parco e razionale alla pena, aspirazione priva però di contenuto operativo e bisognosa di una serie di regole e principi per potersi tradurre nella pratica. Da questa angolazione, l'*extrema ratio* costituisce il

²⁸ VASSALLI, *Principi* cit. 699.

²⁹ Va chiarito sin d'ora che i fautori del “diritto penale minimo” avevano una precisa consapevolezza della latitudine della formula da loro utilizzata, tanto da articolare la loro proposta in una ben definita serie di sotto-principi, tra i quali è possibile rinvenire quella che in questa sede si è definita sussidiarietà in senso proprio: cfr., 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, 452; SANTANA VEGA, *Diritto penale minimo e obblighi costituzionali taciti di tutela penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, p. 47. In generale, sul tema, si vedano gli interventi raccolti nella collettanea CURI-PALOMBARINI (a cura di), *Diritto penale minimo*, Roma, 2002.

³⁰ Un discorso a parte dev'essere fatto per la dottrina penalistica di lingua tedesca. Alla concezione (qui definita) latissima di *extrema ratio* è infatti assimilabile l'idea del «*fragmentarisches Charakter*» del diritto penale propria della dottrina tedesca. In tale contesto scientifico e dottrinale, però, la frammentarietà è intesa in senso dinamico e prescrittivo ed acquista perciò il significato pregnante di una «formula comprensiva di principi e delle garanzie del penale» (PALIERO, *Minima non curat* cit., 162).

collettore di principi diversi, accomunati dal fatto di servire la causa del contenimento del penale. Tale concezione, utile forse a veicolare l'*idea* della sussidiarietà, è evidentemente del tutto priva di capacità definitoria. Anzi, la sua diffusione ci sembra accentui il *deficit* definitorio che affligge il principio e sia responsabile della confusione che regna in ordine ai suoi contorni teorici e applicativi.

Contorni più nitidi e possibilità applicative più ampie hanno altre due concezioni principali di *extrema ratio*. Da un lato, taluni autori concepiscono la sussidiarietà come un principio che traduce l'istanza di contenimento del penale rispetto ad *altri strumenti sanzionatori*, i quali devono essere perciò preferiti alla pena a meno che quest'ultima non si riveli necessaria. Dall'altro lato, con il richiamo alla sussidiarietà alcuni autori invocano una riduzione della risposta sanzionatoria *di tipo penale*, preferendo cioè la pena più mite a meno che quella più afflittiva non si riveli necessaria. Tali concezioni, invero non sempre distinte con chiarezza, sono qualificate dalla migliore dottrina³¹ come sussidiarietà "interna" (preferenza per lo strumento sanzionatorio extra-penale) e sussidiarietà (preferenza per la pena più mite)³².

Come sarà chiarito nel prosieguo, le concezioni ora menzionate si distinguono per premesse teoriche e per portata applicativa e funzionale. Nondimeno, esse convivono nella letteratura penalistica moderna e sono spesso inconsapevolmente confuse l'una con l'altra. Peggio, mentre la menzionata concezione latissima di *extrema ratio* appare soprattutto nella letteratura penalistica "generalista" (ed è per lo più frutto di una reverenza

³¹ Così COCCO in *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in *Indice Penale*, 2015, 253.

³² Da non confondere con la terminologia proposta da FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale: parte generale*, Bologna, 2016, 36, (i quali parlano di sussidiarietà *in senso lato* e *in senso stretto* per intendere l'intensità del vaglio di meritevolezza della pena e l'adesione ad una concezione "forte" o "debole" di offensività).

poco più che stilistica all'ideale classico di diritto penale), le concezioni “interna” ed “esterna” di sussidiarietà appaiono in contributi specificamente dedicati al principio di *extrema ratio* ed anche in tali contesti la loro diversità passa il più delle volte inosservata.

Questa persistente equivocità rende defatigante lo sforzo di ricostruzione di una linea comune e costringe l'*extrema ratio* “tra color che son sospesi”, un principio citato di continuo ma privo di uno statuto normativo proprio. Tentativo di questo studio è, appunto, fare chiarezza e provare una ricostruzione dogmatica quanto più univoca possibile.

Sia concessa una chiosa conclusiva.

La varietà dei contenuti di cui la sussidiarietà è riempita in letteratura fornisce una prima spiegazione al perché si ricorra a tante locuzioni, più o meno fumose, per definirla. È probabile che chi parla di sussidiarietà in termini di «linea-guida» o di «cultura» intenda riferirsi ad un concetto che ha contenuti diversi e più ampi rispetto a quello cui si riferisce chi parla di sussidiarietà in termini di «principio». Da questo punto di vista, la differenza nelle scelte lessicali è il riflesso, per lo più inconsapevole, della diversità del concetto che si vuole esprimere. La questione dei contenuti è perciò preliminare ad ogni altra: una volta chiarito secondo quali categorie dogmatiche costruire l'*extrema ratio* e quali ne possano essere i contenuti, sarà più agevole rendere il concetto sul piano linguistico. *Rem tene, verba sequentur.*

2. Ripensare la sussidiarietà: *pars destruens*

2.1 *La prospettiva pan-penalistica ed i totem della sussidiarietà* – Chiarite le origini storiche della sussidiarietà e illustrate le difficoltà di una sua ricognizione in letteratura, è ora di tentare la lunga e faticosa strada della ricostruzione del principio sul piano dogmatico. Prima di costruire, però, è necessario togliere: è necessario, cioè, mettere in luce alcune delle “trappole” di cui è disseminato il percorso, per non incorrere negli errori che hanno negativamente condizionato l’analisi dell’*extrema ratio*.

Un fondamentale vizio d’origine dello studio del principio di sussidiarietà è stata – ed è ancora – la prospettiva unicamente penalistica dell’analisi scientifica. L’affermazione ha del paradossale: il principio di *extrema ratio*, in quanto riferito alla sanzione penale, è principio del (solo) diritto penale ed è quesito teorico del (solo) penalista. Cionondimeno, mentre la sussidiarietà penale è questione penalistica, solo penalistica non può essere la prospettiva di chi intenda affrontarne lo studio.

Come sarà chiarito più avanti, l’*extrema ratio* richiede la ricognizione ed il confronto tra *rationes* (ossia tipologie di strumenti sanzionatori) diverse dalla pena, al fine di comprendere se (e per quali fini) le prime siano più efficaci della seconda. Tali *rationes* devono essere indagate nella loro specificità: il predetto confronto funziona – quindi il principio opera – a condizione che i differenti strumenti sanzionatori siano analizzati nelle loro diversità, alla luce delle rispettive specificità di carattere sostanziale e processuale. Nello studio del principio di sussidiarietà, dunque, il penalista deve spogliarsi del proprio bagaglio dogmatico e gettare uno sguardo quanto più possibile “laico” sulle tipologie sanzionatorie extra-penali.

Al contrario, la predominante lettura della sussidiarietà attraverso la sola lente penalistica ha avuto effetti distorsivi, condizionando lo sviluppo dell'analisi e persino il quadro normativo di riferimento. La letteratura in materia di *extrema ratio* penale si è così popolata di totem, di miti³³, di cui pochi avvertono il peso e la forza condizionante. Tentativo di questo paragrafo è metterne in evidenza alcuni.

2.2 *La crisi del sistema penale come problema per lo studio della sussidiarietà penale.* – Raramente «il momento logico di avvio dell'analisi»³⁴ ha avuto una forza condizionante tanto poderosa quanto nello studio del principio penalistico di *extrema ratio*.

La sussidiarietà penale non è questione recente: come visto nello scorso capitolo, essa è stata compiutamente teorizzata già nel Seicento ed è giunta a maturazione nella temperie del secolo dei lumi, percorrendo una parabola di secoli. In questo senso, benché non si sia «tuttora affrancato da una persistente indeterminatezza e genericità»³⁵, il principio è indiscutibilmente parte di una tradizione giuridica secolare. Nondimeno, nell'ultimo secolo la sussidiarietà è stata invocata e studiata ad un fine quasi esclusivo, quello cioè di rincorrere l'incontrollata espansione del diritto penale³⁶ ed il crescente degrado del quadro normativo vigente rispetto al mitico³⁷ paradigma “classico” di diritto penale.

³³ GROSSI, *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano, 2007.

³⁴ «Un attento studio sulle interconnessioni strutturali presuppone sempre una precisa consapevolezza del momento logico di avvio dell'operata ricostruzione, perché esso finisce con il costituire il suo filo conduttore, fatalmente influenzandola nel suo insieme», FIORELLA, *Reato in generale* (voce), in *Enc. dir.* XXVIII, Milano, 1988, 807.

³⁵ FORTI, *L'immane concretezza* cit., 151.

³⁶ La «nomorrea penale» di cui già parlava CARRARA alla fine del diciannovesimo secolo (*Un nuovo delitto*, in *Opuscoli di diritto criminale*, 3^a ed., Prato, 1889, IV, 522). Di «ipertrofia del sistema penale» parla PALIERO riferendosi ad un passo di FRANK, in *Minima non curat praetor* cit. 7.

³⁷ Sulla legittimità di una visione “romantica” del diritto penale, si vedano le riflessioni di FIANDACA-MUSCO, *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, RIDPP, 1994, 23. Cfr. anche DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale* cit., 137; nonché ROMANO, *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in RIDPP, 1981, II, 477.

Che infatti la si affrontasse nel contesto della c.d. *overcriminalization*³⁸ o del binomio “classicità/modernità” (o post-modernità)³⁹ o ancora della “legislazione emergenziale”⁴⁰, l'*extrema ratio* è stata analizzata (ed attuata in sede legislativa) con un fine dato, quello di contenere e di (ri)dare razionalità ad un sistema penale in «perenne emergenza»⁴¹. La vastità e l'urgenza del problema hanno condizionato la rotta seguita nella ricerca delle soluzioni: si è infatti cercato un modo per alleggerire il sistema penalistico da un carico che questo non era in grado di reggere, scaricando *al di fuori del* penale il problema *del* penale. Si è trascurato, però, l'effetto deformante che un simile carico avrebbe avuto sul sistema extra-penalistico e sullo stesso modo di concettualizzare la sanzione non penale: volendo – *recte*, dovendo – trovare una sanzione extra-penale che funzionasse (a risolvere la crisi della pena), si è finiti per cercare una

³⁸ Cfr. HUSAK, *Overcriminalization*. cit.; DUFF (et alt.), *The boundaries of the criminal law*, Oxford, 2010; KADISH, *The Crisis of Overcriminalization*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, Vol. 374, *Combating Crime*, 1967, 157; LUNA, *The Overcriminalization Phenomenon*, in *American University Law Review*, 2005, II, 703; nonché, con un taglio comunitario, MITSILEGAS, *From Overcriminalisation to Decriminalisation The Many Faces of Effectiveness in European Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, III, 2014, 416. In lingua italiana, si veda DIMATTEO, *Il diritto penale tra principio di extrema ratio e realtà di overcriminalization* cit., 2011; RESTA, *La dismisura dei sistema penali*, in *Dei e delitti delle pene*, 1985, III, 475.

³⁹ Cfr., per tutti, DONINI, *Il volto attuale* cit. 97; PALIERO, *Minima non curat praetor* cit., 28 e 36. In lingua tedesca, cfr. il noto contributo di HASSEMER, *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *ZRP*, 25. Jahrg., 1992, 378.

⁴⁰ Cfr. MANTOVANI, *Criminalità sommergente e cecità politico-criminale*, in *RIDPP*, 1999, 1201; SCHIAFFO, *Stato d'eccezione, diritti umani e sistema penale: la politica criminale negli "assiomi oscuri" dell'ordinamento costituzionale*, in MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, 147. Per un inquadramento più generale del tema, cfr. WENIN, FORNASARI (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Trento, 2017; nonché RIONDATO (a cura di), *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale"*, Padova, 2012.

⁴¹ MOCCIA, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000. Sul punto, cfr. anche PADOVANI, *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *RIDPP*, II, 1992, 419; PAVARINI, *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000, I, 160; e già prima Id., *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in *Dei e delitti delle pene*, 1985, III, 525. Sull'effetto deformante del dilagare del diritto penale, cfr. BARATTA: «Il fenomeno della diffusione del momento penale come supporto integrativo del diritto e dell'attività amministrativa dello Stato, il fenomeno cosiddetto della "amministrativizzazione" del diritto penale, corrisponde ad una vera e propria trasformazione del sistema e della funzione del diritto penale. La disciplina penale, è il più delle volte, un elemento, tra gli altri, che regolano l'intervento dello Stato e l'attività privata in campi come quello della salute, dell'edilizia, dell'economia in generale. Ciò ha portato a considerare come del tutto inadeguato, per caratterizzare i sistemi penali, concetti come quelli del bene giuridico e del carattere sussidiario del diritto penale, che potevano un tempo rappresentare i criteri per un contenimento funzionale e quantitativo della reazione punitiva» (in *La teoria della prevenzione-integrazione. Una "nuova" fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei e delitti delle pene*, 1984, 13).

sanzione extra-penale che funzionasse *come pena*, costruendo sul piano teorico (ed attuando poi sul piano normativo) sanzioni amministrative funzionalmente identiche alla sanzione penale.

Va detto che l'interesse della dottrina verso strumenti sanzionatori amministrativi para-penali discendeva dal carattere disorganico e frammentario delle precedenti sanzioni extra-penalistiche, e rispondeva all'esigenza di mettere ordine in un settore opaco, esposto ad eccessi repressivi e privo di adeguate garanzie giurisdizionali. Da un punto di vista propriamente scientifico, poi, la preferenza di una parte dottrina per una nozione «pregnante e ristretta di sanzione amministrativa» (cioè “simile” alla pena)⁴² era funzionale a delimitare il campo di indagine e rendere più chiara l'analisi. Ancora, tale nozione pregnante apriva al penalista una via di accesso meno impervia per lo studio della sanzione amministrativa: permetteva cioè di avere un quadro d'insieme del sistema sanzionatorio penale ed extra-penale, ordinato attraverso le categorie – a lui già note – del bene giuridico tutelato e dell'incidenza della sanzione sulla libertà personale. Un quadro – non si dimentichi – di cui egli aveva disperato bisogno per poter “distribuire altrove” il carico che stava soffocando il sistema penale.

Il prezzo da pagare però è stato l'omologazione della sanzione amministrativa alla sanzione penale, in particolare sul versante teleologico: nella letteratura scientifica la sanzione amministrativa ha finito per identificarsi come «pena in senso tecnico»⁴³, una “para-pena” di minore severità, posta a protezione di beni non meritevoli di tutela penale.

La prospettiva teorica di una sanzione amministrativa che “salvasse” la sanzione penale dalla sua stessa crisi si è così tradotta in una pretesa normativa.

⁴² TRAVI-PALIERO, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, 77-78.

⁴³ TRAVI-PALIERO, *La sanzione amministrativa* cit., 6.

L'approccio all'*extrema ratio* attraverso la lente della "crisi del sistema penale" ha infatti piegato alle proprie logiche l'evoluzione del quadro normativo di riferimento: nella seconda metà del Novecento, la crisi penalistica ha intercettato e favorito la comparsa e il progressivo consolidamento di strumenti sanzionatori para-penalistici, coagulatisi attorno alla ibrida figura del c.d. «diritto penale-amministrativo»⁴⁴. In Italia come altrove⁴⁵, si è andata affermando sul piano positivo una sanzione amministrativa sempre più simile alla pena, utile a risolvere la crisi di quest'ultima e perciò ad essa funzionalmente omologa. Ne è derivato un modello di sanzione extra-penale che, superando la disarmonia del quadro normativo previgente, ha annacquato la pluralità tipologica di quest'ultimo, costringendo il diritto amministrativo sanzionatorio in una logica para-penale. Questo percorso è arrivato a compimento in Italia con l'approvazione della Legge 24 novembre 1981 n. 689, la cui stessa rubrica è monito della matrice penalistica di cui porta il peso.

In un gioco di corsi e ricorsi, la sanzione amministrativa 'depenalizzata', ossia concepita come "pena minore", è tornata dalle aule parlamentari a quelle universitarie, «conquista[ndo] nel sistema il ruolo di "fattore aggregante", [...] modello generale di disciplina»⁴⁶ e convincendo il penalista che l'appiattimento della sanzione amministrativa sulla sanzione penale fosse – se non il migliore – l'unico dei mondi possibili⁴⁷. Si è chiuso così il cerchio (vizioso, in questo caso)

⁴⁴ Lo sviluppo del c.d. diritto penale-amministrativo è avvenuto in Germania a ridosso degli anni '50, mentre è stato successivo in Italia. Sull'evoluzione del quadro normativo tedesco si veda PALIERO, *Il diritto penale-amministrativo: profili comparatistici*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1980, 1254; *ID Ordnungswidrigkeiten*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 125.

⁴⁵ Per un quadro comparatistico relativo alla comparsa di sistemi organici di sanzioni amministrative, cfr. DELMAS-MARTY, *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in *RIDPP*, 1987, 731.

⁴⁶ TRAVI-PALIERO, *La sanzione amministrativa cit.*, 83.

⁴⁷ L'idea che un'opzione normativa avvertita come necessitata sia in realtà "soltanto" la soluzione ad un problema contingente è illustrata con chiarezza da MARKS, *False Contingency*, in *Current Legal Problems*, Vol. 62, I, 2009, 1. Consapevoli della diversità dei contesti, e senza pretesa alcuna di esplorare una teoria tanto radicale e complessa, il riferimento va alla monumentale opera di UNGER, *False necessity. Anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*, Londra-New York, 2001.

della contaminazione tra studio scientifico e produzione normativa: l'evoluzione del quadro normativo, condizionata *ex ante* dall'approccio pan-penalistico allo studio dell'*extrema ratio*, ne ha legittimato *ex post* le conclusioni. Si è cioè commesso l'errore di «scambiare l'essere del diritto con il dover essere del diritto»⁴⁸, convincendosi cioè che il quadro normativo vigente legittimasse una visione para-penalistica della sanzione amministrativa. Si è dimenticato che quello stesso quadro normativo si era formato sulla premessa che la “nuova” sanzione amministrativa potesse – *recte*, dovesse – assolvere una funzione para-penalistica. Si è dimenticato poi che quel caotico e disorganico mondo, che era la previgente disciplina delle sanzioni amministrative, aveva dei tratti di peculiarità che consentivano alla sanzione di svolgere funzioni affatto diverse da quelle proprie della pena.

Si è sottovalutato infine l'alto prezzo che una simile operazione avrebbe avuto sul piano dogmatico: la sostanziale omologazione della sanzione amministrativa alla pena frustra l'utilità – prima ancora, la possibilità – di un confronto tra di esse, ridotto a mero vaglio di maggiore (sanzione penale) o minore (sanzione amministrativa) intensità afflittiva⁴⁹. Quel raffronto tra sanzioni funzionalmente diverse, che vedremo costituire il meccanismo di funzionamento del principio di *extrema ratio*, ne risulta impedito. E per tale via risulta interamente svuotato il valore *critico* del principio di sussidiarietà.

I frutti di questa evoluzione sono giunti a maturazione anche negli ultimi anni. Si è detto come la sanzione amministrativa sia stata in larga parte costretta entro la medesima ristrettezza tipologica e funzionale della sanzione

⁴⁸ FERRAJOLI, *Diritto e ragione* cit., 204.

⁴⁹ Sul punto DONINI evidenzia come sia ritenuta «perciò (dai più) meramente “quantitativa” la distinzione tra i due ordinamenti (penale e amministrativo), a fronte di continue migrazioni di fattispecie da un settore all'altro (soprattutto dal penale all'amministrativo) e rispettive sanzioni» (in *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 42). In ottica comparatistica, cfr. DELMAS-MARTY, *I problemi giuridici e pratici* cit., 736. Sull'incidenza delle «vicende penal» ben oltre la “mera” privazione della libertà personale, cfr. MANES, *Il principio di offensività* cit., 149.

penale. Poiché dunque la prima non costituisce più un'alternativa alla seconda, se non in termini di severità afflittiva, il recente legislatore ha introdotto sanzioni penali “anomale”, per molti versi simili al diritto sanzionatorio amministrativo “vecchia maniera”. Tanto insomma si è forzata la sanzione amministrativa nello schema della sanzione penale che, nel tentativo di trovare sanzioni funzionalmente dissimili a quest'ultima, si è finito per modificare i connotati della pena, tornando in parte a fare quello che la sanzione amministrativa già faceva⁵⁰, questa volta, però, con il diritto penale. Un paradosso dogmatico e normativo.

2.3 *I principi di offensività e sussidiarietà come fattori positivi di costruzione del sistema sanzionatorio penale.* – Generazioni di penalisti di tradizione continentale hanno dedicato sforzi immensi allo studio del principio di offensività e all'elaborazione della correlativa categoria veicolare, il bene giuridico tutelato⁵¹. Nella seconda metà del Novecento la migliore dottrina ha tentato, con alterno successo⁵², l'aggancio di tali categorie al quadro costituzionale vigente,

⁵⁰ Emblematica è la disciplina in materia di reati ambientali, introdotta con Legge 22 maggio 2015, n. 68 ove, nel tentativo di accordare priorità alla riparazione del danno, compare una sanzione a carattere scopertamente non punitivo, qual è quella del ripristino dello stato dei luoghi, automaticamente connessa alla condanna. Sul punto sia concesso rinviare a PERILONGO-CORN, *La tutela dell'ambiente nell'Europa del nord: le nuove sanzioni e i procedimenti estintivi dei reati ex legge n. 68/2015 alla prova della comparazione con i paesi scandinavi*, in *Diritto Penale del XXI Secolo*, II, 2016 43. Sull'utilizzo di sanzioni penali (e amministrative) per il contrasto della criminalità ambientale, cfr. KORSELL, *Big Stick, Little Stick: Strategies for Controlling and Combating Environmental Crime*, in *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2001, I, 127; FAURE - SVATIKOVA, *Criminal or Administrative Law to Protect the Environment? Evidence from Western Europe*, in *Journal of Environmental Law*, 2012 II, 253.

⁵¹ Cfr., tra i tanti, BETTIOL, *Bene giuridico e reato*, in RIDPP, 1938, 3; FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale*, cit. 29; MANTOVANI, *Diritto Penale. parte generale*, Padova, 2007, 192 e 199; MARINUCCI-DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2009, 46; DONINI, *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in RIDPP, 1997, 338; PALAZZO, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in RIDPP, 1998, 350; STELLA, *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1973, I, 3.

⁵² Il riferimento è, in Italia, alla celebre Teoria generale del reato di BRICOLA (ora in CANESTRARI-MELCHIONDA, *Scritti di diritto penale* cit. 540) ed alla sterminata letteratura che ne è seguita. In lingua italiana, senza alcuna pretesa di completezza, cfr.: ANGIONI *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Sassari, 1980; ID. *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in STILE (a cura di) *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 57;

fornendo al principio di offensività fondamento positivo e forza vincolante nei confronti del legislatore. Secondo questo modello – entrato stabilmente nell'*acquis* dottrinale, giurisprudenziale e normativo – il diritto penale è consacrato alla tutela di beni di rilievo costituzionale (per lo meno implicito): la pena è l'unica sanzione in grado di incidere sulla libertà personale del condannato e perciò la sua previsione è legittima *nella misura in cui* il reato offenda un interesse costituzionale di rango comparabile a quello della libertà personale e tale lesione sia tanto significativa da risultare 'intollerabile' per la comunità dei consociati. L'offensività assume così una valenza compiutamente *sistematica e critica*, ed il bene giuridico tutelato diviene strumento razionale di indagine del sistema positivo e di vaglio di legittimità delle scelte del legislatore penale⁵³.

Il riflesso "naturale" di tale costruzione sul versante della sussidiarietà è quello di affidare alla sanzione amministrativa gli spazi di tutela che sono

DONINI, *L'eredità di Bricola e il costituzionale penale come metodo*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, IV, 2012, 51; ID., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, IV, 2013, 20; FIANDACA, *Il bene giuridico come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *RIDPP*, 1982, 42, 5; ID., *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in STILE (a cura di) *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 5; MANTOVANI, *Principio di offensività del reato nella costituzione*, in *Aspetti tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 447; MAZZACUVA N., *Diritto penale e riforma costituzionale: tutela penale di beni giuridici costituzionali e principio di offensività*, in *Ind. Pen.*, 1998, 324. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali di tutela penale*, *RIDPP*, 1983, 484; ID., *Bene giuridico e giurisprudenza costituzionale*, in *Bene giuridico tutelato e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 131; PALAZZO, *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in *Studi in memoria di Pietro Napolone*, I, Milano, 1991, 369; ZUCCALÀ, *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Scritti in memoria di G. Delitala*, Milano, 1984, 168. In lingua tedesca, cfr. KAUFMANN, *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, in *Juristenzeitung*, 1967, 553; ID., *Der Alternativ- Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs*, in ID. (a cura di) *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen, 1968, 324; PRITZWITZ, *Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2017, II, 390; STUCKENBERG, *Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2017, II, 349; VOGLER, *Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1978, 132; ID., *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktaufbaus*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, IV, 871; TIEDEMANN, *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber*, in *Juristenzeitung*, 1986, 19, 865. Per un'interessante ricognizione trasversale, cfr. infine PERŠAK, *Criminalising Harmful Conduct. The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, New York, 2007.

⁵³ La progressione quasi geometrica dell'*argumentum libertatis* è stata oggetto di severe critiche in dottrina ed è stata in larga parte superata dall'evoluzione del quadro normativo. Il punto sarà ripreso nel prosieguo (cfr. Paragrafo 3.3).

preclusi alla sanzione penale, quelli cioè relativi a beni giuridici privi della necessaria primazia costituzionale o ad aggressioni “non intollerabili” di beni di rango primario. La sanzione amministrativa sarebbe quindi deputata alla tutela di «interessi generali *non meritevoli* di tutela *penale*, ovvero [...] interessi specifici della pubblica amministrazione»⁵⁴. Compito della sanzione amministrativa sarebbe, insomma, quello di «colmare le lacune che, nella tutela dei beni giuridici, il moderno diritto penale deve necessariamente presentare, una volta riacquistata la propria natura frammentaria»⁵⁵.

Questo ragionamento, apparentemente inattaccabile, perde qualcosa per strada: esso dimentica il *contesto* e la *funzione* dello strumentario dogmatico invocato.

La categoria del bene giuridico opera, quantomeno modernamente⁵⁶, in funzione garantistica di *limite* alla normazione penale. La perimetrazione degli ambiti di tutela tramite della categoria del *Rechtsgut* consente cioè di individuare gli spazi di legittimità della normazione penale, nella misura in cui preclude al legislatore penale di intervenire a protezione di un interesse non meritevole di tutela. Il vaglio che ne discende sull’operato del legislatore è – ecco il punto – puramente *negativo*⁵⁷: detto vaglio serve a stabilire cosa il legislatore penale *non può* fare, escludendo dal suo perimetro di intervento la tutela di beni di rango non costituzionale o di scarsa “afferrabilità” o ancora la punizione di lesioni

⁵⁴ TRAVI-PALIERO, *La sanzione amministrativa* cit., 227; DOLCINI, *Sui rapporti tra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987, 777.

⁵⁵ PALIERO, *Minima non curat praetor* cit., p. 173

⁵⁶ L’origine storica ed il significato dogmatico dell’offensività, da un lato, e del bene giuridico tutelato, dall’altro, non coincidono: mentre la prima ha una matrice unicamente garantista, il secondo è stato utilizzato (anche) in chiave estensiva della penalità. Il punto è illustrato con efficacia da DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto Penale Contemporaneo Rivista Trimestrale*, IV, 2013, 6.

⁵⁷ La terminologia è mutuata da BRICOLA: «Il margine di vincolo è soltanto *negativo*: il legislatore cioè, non può adottare la sanzione penale se non per fatti lesivi di valori costituzionali; tuttavia, anche in presenza di un fatto dotato di tale forza lesiva, potrebbe egualmente far ricorso a modelli sanzionatori extra-penal. Quest’ultima scelta potrà essere sottoposta a critica sotto il profilo di una razionale politica legislativa, ma sarà esente da censura di illegittimità costituzionale» (in *Teoria generale del reato* cit., 572).

non intollerabili a beni di rango primario⁵⁸. L'ambito di legittimità dell'intervento penalistico è definito – per così dire – “di riflesso”, poiché coincide con il “materiale di risulta” del vaglio di meritevolezza. Dire perciò che il diritto penale *deve* tutelare beni giuridici di rango costituzionale⁵⁹ equivale a dire che la pena *può solo* (o *non può che*) essere prevista a tutela di tali beni. Non vuol dire invece che beni di rango primario *debbono* essere tutelati dal diritto penale⁶⁰: il vincolo che l'offensività impone al legislatore è unicamente quello di *non* tutelare beni che *non* siano meritevoli di tutela. Parafrasando un Maestro, tutto il di più è superfluo e, perciò, improprio⁶¹.

Non vi è pertanto alcun automatismo tra meritevolezza della pena (ossia rango costituzionale di un bene tutelato e significatività dell'offesa) e normazione penale, se non in termini *negativi*: mentre dalla non-meritevolezza discende il divieto di intervento per il legislatore penale, dalla meritevolezza *non*

⁵⁸ La tematica dell'offensività è qui descritta in modo rapido ed inevitabilmente impreciso. È opportuno chiarire che il giudizio di meritevolezza non si fonda solo sul rango costituzionale del bene tutelato, ma include i connotati sostanziali di materialità ed afferrabilità di quest'ultimo. Sui connotati del bene giuridico, non si può che rinviare ad ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, cit *passim*.

⁵⁹ O, secondo una locuzione cara alla dottrina tedesca, che la tutela di beni giuridici di rango costituzionale è «lo scopo del diritto penale» («Rechtsgüterschutz als Zweck der Strafe»). In questo senso, emblematica la posizione di NIGGLI M.A., *Ultima Ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannt «subsidiären oder sekundären Natur» des Strafrechts*, Schw.Z.Str. 1993, 240. Senza alcuna pretesa di esaustività, tra i contributi in lingua tedesca sul principio di offensività, cfr. *ex multis* JAKOBS, *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgüterschutzverletzung*, in ZStW, IV, 1985, 751; BLOY, *Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes*, in ZsTW, III, 1988, 486; HASSEMER, *Grundlinien einer personalen Rechtsgüterschutzes*, in PHILIPPS, SCHOLLER (a cura di), *Jenseits des Funktionalismus (Fest. Kaufmann)*, 1989, 84; KAUFMANN, *Strafrecht und Strafvollzug*, in ID. (a cura di), *Die Strafvollzugsreform. Eine kritische Bestandsaufnahme*, Karlsruhe 1971, 53; NIGGLI M.A., *Ultima Ratio?* cit., 240; ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Juristische Schulung*, X, 1966, 377; WELZEL, *Zur Dogmatik im Strafrecht*, in SCHROEDER, ZIPF (a cura di), *Fs. Maurach*, Karlsruhe 1972, 3.

⁶⁰ Il tema è naturalmente quello degli obblighi costituzionali di incriminazione, che costituisce una costola del più ampio dibattito in materia di offensività. Sul punto, cfr. PULITANÒ, *Obblighi costituzionali* cit. 484; BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Scritti* cit., 1495; nonché, più ampiamente, PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009. Per una prospettiva sugli obblighi di criminalizzazione di matrice euro-unitaria, cfr. SOTIS, *Obblighi comunitari e opzione penale. Una dialettica perpetua?*, in RIDPP, 2002, 171; il tema è ripreso più ampiamente anche in ID., *La “mossa del cavallo”. La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, 464; nonché ID., *Le “regole dell'incoerenza”. Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012.

⁶¹ «Tutto il di più è dunque superfluo, e perciò tirannico»: BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (a cura di PISAPIA), Milano, 1973, 54.

discende la necessità – né, invero, l'opportunità – di una sanzione penale. L'offensività non fonda, bensì *limita* la previsione di una fattispecie incriminatrice; la legittima, ma non la (im)pone. L'offensività vigila unicamente a che i confini dell'ambito di legittimità dell'intervento penalistico non siano valicati dal legislatore (e dall'interprete); tuttavia, “si disinteressa” – non suoni come un paradosso – di ciò che accade all'interno di quei confini, ben potendo il legislatore astenersi dalla previsione di una fattispecie incriminatrice. In definitiva, l'offensività dice a quali condizioni la via sanzionatoria penale è legittima, ma non obbliga ad imboccarla. È dunque *improprio* fare ricorso all'offensività in chiave positiva, dimenticandone la portata garantistica e perciò negativa⁶².

Tornando al tema che qui ci occupa, conclusioni identiche debbono essere raggiunte con riferimento al principio di *extrema ratio*. Il principio di sussidiarietà presiede alla scelta tra tipologie di strumenti sanzionatori diversi: esso chiarisce che la previsione di una fattispecie incriminatrice è legittima solo quando essa sia *necessaria*. La terminologia utilizzata (in particolare il riferimento alla *necessità* di pena) è corretta da un punto di vista storico e concettuale, ma è fuorviante sul piano linguistico. La sussidiarietà, al pari dell'offensività, ha portata e funzione garantistiche: opera cioè in chiave *negativa*. Non vi è perciò alcun automatismo tra necessità di pena e normazione penale se non *in negativo*: dalla non-necessità discende il divieto per il legislatore penale di intervenire; non accade invece l'inverso, poiché dalla necessità *non* discende l'obbligo per il legislatore penale di intervenire. È perciò *legittimo* ma *non necessario* ricorrere alla pena quando questa abbia – ecco il bisticcio – superato il vaglio di *necessità*, quando cioè essa risulti lo strumento sanzionatorio più efficace. Al pari

⁶² Più in generale, sull'operatività garantistica dei principi in chiave di riforma del sistema penalistico, cfr. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 66. Cfr. anche FORNASARI, *Offensività e post-modernità: un binomio inconciliabile?* in corso di pubblicazione.

dell'offensività, la sussidiarietà non definisce ciò che accade nel perimetro di legittimità dell'intervento penalistico, ben potendo il legislatore preferire uno strumento sanzionatorio non-penale meno efficace ma anche meno severo. Pure in questo caso, dunque, il perimetro di legittimità dell'intervento penalistico è definito soltanto "di riflesso".

In definitiva, pretendere di ricorrere al principio di *extrema ratio* come fattore positivo di costruzione del sistema sanzionatorio penale (o amministrativo) distorce la portata garantistica, quindi unicamente negativa, della sussidiarietà. Al pari dell'offensività, l'*extrema ratio* definisce gli ambiti di intervento che sono *preclusi* alla sanzione penale; non impone invece che tali spazi siano coperti dalla sanzione amministrativa né, specularmente, che gli spazi di operatività della pena siano preclusi alla sanzione amministrativa. Delle opzioni *legittime* del legislatore penale il principio di sussidiarietà – sia consentita l'espressione – "non si occupa".

2.4 La "contaminazione dogmatica" penale del diritto amministrativo. – Sulla scorta di quanto precede, è più facile comprendere come il riferimento al rango costituzionale del bene giuridico tutelato per distinguere tra sanzione penale e amministrativa sia operazione delicata. Se evocato in positivo, per definire cioè l'area di operatività della sanzione penale, il bene giuridico distorce la portata dei principi di offensività ed *extrema ratio*. A ben vedere, però, l'uso in positivo di tale categoria in punto di sussidiarietà si espone ad un'ulteriore critica.

L'impostazione prevalente⁶³ – si è detto – definisce l'ambito di operatività della sanzione penale e, su tale base, ritaglia l'ambito d'incidenza della sanzione amministrativa: quest'ultima sarebbe, cioè, deputata alla protezione di interessi *non meritevoli* di tutela *penale*. In questo modo, però, lo

⁶³ Cfr. per tutti TRAVI-PALIERO, *La sanzione amministrativa* cit., 83.

strumentario dogmatico del principio di offensività, oltre ad essere adoperato in positivo, è utilizzato per definire l'area di intervento di una sanzione *diversa* da quella penale ed opera perciò oltre i confini dogmatici che gli sono propri.

Il bene giuridico tutelato, infatti, è categoria *interna* al sistema penalistico, del tutto estranea a quello amministrativistico⁶⁴. Tale strumento dogmatico non può essere utilizzato nemmeno in negativo per definire lo spazio di operatività della sanzione amministrativa: come non vi è alcun automatismo tra meritevolezza di pena e sanzione penale, non può *a fortiori* sussistere alcun automatismo tra non-meritevolezza (penale) e sanzione amministrativa. A ben vedere, tra queste ultime non vi è nemmeno una relazione diretta, per l'assorbente ragione che la non-meritevolezza (di pena) è concetto proprio del diritto penale, derivato da una categoria dogmatica di matrice ed ambito esclusivamente penalistici. È perciò improprio ricorrere alla categoria del *Rechtsgut* per determinare l'operatività di una sanzione, quella amministrativa, cui detta categoria non si applica.

Per ricostruire sul piano dogmatico il principio di sussidiarietà è perciò necessario resistere alla tentazione di “contaminare” la sanzione amministrativa con categorie dogmatiche proprie del diritto penale⁶⁵. Bisogna invece approcciare lo strumento sanzionatorio extra-penale in modo dogmaticamente laico, al fine di comprendere *se* – e *a quale fine* – la pena si riveli davvero necessaria (cfr. *infra*).

⁶⁴Quantomeno nei termini in cui sono stati definiti dalla dottrina penalistica: benché infatti la dottrina amministrativistica si interroghi sulla natura degli interessi a tutela dei quali prevedere sanzioni amministrative, non avverte l'esigenza di una loro perimetrazione dogmatica rigorosa come avviene per il *Rechtsgut*. Sul punto, cfr. per tutti CASSETTA, *Sanzioni amministrative* (voce), in *Dig. pubbl.*, XII, Torino, 1997, 599.

⁶⁵Tendenza invece frequentissima. Cfr. sul punto TOMEI, *La problematica delle sanzioni amministrative nella dottrina del diritto penale amministrativo*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2003, p. 883. Sia pur con riferimento ad un diverso contesto dogmatico, parla di «ibridazione culturale» DONINI, in *Il volto attuale* cit. 162 (si veda in particolare la nota 43).

Ciò non significa dimenticare il ruolo essenziale che il giudizio di meritevolezza gioca nel funzionamento del principio di sussidiarietà. L'ambito di meritevolezza della tutela, delimitando il perimetro all'interno del quale il legislatore penale *può* intervenire, è essenziale nel chiarire "fino a dove" il diritto penale si può spingere, qualora si decida di ricorrervi⁶⁶. Chi intenda affrontare lo studio del principio di *extrema ratio* deve infatti svolgere un ragionamento duplice: da un lato, definire i limiti cui il diritto penale può arrivare; dall'altro lato, chiarire il rapporto tra sanzione penale ed extra-penale.

La meritevolezza è dunque centrale nel giudizio di *extrema ratio*: per sapere se vi è uno strumento sanzionatorio efficace quanto la pena, è necessario sapere *cosa* la sanzione penale può fare e *quanto lontano* può spingersi. Sarebbe però dogmaticamente improprio utilizzare la (im)meritevolezza della *pena* per farvi derivare conseguenze circa l'estensione della tutela extra-penalistica. Sarebbe cioè un errore confondere il quesito penalistico con quello amministrativistico o, peggio, credere che il secondo si esaurisca nel primo.

⁶⁶ Per un inquadramento particolare del tema cfr. BERGALLI, *Le funzioni del sistema penale nello Stato sociale di diritto: prospettive sociologico-giuridiche*, in MOCCIA (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale* cit. 213.

3. Ripensare la sussidiarietà: la definizione del modello

teorico

3.1 Una breve analisi logico-semantica: la sussidiarietà ed i suoi “concetti prossimi”

– Da un punto di vista etimologico⁶⁷, la sussidiarietà è termine relazionale: essa esprime la relazione di dipendenza/subordinazione di un elemento rispetto ad un altro, il quale ultimo funge da referente principale del rapporto. A tale relazione il concetto di sussidiarietà imprime un carattere funzionale, in quanto è sussidiario ciò «che *serve* di sussidio, di aiuto; che costituisce un mezzo complementare e integrativo per qualcos’altro»⁶⁸. La sussidiarietà descrive, dunque, la relazione di dipendenza logica di un elemento rispetto ad un altro in ordine ad una funzione che quest’ultimo è chiamato a realizzare: è sussidiario ciò che agisce da supporto a qualcosa di *principale* nell’espletare la *funzione* cui quest’ultimo è chiamato.

Tre sono pertanto i cardini concettuali della sussidiarietà: la pluralità di elementi (anche solo due), la loro reciproca alterità e la funzione del principale di essi.

A tale concetto si avvicina, ma non si identifica, la locuzione «*extrema ratio*». Sul piano logico-linguistico⁶⁹, detta formula aggiunge alla triade pluralità-alterità-funzione un elemento ulteriore: mentre ciò che è sussidiario è in

⁶⁷ Dal latino *sub-sidère*, seder sotto, chinarsi sul ginocchio, soffermarsi. «In origine designò la retroguardia o riserva dell’esercito romano, che soleva fermarsi alle spalle della seconda schiera, composta dal fiore dei combattenti, col ginocchio destro piegato e la sinistra gamba avanzata e protesa, cogli scudi appoggiati sugli omeri e con le aste conficcate obliquamente in terra, pronti a sorgere e precipitare sul nemico. E di qui passò al senso più generale di rinforzo, soccorso, aiuto nella necessità, sovvenzione»: PIANIGIANI, *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, Roma, 1926 (versione *on-line* consultabile al sito www.etimo.it).

⁶⁸ «*Sussidiario*» (voce), vocabolario Treccani, Roma, 2015.

⁶⁹ Per un approfondimento sul tema della logica giuridica e dell’analisi semantico-lessicale, cfr. GILARDONI, *Logica e argomentazione*, Milano, 2005; SCHAUER, *Il ragionamento giuridico. Una introduzione*, Roma 2016. Sulla crisi “logica” del nostro sistema giuridico, cfr. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.

posizione di mera sotto-ordinazione funzionale, ciò che è estremo⁷⁰ è necessariamente l'ultimo e più remoto elemento della catena logica. In altri termini, posta una pluralità di elementi (di *rationes*), è *extremus* quello che di essi si colloca logicamente e funzionalmente per ultimo o alla massima distanza. La sussidiarietà distingue perciò il “principale” dal “secondario”; l'*extrema ratio* il “principale” dall' “ultimo”. Per questa ragione, il termine «sussidiarietà» e la locuzione «*extrema ratio*», pur avendo una struttura logica in larga parte sovrapponibile, hanno significati che non coincidono pienamente sul piano logico-linguistico.

Lontano dal significato di sussidiarietà ed *extrema ratio* è quello di proporzionalità. La proporzione postula una pluralità di elementi tra loro legati da una costante k ⁷¹ (diretta o inversa): due (o più) elementi sono tra loro proporzionali quando, al mutare del valore dell'uno o dell'altro, non muta il rapporto espresso dalla costante. Viene meno così il nucleo concettuale della sussidiarietà: ferma la necessaria pluralità di elementi, cade il requisito della reciproca alterità (il rapporto di proporzionalità postula classi di grandezze omogenee) così come quello della subordinazione funzionale. Sul piano logico e linguistico, infatti, la proporzionalità indica unicamente l'esistenza di una costante tra gli elementi della relazione, non già di una relazione di subordinazione o di successione funzionale. Essa, cioè, nulla dice del rapporto di sotto- o sovra-ordinazione tra elementi, ferma l'esistenza di una relazione

⁷⁰ «Dal latino *extremus*, superlativo di *exter* o *externus* (che rampolla dalla preposizione *ex* fuori); *propr.* che è più fuori di tutti. Come *agg.*: che è in fine o verso il fine; ultimo, finale; che sta ai due capi di una cosa; *fig.*: il più lontano o remoto, sommo, massimo (onde il senso di eccessivo, grandissimo, gravissimo e simili). Come *sost.*: fine, termine di una cosa; ed *estens.*: il più alto in grado, l'ultimo segno al quale una cosa può giungere»: PIANIGIANI, *Vocabolario Etimologico* cit.

⁷¹ «[...] In matematica: proporzionalità diretta, relazione che sussiste tra due classi (di numeri o di grandezze omogenee) fra le quali sia stabilita una corrispondenza biunivoca in modo che il rapporto k tra due elementi qualsiasi della prima classe sia uguale al rapporto tra i due elementi corrispondenti della seconda classe; p. inversa, relazione che si ha quando il rapporto tra due elementi della prima classe è uguale all'inverso del rapporto tra i due elementi corrispondenti della seconda classe (da «*Proporzionalità*» (voce), vocabolario Treccani, Roma, 2015).

costante che li avvince. Tornando alla terminologia utilizzata in precedenza, la proporzionalità non individua dunque né il “principale” né l’“ultimo”, indicando piuttosto la presenza di una costante che definisce il rapporto.

In definitiva, il termine sussidiarietà e la locuzione *extrema ratio*, pur non coincidendo, sono prossimi per struttura logica e significato lessicale. Il loro utilizzo come sinonimi non è interamente corretto, ma non può dirsi nemmeno del tutto improprio, stante l’esistenza di un nucleo concettuale comune. In disparte si pone invece la proporzionalità, la quale ha significato e struttura logica profondamente diversi. Proporzionalità e sussidiarietà (ed *extrema ratio*), che certo non sono sinonimi, non possono nemmeno considerarsi vicini sul piano logico.

3.2 *La definizione del principio penalistico di sussidiarietà.* – In letteratura – si è visto – vi sono innumerevoli definizioni del principio di sussidiarietà, aventi portata e significato differenti. Pur nella loro diversità, vi è in esse un nucleo che tutte paiono condividere. Il principio di sussidiarietà, infatti, è solitamente espresso tramite una proposizione di questo tenore:

0. il diritto penale deve costituire risorsa di ultima istanza (*extrema ratio*).

Questa formula rappresenta la definizione più neutra e meno “compromettente” del principio ma, per la stessa ragione, anche la più ambigua⁷². Per attribuire significato alla proposizione, è necessario precisare i termini che la costituiscono. Si propone pertanto una sequenza di formule, con le quali rendere progressivamente sempre più pregnante la definizione del principio di sussidiarietà che si intende articolare in queste pagine. Ogni

⁷² Si veda il già citato passo di DONINI: «che ciò non sia se non episodicamente contestato, attesta che si tratta di un assunto il quale, per quanto importante, è poco esplicativo: il vero *punctum dolens*, oggi, risiede altrove» (*Teoria del reato* cit., 117, 118).

successiva definizione vale a specificare un elemento della definizione precedente, secondo quanto sarà spiegato in seguito. Il principio di sussidiarietà può essere precisato come segue:

1. al diritto penale si *può* ricorrere *solo* come risorsa di ultima istanza;
2. alla *previsione della pena* si può ricorrere solo come risorsa di ultima istanza;
3. alla *previsione della pena* si può ricorrere solo *quando strettamente necessario*;
4. alla *previsione della pena* si può ricorrere solo quando strettamente necessaria *al raggiungimento di un obiettivo (di politica criminale)*;
5. alla *previsione della pena* si può ricorrere solo quando essa *costituisca lo strumento più efficace* nel raggiungimento di un obiettivo (di politica criminale).

Queste progressive definizioni chiariscono che:

- *sub 1.*: la sussidiarietà, al pari dei principi garantistici di matrice liberale, è *condizione necessaria* (mai sufficiente) del ricorso allo strumento penale. Essa ha cioè valenza unicamente negativa, operando in funzione di *limite* alla normazione penale, secondo quanto illustrato nel paragrafo precedente⁷³: la sussidiarietà, al pari dell'offensività, definisce gli spazi che sono preclusi al legislatore, ma non impone a questo di intervenire laddove la normazione sia legittima.

- *sub 2.*: la sussidiarietà è un principio che regola la scelta tra tipologie di strumenti sanzionatori, di cui postula (anche logicamente) la reciproca alterità. In altri termini, il principio presiede alla selezione di strumenti sanzionatori di tipo diverso, penali ed extra-penali. Una simile scelta, in un

⁷³ Cfr. *antea* Paragrafo 2.3.

sistema informato al principio di legalità⁷⁴, non può che avvenire in forza di una legge ed essere, perciò, demandata al legislatore. La sussidiarietà si rivolge a quest'ultimo, cui impone di preferire la previsione di strumenti sanzionatori non-penalistici. Ne consegue che il principio opera sul piano astratto della selezione delle condotte punibili ed esaurisce il proprio ambito di operatività al momento della previsione della pena: ciò che deve costituire risorsa di ultima istanza è la previsione di una sanzione penale per la punizione di condotte devianti⁷⁵, non già la sua comminazione in sede giudiziale o la sua esecuzione (cfr. *infra*).

- *sub* 3.: la necessità costituisce il referente operativo del principio di sussidiarietà. Detto concetto affonda le proprie radici nella tradizione giusrazionalistica del diciassettesimo e diciottesimo Secolo, la quale invoca una legittimazione del potere punitivo pubblico attraverso criteri razionali. Detta giustificazione è trovata nel concetto di necessità, ossia nell'indispensabilità della sanzione penale rispetto agli obiettivi che lo Stato moderno si è posto. Sarà la rivoluzione illuministica a collocare detti obiettivi all'interno di un quadro valoriale definito, elevando la tutela della persona ad obiettivo del sistema istituzionale, ivi incluso di quello punitivo. In questo contesto, il concetto di necessità traduce la funzionalizzazione della pena in chiave di tutela della libertà personale e fornisce lo schema operativo del principio: (in forza del principio di sussidiarietà) la pena è legittima nella misura in cui è indispensabile, ad un tempo, per la punizione di condotte devianti e per la

⁷⁴ Sull'attualità del principio di riserva di legge in materia penale, cfr. per tutti CUPELLI, *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012. Cfr. più di recente FORNASARI, *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in *Dir.Pen.Cont. – Rivista Trimestrale*, II, 2018, 162.

⁷⁵ Sul significato di questo termine, di matrice criminologica, cfr. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *La questione criminale*, 1975, I, 23; ID., *Sistema penale ed emarginazione sociale*, in *La questione criminale*, 1976, II, 237; ID., *Criminologia critica e critica del diritto penale* cit., 83; cfr. anche LÜDERSEN, *Funzionalismo e controllo della devianza*, cit. 213; MOSCONI, *Crisi del diritto e critica della devianza*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1985, III, 269; nonché, in termini più generali, PITCH, *La devianza*, Firenze 1975.

tutela della libertà individuale, tanto quella dei devianti quanto quella dei non devianti⁷⁶.

- *sub* 4.: la necessità, referente operativo della sussidiarietà, postula *un obiettivo di politica criminale* che con la previsione di una pena si intende raggiungere. Da questa angolazione⁷⁷, la sanzione penale costituisce uno strumento tra i tanti di regolazione sociale, un marchingegno (sanzionatorio) nelle mani del legislatore, con il quale raggiungere un determinato obiettivo di controllo della devianza che sia compatibile con il quadro costituzionale vigente. Detto traguardo – sia chiaro sin d’ora – non è obiettivo *della* pena, ossia finalità interna della sanzione penale, bensì obiettivo da raggiungere (eventualmente) *con* la previsione della pena, dunque finalità condivisa del sistema sanzionatorio pubblico nel suo complesso.

- *sub* 5.: l’indispensabilità di una sanzione rispetto ad un’altra, in funzione di uno scopo che il sistema regolatorio pubblico si è posto, non può che essere valutata in ragione della sua *maggiore efficacia*⁷⁸ nel raggiungimento del predetto scopo. Il principio di sussidiarietà penale presuppone quindi una valutazione fondata su dati empirici – ambizione velleitaria nel nostro Paese⁷⁹ – dell’efficacia del sistema regolatorio e di quello (*recte* di quelli) sanzionatorio nella prevenzione e repressione di fenomeni di devianza.

Alla luce dell’analisi condotta sinora, è possibile tentare una definizione del principio di sussidiarietà da una diversa angolazione. Si è detto che

⁷⁶ «E l’utilità la cui realizzazione giustifica razionalmente l’artificio non è solo, come per Bentham, la massima utilità dei non devianti ma anche, come si è visto, la minima afflizione dei devianti; non solo “il massimo di felicità” ma anche “il minimo d’infelicità possibile”» (FERRAJOLI, in *L’attualità del pensiero di Cesare Beccaria* cit. 140). Il punto è ripreso dall’Autore con maggiore ampiezza in *Diritto e ragione* cit. 325.

⁷⁷ Che riflette la concezione di diritto penale orientata alle conseguenze, cui fa riferimento DONINI in *Il volto attuale* cit., 65 (cfr. anche *antea* Paragrafo 1.1).

⁷⁸ Sui diversi significati possibili di questa locuzione, cfr. il classico PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., 444. Il punto sarà approfondito nel prosieguo.

⁷⁹ Ma non solo: cfr. in ambito sovranazionale DE BONDT, *Evidence based EU criminal policy making: in search of matching data*, in *European Journal of Criminal Policy and Research*, 2014, XX, 23.

l'efficacia dell'incriminazione (ossia della previsione di pena) va valutata in funzione di un obiettivo di politica criminale⁸⁰ (*sub* 4.). Da questa prospettiva, il principio di sussidiarietà può essere definito come quello per il quale, posto un obiettivo di politica *criminale*, alla politica *penale* si può ricorrere solo se strettamente *necessario*⁸¹. Il legislatore deve perciò dimostrare che, per un particolare obiettivo di politica criminale, prevedere una pena sia più efficace che prevedere una sanzione amministrativa o di carattere privatistico o un altro strumento di “reazione all'illecito” (sul punto, cfr. *infra* Capitolo 3). Solo allora sarà stato superato il vaglio di sussidiarietà e l'incriminazione, che pure non sarà obbligata, potrà dirsi legittima.

3.3 *Alle fondamenta della sussidiarietà: la tenuta dell'argumentum libertatis.*

– Il principio di sussidiarietà, al pari degli altri principi garantistici che informano il sistema penalistico, si fonda su di un presupposto implicito ma ineliminabile: che la pena rappresenti la sola tipologia di sanzione in grado di togliere, o quantomeno limitare, la libertà personale. Poiché quest'ultima costituisce l'interesse di vertice, la sua limitazione tramite il ricorso alla sanzione penale deve essere soggetta a vincoli di carattere formale e sostanziale.

Questa impostazione, nota come *argumentum libertatis*, ha trovato fondamento dogmatico ed aggancio al quadro costituzionale vigente nella nota

⁸⁰ Sulle cui nozioni si veda DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale* cit., 77 e 78: «La politica *criminale* è quel settore della legislazione e dell'amministrazione dello Stato [...] che si occupa della prevenzione del crimine (neutralizzazione o riduzione del fenomeno), e in realtà, oggi, anche delle sue conseguenze. [...] La politica *penale*, invece, è il diritto penale, cioè quella concretizzazione legislativa della lotta alla criminalità che si trova espressa nel codice penale e interviene a penalizzare con strumenti dunque repressivi». Per un'analisi più approfondita del tema, cfr. ZIPF, *Politica criminale* (trad. it. A BAZZONI), 1989, Milano; nonché, naturalmente, ROXIN, *Politica criminale e sistema del diritto penale* (a cura di MOCCIA), Napoli, 1986.

⁸¹ FERRAJOLI L., *Diritto e ragione* cit., 476.

teoria costituzionalmente orientata di bene giuridico proposta dal Bricola⁸², la quale, in uno con il fecondo dibattito che ne è derivato, ancora costituisce la cifra di innovazione ed originalità della dottrina italiana sul tema⁸³.

Ebbene, l'evoluzione del sistema giuridico italiano ha privato l'*argumentum libertatis* di gran parte della propria forza dimostrativa. La già menzionata crisi di effettività del sistema sanzionatorio penale e la proliferazione di sotto-sistemi penali⁸⁴ e di sistemi sanzionatori para-penali⁸⁵ fanno dubitare che la pena, come tipologia di sanzione pubblica, sia *per definizione* in grado di attingere alla libertà personale del condannato, con questo minando le fondamenta stesse dell'edificio penalistico⁸⁶.

Alcuni Autori hanno tentato la strada di una rielaborazione “moderna” dell'*argumentum libertatis*, mettendo in evidenza come pena costituisca l'unica tipologia di sanzione a comportare un «rischio per la libertà»⁸⁷ o come essa sia, almeno, la “più severa” tra quelle a disposizione del legislatore⁸⁸. Tali rimediazioni, invero, non appaiono convincenti: la prima non può dirsi una

⁸² Il riferimento è alla già citata *Teoria generale del reato* BRICOLA, ed alla copiosa letteratura che ne è seguita. Per la ricchezza dei riferimenti bibliografici, si veda DONINI, *Selettività e paradigmi* cit., 343, nota 3.

⁸³ «Il principio di offensività è l'elemento più originale e caratterizzante dell'orientamento costituzionalistico italiano al diritto penale»: DONINI, *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei* cit., 1.

⁸⁴ Si pensi alla recente riforma dei reati ambientali (su cui, cfr. *ex multis*, RUGA RIVA, *I nuovi ecoreati. Commento alla legge 22 maggio 2015*, n. 68, Torino, 2015; SIRACUSA, *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli “ecodelitti”: una svolta “quasi” epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in www.penalecontemporaneo.it, 2015).

⁸⁵ Il riferimento è al già menzionato “diritto penale-amministrativo”, (sul quale, cfr. per tutti il classico PALIERO, *Il diritto penale-amministrativo* cit., 433).

⁸⁶ «La “flessibilizzazione” della risposta sanzionatoria, e della sua incidenza reale, la perdita dell'originario contenuto afflittivo, così come la presa d'atto della sua frequente ineffettività, tacitando la “cattiva coscienza” del penalista con considerazioni prasseologiche dotate di grande forza di convincimento circa l'innocuità in concreto dell'etichettamento penale, o comunque la sua variabile incisività, sembra essersi ripercossa direttamente sullo stesso problema giustificativo dell'opzione punitiva» (MANES, *La perdita di centralità dell'argumentum libertatis (in senso stretto) e le sue ricadute*, in *Il principio di offensività* cit., 134). Tale tendenza, sfumando i confini tra sanzione penale ed extra-penale, impedisce una distinzione tipologica fondata sul criterio dell'incidenza sulla libertà personale (sul punto, cfr., *antea* Paragrafo 2.2).

⁸⁷ Così lo stesso BRICOLA, *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in *Scritti di diritto penale* cit., 1273; nonché ID., *Art. 25, 2° e 3° comma*, in BRANCA (a cura di) *Commentario della Costituzione: Rapporti civili*, Bologna, 1981, 227.

⁸⁸ Sull'insufficienza del parametro quantitativo della severità della sanzione quale contrassegno della sanzione penale, cfr. MAZZACUVA F., *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *RIDPP*, 2013, 1899.

costante ineliminabile della pena, mentre la seconda è smentita dall'asprezza del sistema sanzionatorio amministrativo. La crisi dell'*argumentum libertatis* è dunque ostacolo difficilmente superabile.

Cionondimeno, ci sembra opportuno unirci al coro di coloro che, pur nell'indiscutibile logoramento di una derivazione *more geometrico* delle garanzie penali dalla tutela della libertà personale, ritengono debba essere salvaguardata una dimensione penalistica delle garanzie individuali, quantitativamente e qualitativamente diversa da quella prevista nei confronti di altre tipologie di sanzioni. Di più: la tesi che si sostiene in queste pagine poggia proprio sull'idea che debbano essere mantenute – anzi, rivalutate – le specificità di ordine sostanziale e funzionale della sanzione penale, cui agganciare un sistema di garanzie che a quest'ultima soltanto devono applicarsi (nella loro integralità). Impregiudicata la possibilità di un'estensione di talune garanzie a sanzioni di tipo diverso⁸⁹, la “singolarità della pena” – quale capacità di incidere sulla sfera giuridica del condannato e conseguente necessaria “appartenenza” dell'illecito al suo autore⁹⁰ – costituisce, ad avviso di chi scrive, un riferimento irrinunciabile nella rimeditazione e ricostruzione di taluni luoghi del diritto (penale). Essa dunque resterà un punto fermo dell'analisi che segue.

3.4 *I due postulati della sussidiarietà: la pluralità di tipi di illecito...* – La definizione di sussidiarietà che si viene di offrire postula:

- a. che la sussidiarietà presieda alla scelta tra sanzioni penali ed extra-penali (*sub* 2.);
- b. che la previsione di sanzioni penali sia strumentale ad un obiettivo di politica criminale (*sub* 4).

⁸⁹ Proposta articolata in modo mirabile da MAZZACUVA F., in *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

⁹⁰ Cfr. DONINI, *Illecito umanistico e colpevolezza personale*, in *Il volto attuale* cit. 197.

Detti postulati sono cruciali nel definire ambito operativo e struttura del modello qui proposto. In particolare il primo di essi – la pluralità di sanzioni di *tipo* penale ed extra-penale, alla cui scelta il principio presiede – costituisce l'architrave della definizione offerta e, per le conseguenze che ne derivano, il suo elemento forse più qualificante. A ben vedere, però, esso può apparire anche come la parte più arbitraria e fragile dell'intero edificio teorico, poiché non discende logicamente dalle premesse tracciate in apertura. È pertanto necessario un chiarimento.

Che il concetto di sussidiarietà postuli la reciproca alterità degli elementi della relazione logica non comporta di per sé solo che, sul piano giuridico-penale, il proprio ambito applicativo sia limitato alla scelta tra sanzioni penali ed extra-penali. La “diversa tipologia di sanzione” è locuzione poliseno, che ben può essere utilizzata all'interno dell'ambito penalistico per distinguere, ad esempio, le pene principali da quelle accessorie o le pene detentive da quelle pecuniarie. D'altronde, la stessa struttura logica della sussidiarietà può – e deve – essere applicata alla sanzione penale: la primazia costituzionale assunta dalla libertà personale impone al legislatore di prediligere la pena meno afflittiva, onde garantire la più modesta compressione della sfera giuridica del condannato, e più in generale di ricorrere alla pena detentiva solo se *necessaria*. Ecco che dunque lo schema operativo della sussidiarietà si ripropone, apparentemente senza distinzione, all'interno del perimetro penalistico, con ciò portando l'ambito di operatività del principio ben oltre la scelta tra sanzione penale ed extra-penale alla quale lo si era confinato in apertura.

Ebbene, un modo tanto facile quanto poco appagante di superare questo ostacolo sarebbe di aggirarlo: limitarsi cioè ad affermare che il modello

proposto in questa sede è unicamente quello della sussidiarietà c.d. “esterna”, relativa cioè alla scelta tra sanzioni penali ed extra-penali, non già della sussidiarietà c.d. “interna”, relativa cioè alla scelta tra le diverse sanzioni penali⁹¹. Si tratterebbe di una soluzione inappagante: non per mere esigenze di economia della trattazione si è deciso di limitarci alla sussidiarietà “esterna”.

Volendo affrontare davvero la questione del perimetro applicativo del principio in esame, può iniziarsi dal dire che il passaggio del meccanismo operativo della sussidiarietà dall'esterno del sistema penalistico al suo interno non è un passo breve. La sussidiarietà c.d. “esterna” (che impone la preferenza per lo strumento sanzionatorio extra-penale), e quella c.d. “interna” (che impone la preferenza per la pena più mite), nonostante la loro apparente vicinanza, ci paiono infatti divise da un profondo fossato.

La prima milita per una mitigazione della risposta sanzionatoria pubblica nel suo complesso, prediligendo forme private o forme pubbliche non coercitive di reazione all'illecito. La seconda si colloca, invece, nell'ottica di una umanizzazione della sola risposta sanzionatoria penale, ossia di una riduzione dei suoi livelli di afflittività, e solo indirettamente del perimetro applicativo del diritto penale.

La sussidiarietà c.d. “esterna” è poi direttiva che, in un sistema penalistico informato al principio di legalità, può essere rivolta soltanto al legislatore e che opera, dunque, sul piano astratto della selezione delle condotte punibili; la sussidiarietà “interna” è una direttiva che si rivolge (per lo meno) anche al giudice nella determinazione in concreto della pena. Sul piano teorico, la prima interviene in una prospettiva necessariamente extra-sistemica⁹²,

⁹¹ Terminologia – si è detto – mutuata da COCCO in *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato* cit., 253.

⁹² Si ricorre qui alla concezione di PADOVANI: «si ragiona in termini strettamente “intrasistemici” e cioè, per dirla più semplicemente, restando all'interno, e solo all'interno, del

poiché obbliga i penalisti ed il legislatore penale a confrontarsi con strumenti sanzionatori extra-penal, ricorrendo per lo studio di questi ultimi a categorie dogmatiche estranee al diritto penale⁹³. La seconda opera in una prospettiva intra-sistemica, cioè all'interno del recinto penalistico, e si muove secondo le categorie dogmatiche proprie del solo diritto penale.

Ancora, minimizzando il ricorso al diritto penale a favore di altri strumenti sanzionatori, la sussidiarietà “esterna” tutela *dal penale*, proteggendo *la società* da forme di coazione personale. Minimizzando l'intervento penale a favore di pene più miti, la sussidiarietà “interna” tutela invece *nel penale*, proteggendo *l'individuo* da forme di coazione personale. Di più: mentre la sussidiarietà “esterna” chiede protezione *allo Stato*, da cui pretende il più efficace contenimento dei fenomeni di devianza, la sussidiarietà “interna” postula l'esigenza di protezione *dallo Stato* contro le restrizioni della libertà personale. In questo senso, la sussidiarietà “esterna” vede nella pena un *servizio sanzionatorio* (tra i tanti) che lo Stato eroga per il raggiungimento di un determinato risultato, mentre la sussidiarietà “interna” la inquadra solo dalla prospettiva dell'*aggressione dei diritti* del reo.

Vi è infine una distinzione di carattere funzionale. Decidere quale tipo di sanzioni prevedere, prediligendo il più mite (sussidiarietà c.d. “esterna”), non equivale a decidere quale sanzione di uno stesso tipo prevedere, prediligendo la più mite (sussidiarietà c.d. “interna”): a mutare è infatti la *funzione* (della previsione) delle diverse tipologie di sanzioni.

sistema penale» (in *La problematica* cit. 119). La distinzione riecheggia ma non va confusa con la contrapposizione tra concezioni del bene giuridico «di carattere sistematico (*systemimmanent*)» e «di carattere critico (*systemtranszendent*)», proposta da HASSEMER (in *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in RIDPP, 1984, 104) e ripresa da MANES (in *Il principio di offensività nel diritto penale. Canone di politica criminale, criterio ermeneutico, parametro di ragionevolezza*, Torino 2005, 18).

⁹³ E dunque non si esaurisce nella – né è “schiava” della – categoria del bene giuridico. Cfr. *antea* Paragrafo 2.1.

La previsione di sanzioni penali ed extra-penali, stante la diversità dei requisiti di imputazione dell'illecito e del sistema istituzionale di cui sono espressione, risponde a logiche diverse. A costo di anticipare passaggi che saranno approfonditi nel prossimo Capitolo, va evidenziato sin d'ora come solo la previsione di una sanzione penale possa dirsi avere funzione deterrente “in senso proprio”⁹⁴: il consociato si attende – *dovrebbe* attendersi – che le pene siano sempre inflitte a coloro che hanno violato il precetto, donde la forza intimidatrice e la funzione general-preventiva (negativa) della loro previsione sul piano astratto⁹⁵. Questa conclusione resterebbe vera quand'anche, per ragioni di carattere special-preventivo, il giudice rinunciasse alla sanzione o applicasse sanzioni sostitutive: le vicende applicative della pena sono un “affare” tra lo Stato ed il solo colpevole⁹⁶.

Al contrario, la sanzione amministrativa ha una funzione principalmente “regolativa”, nella misura in cui il suo obiettivo primario è la tutela di un assetto di interessi, da intendersi come risultato regolatorio: per il contesto normativo nel quale è collocata⁹⁷, la funzione primaria della sanzione amministrativa non è quella di punire, ma di garantire l'obiettivo regolatorio avuto di mira “oltre la punizione”. In questo senso, le vicende applicative della sanzione amministrative sono un “affare di tutti”, perché tese ad assicurare

⁹⁴ Ossia che l'intimidazione costituisce la ragione stessa per cui una sanzione è prevista. Una “dose” di deterrenza è insita in qualsiasi tipologia di sanzione, stante la dimensione necessariamente afflittiva di quest'ultima. Con più precisione MAZZACUVA F.: «il carattere della afflittività - intesa come incidenza negativa sulla posizione giuridica di un soggetto - costituisce denominatore comune delle misure restitutorie, preventive e punitive (distinguendole dalle premiali)» (in *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea* cit., 1899).

⁹⁵ Momento cui deve essere confinata la funzione general-preventiva della pena. È in particolare di ROXIN l'intuizione per cui la pena svolge funzioni distinte nei tre momenti della minaccia, dell'applicazione e dell'esecuzione (cfr. ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe* cit., 377).

⁹⁶ «È per questo che nel caso concreto si può rinunciare *ex post* alla pena [...] senza vanificare le esigenze general-preventive, una volta acclarata l'avvenuta risocializzazione del reo» (DONINI, *Teoria del reato* cit. 91).

⁹⁷ Un contesto tendenzialmente “collaborativo”, che predilige cioè meccanismi di accertamento adesivo dell'illecito o procedure di collaborazione tra contravventore e organo sanzionatorio, e che garantisce comunque considerevoli margini di discrezionalità in capo all'Autorità pubblica deputata all'irrogazione della sanzione. Sul punto, cfr. *infra* Capitolo 3.

l'assetto regolatorio generale. Ed è per questo che, già sul piano astratto, la sua previsione non persegue – perlomeno, non primariamente – un obiettivo di deterrenza, bensì uno di regolazione degli interessi, la cui tutela è demandata all'autorità amministrativa attraverso (anche) meccanismi di “superamento della sanzione”⁹⁸.

A poco varrebbe eccepire che sanzioni di tipo diverso sono spesso utilizzate dal legislatore per scopi identici (tipicamente, sanzioni amministrative in funzione deterrente): il modello proposto vuole consentire un vaglio *critico* dell'operato del legislatore, e dunque non può fondare le proprie premesse sulle scelte (proprie o improprie) di quest'ultimo. In ogni caso, l'eccezione appare insufficiente per un verso, ed inconsistente per un altro. Quanto al versante definitorio, essa è insufficiente perché, quand'anche una sanzione fosse qualificata dal legislatore come formalmente “amministrativa”, nulla osterebbe alla sua qualificazione come pena sul piano sostanziale, con la conseguente applicazione dei relativi principi garantistici (tra i quali quello di sussidiarietà). Quanto al versante sostanziale, l'eccezione è inconsistente: se obiettivo primario del legislatore fosse la deterrenza e una sanzione fosse collocata in un contesto normativo fortemente “collaborativo”, tale previsione sarebbe inevitabilmente inefficace e fallirebbe, pertanto, il vaglio di necessità; se obiettivo primario fosse la regolazione di un determinato assetto di interessi e la sanzione fosse collocata in un contesto normativo rigido e “non

⁹⁸ Il che rende particolarmente problematica l'introduzione di sotto-sistemi penali, che paiono seguire un'identica logica di superamento della sanzione in funzione del raggiungimento dell'obiettivo di politica criminale avuto di mira. Emblematico l'esempio della disciplina del d.lgs. 274/2004 in materia di reati tributari: cfr. per tutti LANZI-ALDROVANDI, *Diritto penale tributario*, Padova, 2014 (in particolare il paragrafo iniziale *Il diritto penal-tributario, tra «particolarismo» e «principi generali»*); nonché CREPALDI, *Le recenti modifiche del diritto penale tributario: continua la strada verso il diritto penale della riscossione*, in *Giurisprudenza Penale*, X, 2017. Sia concessa anche una citazione al nostro PERILONGO, *Much ado about something? The PIF Directive Proposal and its impact on the Italian legal system*, in *European Criminal Law Review*, II, 2016, 264.

collaborativo”, tale previsione sarebbe parimenti inefficace e fallirebbe, pertanto, il vaglio di necessità.

I profili funzionali delle sanzioni penali ed extra-penali saranno approfonditi nel prosieguo. Basti in questa sede la considerazione che la previsione sul piano astratto di sanzioni penali ed amministrative risponde a logiche diverse. Ne consegue che il meccanismo operativo della sussidiarietà è fortemente condizionato dal suo applicarsi “all’interno” o “all’esterno” del sistema penale.

In definitiva, vi è una cesura netta tra sussidiarietà “interna” ed “esterna”: esse si fondano su premesse giusfilosofiche non interamente sovrapponibili, hanno portata applicativa differente e non coincidono sul piano funzionale. Non è dunque arbitraria la scelta di trattare partitamente i due principi – di più, di trattarli come principi distinti – e di soffermarsi sulla sola sussidiarietà “esterna”, assumendo la pluralità di *tipologie* di sanzioni diverse – da intendersi come penali ed extra-penali – come postulato di base del principio qui in esame.

Prima di chiudere, un’ultima precisazione.

Si è detto in apertura come vi sia considerevole confusione in letteratura circa i confini dei principi di sussidiarietà, proporzionalità, offensività o tenuità. Pur mantenendo fede al proposito di non occuparsi della sussidiarietà interna, è questa la sede per tentare un rapido chiarimento.

La proporzionalità presuppone, anche sul piano logico, l’omogeneità dei termini della relazione. In ambito giuridico-penale, dunque, al pari della sussidiarietà interna, essa non può che trovare applicazione nei confronti della sola sanzione penale, postulando la proporzione tra la pena inflitta e la lesione sofferta. Più precisamente, in forza del principio di proporzionalità, una pena è

legittima *nella misura in cui* la compressione della libertà personale (*recte*, della sfera giuridica) del condannato trova giustificazione nell'offesa da questo arrecata ad un interesse costituzionalmente tutelato. Di tutta evidenza, la grammatica e le categorie teoriche sono quelle del principio di offensività, nella declinazione costituzionalmente orientata offertane da Bricola. È dunque nel contesto teorico dell'offensività ed attraverso la relativa categoria veicolare, il bene giuridico, che si esprime in ambito penalistico il principio di proporzionalità⁹⁹. Ed è ancora a questo contesto dogmatico (ed al medesimo strumentario teorico) che va ricondotto il principio di esiguità (*Geringfügigkeitsprinzip*), quale «concretizzazione del principio di proporzionalità»¹⁰⁰.

Per evitare improprie contaminazioni dogmatiche va, però, tracciata una netta distinzione tra proporzionalità/offensività (ed esiguità) da un lato, e sussidiarietà “interna” dall'altro: la prima quale criterio di legittimazione della pena proporzionata all'offesa al bene giuridico, la seconda quale criterio di legittimazione della pena *necessaria*. Il concetto di necessità, meccanismo operativo della sussidiarietà, distingue l'*extrema ratio* dalla proporzionalità, ed assegna alla prima una connotazione funzionale che è assente nella seconda. Da questa prospettiva, la sussidiarietà opera sinergicamente al (nel senso di: al fianco del) principio di offensività/proporzione nel ridurre la portata della risposta penalistica, ma non si esprime attraverso le categorie di quest'ultima:

⁹⁹ Con il rischio di un assorbimento della prima nella seconda e conseguente depotenziamento della portata critica del principio di offensività. Osserva acutamente MANES che il «progressivo trasmodare del criterio di offensività nel differente e contiguo paradigma offerto del criterio di proporzione [...] ha spostato il problema della legittimazione sul *quomodo*, o, in modo ancor più anodino, sulla preta valutazione quantitativa della scelta sanzionatoria, piuttosto che sullo stesso *an* dell'opzione incriminatrice » (in *Il principio di offensività* cit., 137,138). Sulla riduzione del principio di offensività a quello di proporzionalità/ragionevolezza cfr. anche BRICOLA, *Teoria del reato* cit., 18; nonché DONINI, *Teoria generale del reato* cit., 108. Con singolare inversione dei fattori, riconduce il principio di offensività nell'ambito del principio di “proporzionalità” PAGLIARO, in *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale: metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Indice Penale*, 1994, 255.

¹⁰⁰ PALIERO, *Minima non curat praetor* cit., 663.

per essere ancor più chiari, il principio di sussidiarietà “interna” non può essere costruito attraverso la categoria del bene giuridico tutelato. La sussidiarietà, infine, ci sembra offra una via più agevole e diretta allo studio pratico-empirico delle funzioni¹⁰¹ della pena ed dell’efficacia del sistema penale, non essendo costruita secondo logiche di tipo assiologico e teleologico capaci di riferirsi ad una «quantità di sapere empirico circoscritta»¹⁰².

3.5. ...(*segue*) e un obiettivo di politica criminale – Il secondo postulato del principio di sussidiarietà “esterna” è la strumentalità della previsione di una sanzione penale ad un obiettivo di politica *criminale*.

Mentre la strumentalità della sanzione ad un obiettivo è insita nel carattere funzionale del concetto di sussidiarietà ed è sottesa a quello di necessità (che del primo costituisce il referente operativo), che detto obiettivo debba essere di politica *criminale* è asserzione ancora priva di adeguata giustificazione. È perciò necessario fare chiarezza su quale predicato debba – o possa – avere la funzione della pena (*recte*, dell’incriminazione) al fine di assicurare l’operatività del principio di sussidiarietà “esterna”. Banalizzando: se è vero che la previsione di una sanzione penale deve essere (l’ultima risorsa) necessaria, essa dev’essere necessaria *a che cosa?*

Il pensiero corre quasi istintivamente alle c.d. “funzioni della pena”¹⁰³. Si tratta però di un’intuizione poco felice: si è visto che la sussidiarietà può essere definita come quel principio in forza del quale, posto un obiettivo di politica *criminale*, alla politica *penale* si può ricorrere solo se strettamente

¹⁰¹ Sulla distinzione tra «criterio di applicazione della pena (“quando” punire)» e «scopo della pena (“perché” punire)» cfr. FERRAJOLI, *Diritto e ragione* cit. 364; ID, *Diritto penale minimo* cit. 494

¹⁰² DONINI, *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria* cit. 132.

¹⁰³ Il tema è, naturalmente, vastissimo e vi si tornerà più diffusamente nel prossimo Capitolo. Per una provvisoria indicazione bibliografica, cfr. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, Torino, 1990; EUSEBI, *La funzione della pena. Il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989; ID., *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.

necessario. Per loro stessa definizione, le funzioni della pena sono – nei limiti in cui si dirà in seguito – obiettivi perseguiti con la previsione della sanzione penale; sono cioè obiettivi di politica *penale*. Dal momento però che è della politica penale che si deve verificare la necessità, non può un obiettivo ad essa interno fungere da parametro.

A tale conclusione può giungersi da un'altra angolazione. Secondo l'insegnamento comune, le funzioni della pena sono – per limitarsi alle “principali” – la retribuzione, la general-prevenzione negativa e special-prevenzione positiva. Al fine di rispondere al quesito che ci si è posti in apertura, si può tentare di verificare quale spazio di applicazione possa avere il principio di sussidiarietà esterna in relazione a ciascuna di queste funzioni.

Tale via è *ictu oculi* sbarrata in riferimento alla retribuzione. La formulazione del principio sarebbe la seguente: «alla criminalizzazione si può ricorrere solo quando essa costituisca lo strumento *più efficace a retribuire*» (*sub* 5). Questa formula, priva di forza dimostrativa laddove alla retribuzione si attribuisca una connotazione etico-morale¹⁰⁴, trova più agevolmente cittadinanza nella concezione anglosassone di *retribution*, quale “funzione espressiva” (nel senso di comunicativa) del disvalore¹⁰⁵. Tuttavia, a prescindere dalla condivisione in dottrina di una simile impostazione, la retribuzione ci sembra indicare la *ragione* (non già l'*obiettivo*) per cui si *punisce* (non già si

¹⁰⁴ Quale restituzione al reo del male inferto, imperativo morale autolegittimantesi (cfr. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, cit. 59). L'inquadramento della pena come male in sé (cfr. PALIERO, *Il principio di effettività* cit., 444) esclude *in limine* l'accoglimento di una concezione assoluta di pena di stampo etico.

¹⁰⁵ Cfr. per tutti FEINBERG, *The expressive function of punishment*, in *The monist*, 1965, III, 397: «Punishment is a conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, on the part either of the punishing authority [...] or of those “in whose name” the punishment is inflicted». Come esempio estremo del “*neo-retributivism*” anglo-americano, cfr. MOORE, *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997. Più in generale, cfr. HUSAK, *The criminal law as a last resort*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, 207.

inrimina)¹⁰⁶ e deve più correttamente essere inquadrato come criterio distributivo della responsabilità¹⁰⁷.

Fortuna non maggiore trova la sussidiarietà “esterna” con riferimento alla retribuzione generale negativa (ossia la deterrenza). La formulazione del principio sarebbe la seguente: «alla criminalizzazione si può ricorrere solo quando essa costituisca lo strumento sanzionatorio *più deterrente*» (*sub* 5). In questa ipotesi, il principio avrebbe senso logico ma esiti paradossali. È infatti lecito affermare che la sanzione dotata di maggior effetto deterrente sia quella più severa. Poiché però la sanzione più severa, per le ragioni già illustrate, deve essere la pena¹⁰⁸, l'applicazione del principio di sussidiarietà renderebbe sempre ammissibile l'uso della sanzione penale. La sussidiarietà si trasformerebbe così in principio di *prima ratio*.

Infine, il principio di sussidiarietà non pare applicabile alla prevenzione speciale positiva. La formulazione del principio sarebbe la seguente: «alla criminalizzazione si può ricorrere solo quando essa costituisca lo strumento *più efficace a risocializzare*» (*sub* 5). A questo proposito, vale ribadire che il principio di sussidiarietà regola la scelta *da parte del legislatore* tra diverse tipologie di strumenti sanzionatori (*sub* 2). La prevenzione speciale, che pure è un obiettivo

¹⁰⁶ Parla di “funzione istituzionale” della retribuzione NEUMANN, secondo il quale essa «non concerne una possibile attribuzione di senso o di scopo alla istituzione “pena”, ma la struttura della stessa. [...] Il dato che qualcuno venga punito suscita la domanda: *per cosa?* e non – o perlomeno non in prima linea – la domanda: *a che fine?*» ([contributo senza titolo] in STORTONI-FOFFANI, *Critica e giustificazione*, cit. 307). Il punto è ben evidenziato da BRICOLA: «Lo Stato non punisce perché vi è un fatto colpevole, ma punisce per proteggere un bene giuridico, *se* vi è un fatto colpevole: la colpevolezza – o meglio... la sua *retribuzione* – non è la ragione per la quale lo Stato impegna la pena, ma criterio al quale la Costituzione, con l'art. 27, 1° comma, costringe il legislatore ad attenersi affinché ne usi nel meno peggiore dei modi» (in *Tecniche di tutela penale e tecniche alternativa di tutela*, in *Scritti* cit., 1516).

¹⁰⁷ Secondo la felice espressione «*retribution in distributions*» di HART, in *The concept of law*, Oxford, 1961. Sulla “*distributive rule*” di HART, cfr. la celebre introduzione di GARDNER, alla raccolta di scritti *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law by H.L.A. Hart*, Oxford, 2008, xiii.

¹⁰⁸ Quanto detto – si noti – non vale ad affermare che quanto più la sanzione è severa, tanto più essa ha effetto deterrente. Ci sono, anzi, ragioni per ritenere il contrario. Si afferma invece che la sanzione con maggior effetto deterrente è necessariamente quella, tra le varie a disposizione del legislatore, complessivamente più incisiva sulla sfera giuridica del condannato; cioè la sanzione penale.

in senso proprio della pena, si riferisce alla sua applicazione/esecuzione, cioè alla *punizione*, e non alla sua previsione: «la necessità della pena, nel sistema vigente, è collegata all'*intimidazione*, non ad una presunta sua indispensabilità per la *rieducazione*»¹⁰⁹. La prevenzione speciale è, insomma, criterio *interno* alla tipologia penalistica e perciò ricade, al più, nell'ambito teorico della sussidiarietà “interna”.

In definitiva, l'obiettivo cui la sussidiarietà impone di fare riferimento è un obiettivo di politica criminale diverso e ulteriore rispetto alle c.d. “funzioni della pena”. Sono anzi queste ultime (ossia gli obiettivi di politica *penale*) a doversi dimostrare necessarie al raggiungimento dell'obiettivo di politica *criminale*.¹¹⁰ Per svolgere questo tipo di analisi è necessario studiare quali funzioni sono proprie della criminalizzazione e quali della previsione di sanzioni extra-penali (cosa la previsione di una sanzione – penale o extra-penale – *può fare*), nonché analizzare come esse si traducano nella pratica (cosa la previsione di una sanzione – penale o extra-penale – *fa*). Sarà questo l'oggetto del prossimo Capitolo.

¹⁰⁹ «Il riferimento è agli scopi perseguiti dall'*incriminazione*, non dalla pena “in sé”, né dal diritto penale “in sé”. Non esistono, infatti, una pena in sé o un diritto penale che abbia degli scopi unitari e indifferenziati» (DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale* cit., 9, in nota).

¹¹⁰ Per tornare allo schema argomentativo utilizzato in apertura, e limitandoci alla prevenzione generale negativa, la definizione di sussidiarietà “esterna” è la seguente: «*alla deterrenza* si può ricorrere solo quando essa costituisca lo strumento *più efficace* per il raggiungimento dell'obiettivo di politica *criminale*».

CAPITOLO 3

Le funzioni delle sanzioni

«Quello democratico è un disegno intrinsecamente contraddittorio. Chi pretenda di sviluppare tutti i principi cui esso si ispira fino alle loro estreme conseguenze finirà per aggravarne le contraddizioni, e rischierà di portare l'intero progetto al naufragio. Chi invece desideri salvaguardare la democrazia sul lungo periodo farebbe bene a pensarla non in una maniera lineare e astratta – come una cascata di sillogismi nella quale, con logica implacabile, le conseguenze siano dedotte dalle premesse –, ma in una maniera circolare e storica: come un complicato esercizio pratico di manutenzione delle contraddizioni, di costante correzione, di saggio bilanciamento»¹.

SOMMARIO: 1. Premessa: il metodo e i limiti dell'analisi. – 2. La nozione di sanzione giuridica. 2.1 Della sanzione giuridica in generale. – 2.2 Della sanzione “in senso stretto”. – 3. Le funzioni della sanzione amministrativa. 3.1 Evoluzione storico-normativa della sanzione amministrativa: una storia di depenalizzazione. – 3.2 Lo statuto normativo della sanzione amministrativa depenalizzata... – 3.3 [segue] ...ed il suo volto costituzionale italiano e sovranazionale. – 3.4 Sanzioni (in senso proprio) “propriamente” amministrative? Il caso della disciplina antitrust. – 4. Le funzioni della pena. 4.1 I “momenti” della pena, i vincoli costituzionali e le diverse tipologie di teorie giustificanti. – 4.2 Le funzioni della pena: classificazioni preliminari. La retribuzione. – 4.3. Le teorie relative: la prevenzione generale... – 4.4. [segue]... e la prevenzione speciale. – 5. Conclusioni.

1. Premessa: il metodo e i limiti dell'analisi

Negli scorsi paragrafi si è visto come il moderno principio di sussidiarietà (o di *extrema ratio*) trovi il proprio referente operativo nella *necessità*, concetto che esprime la funzionalizzazione della potestà sanzionatoria pubblica – penale, in primo luogo – in chiave di massima tutela (possibile) della libertà individuale, tanto quella dei devianti quanto quella dei non devianti. La pena rappresenta, dunque, un meccanismo giuridico – tra i tanti, anche non sanzionatori – di regolazione delle condotte dei consociati, destinato ad operare all'interno di un quadro valoriale in evoluzione ma costituzionalmente delimitato, al centro del quale è posta la libertà dell'individuo. Da questo punto di vista, la legittimità della penalizzazione deve essere misurata al vaglio della

¹ ORSINA, *La democrazia del narcisismo. Breve storia dell'antipolitica*, Venezia, 2018, 19.

sua *necessità/indispensabilità* ai fini del raggiungimento di un obiettivo di politica criminale, ossia di un obiettivo di contenimento di fenomeni di devianza.

Definiti in questi termini il perimetro ed il meccanismo applicativo del principio di sussidiarietà, risulta di tutta evidenza indispensabile comprendere quali funzioni assolva la pena e quali, invece, le sanzioni extra-penali. Ed è, appunto, questo l'oggetto del presente capitolo.

Prima di proseguire, però, alcune precisazioni sono necessarie.

Uno studio esaustivo del principio di sussidiarietà “esterna” impone l'analisi di tutti i possibili strumenti (giuridici²) extra-penali di “reazione” (in senso lato) all'illecito, ivi inclusi quelli di carattere non sanzionatorio o quelli di matrice non pubblicistica. Si deve cioè indagare la natura e la funzione di ogni misura – sia essa anticipatoria, preventiva, cautelare, sanzionatoria, ripristinatoria, restitutoria etc. – che l'ordinamento predispone a fronte (ma non necessariamente a seguito) di un comportamento che contrasti con il paradigma normativo. Un'indagine di questo tipo supera di gran lunga le ambizioni e le forze di chi scrive queste pagine. Nei prossimi paragrafi si tenterà invece una strada più breve, soffermandoci, quanto al dato extra-penale, sulle sole misure *sanzionatorie di natura amministrativa* e tralasciando consapevolmente quelle di carattere non sanzionatorio o di matrice privatistica³.

² Si escludono invece quelli di carattere sociale ed extra-giuridico in genere, ampiamente indagate in letteratura. Per un'analisi ormai datata ma di grande fascino e complessiva, cfr. RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1976.

³ Su cui pure si arrovela dottrina italiana, in particolare a seguito dell'approvazione dei d.lgs. nn. 7 e 8 del 15 gennaio 2016, e del recente arresto della Cassazione del febbraio 2017 (dep. 5 luglio 2017, n. 16601) in punto di ammissibilità dei c.d. *punitive damages*. Quanto ai primi, cfr. *ex multis* LOMBARDO, *Depenalizzazione versus sanzioni pecuniarie civili*, in *Dir. Disc. Pen.*, X, Torino, 2018, 118; PALAZZO, *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, 285; ID., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *RIDPP*, 2014, 1693; GARGANI, *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Dir. Pen. Proc.*, 2016, 577; ID., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di riforma della disciplina sanzionatoria (art. 2 l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in *www.laegislazionepenale.eu*, 2015. A proposito della natura polifunzionale della responsabilità civile, cfr. per tutti ALPA, *Le funzioni della responsabilità civile e i*

Pur riducendo in questi termini il fuoco dell'indagine, riteniamo che la tesi qui sostenuta rimanga solida da un punto di vista scientifico e che, anzi, ne esca rafforzata. Si cercherà infatti di mettere in luce come, persino a fronte di misure omogenee quali la pena e la sanzione “propriamente” amministrativa (cfr. *infra*), entrambe di natura pubblicistica e di carattere sanzionatorio, il diverso quadro normativo di riferimento e i diversi principi che lo informano consentano una netta distinzione tra le due tipologie di sanzione sul piano funzionale e dischiudano, così, ampi spazi applicativi al principio di sussidiarietà.

Va ulteriormente chiarito che nella nostra indagine si tenterà di dare contenuto alla sola nozione di sanzione amministrativa, soffermandoci invece il meno possibile sui sottostanti concetti di responsabilità ed illecito amministrativo. Si tratta – come è ovvio – di un'operazione incompleta da un punto di vista scientifico, stante la connessione che lega questi concetti⁴. Nondimeno questa impostazione asseconda il taglio che si è voluto dare all'analisi, la quale mira a far emergere le differenze funzionali tra diverse tipologie di misure sanzionatorie, piuttosto che la diversità dei criteri di costruzione ed imputazione soggettiva ed oggettiva dell'illecito. Va poi considerato che, sia nello studio del concetto di illecito amministrativo (stante

danni “punitivi”: un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione, in *Cont. Imp.*, 2017, 1084; nonché BARONE, “Punitive damages”: multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?, in *Giur. It.*, 2017, 1358.

⁴ «La sanzione non è (sul piano logico-giuridico) un concetto autonomo da quello di illecito e da quello di responsabilità, posto che essa presuppone e l'uno e l'altro, [la] responsabilità non è un istituto giuridico concepito come a sé stante ovvero sia non collegato così all'illecito, suo presupposto, così come alla sanzione, sua conseguenza, [e inoltre] l'illecito non è sottraibile all'interrelazione con la responsabilità, sua conseguenza, e nello stesso tempo sua *condicio iuris*, e con la sanzione, che in tanto è comminabile in quanto si configurino così il fatto illecito come la responsabilità di un soggetto di diritto» (PAGLIARI, *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988, 156). Sul punto anche CASETTA, *Illecito amministrativo* (voce), in *Dig. Disc. Pen.*, VIII, Torino, 1993, 90; ID., *Sanzione amministrativa* (voce), in *Dig. Disc. Pen.*, XII, Torino, 1997, 598.

il carattere disorganico della disciplina di riferimento⁵) sia in quello della distinzione tra infrazione amministrativa e reato (stante l'insufficienza di criteri discretivi di carattere sostanziale), il concetto di sanzione ha tradizionalmente svolto la funzione di cardine logico-argomentativo⁶, «punto di avvio»⁷ della ricerca dei connotati sostanziali dell'illecito. Non è dunque privo di giustificazione – si ritiene – il tentativo di mantenere come oggetto di analisi principale, se pur non esclusivo, il concetto di sanzione.

Un'ultima nota a proposito dell'utilizzo che si farà nelle pagine che seguono delle fonti normative vigenti. Si è anticipato nello scorso Capitolo come i provvedimenti di depenalizzazione approvati nel secondo dopo guerra in Italia (e non solo) abbiano contribuito ad una omologazione sul piano funzionale e contenutistico tra sanzione penale ed extra-penale, portando ad un «drastico contingentamento dell'arsenale sanzionatorio [amministrativo]»⁸. Il modello di sussidiarietà che si è costruito in questa sede postula, invece, la diversità tra le funzioni assolte dalle due tipologie di sanzioni e si muove, perciò, in un certo senso “contro” il dato positivo, interpretato come il risultato di un percorso essenzialmente involutivo del sistema sanzionatorio pubblico. Ne consegue che, per dare fondamento normativo alla tesi che qui si sostiene, ci si soffermerà ampiamente su sotto-sistemi normativi – e in particolare su quello del diritto *antitrust* – i quali, a buon diritto, potrebbero

⁵ Nota CASSETTA che «senza avere in via preliminare definito le nozioni di illecito e di sanzione, non sarà possibile stabilire quando nel diritto positivo si sia in presenza di essi. Ma, contrariamente a quanto taluno sembra ritenere, il diritto positivo semplicemente li presuppone ed essi vanno individuati nell'ambito della teoria generale» (in *Sanzione amministrativa* cit. 600).

⁶ Cfr. sul punto CANNADA-BARTOLI, il quale sottolinea, sia pur in chiave critica, «la tendenza della dottrina a spostare il discorso – o ad allargarlo – dalle pene, e dalla disciplina degli atti che le dispongono, all'illecito, che, postulato o indotto per l'esistenza della sanzione o pena, viene qualificato amministrativo. Passaggio – si diceva – *dalla pena all'illecito* e non dall'infrazione amministrativa [...]» (in *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XX, Milano, 1970, 112).

⁷ Così CASSETTA, *Illecito amministrativo* cit., 93.

⁸ PALIERO, *Depenalizzazione* (voce), in *Dig. Disc. Pen.*, III, Torino, 1989, 425. Sul punto, anche per i riferimenti bibliografici, cfr. *antea* Cap. 2, Par. 2.2 (*La crisi del sistema penale come problema per lo studio della sussidiarietà penale*).

essere considerati marginali, financo recessivi. Si ritiene tuttavia che proprio in queste «nicchie normative»⁹ si annidi un enorme potenziale per lo studio ed il consolidamento di meccanismi sanzionatori che non siano piegati dall' "angustia funzionale" della pena e che consentano la piena e proficua esplicazione del principio di *extrema ratio*. Se è vero, infatti, che sono le note maggiormente devianti dal modello penalistico a garantire l'efficacia della sanzione extra-penale¹⁰, sono queste a dover essere valorizzate al fine di scrollarsi di dosso la pesante matrice penalistica che ha da sempre contraddistinto lo studio e l'attuazione sul piano normativo della sanzione amministrative ed al fine di ridare coerenza sistematica ed efficienza al quadro sanzionatorio pubblico nel suo complesso. Infine, va considerato che i sistemi normativi che saranno affrontati in questa sede sono quelli più rispondenti al paradigma amministrativo eurounitario, quest'ultimo meno condizionato dal "problema penalistico" e dalla conseguente (e dilagante) pan-penalizzazione del sistema sanzionatorio pubblico.

2. La nozione di sanzione giuridica

2.1 *Della sanzione giuridica in generale.* – Quello di sanzione giuridica è un concetto complesso: trattarne la nozione «significa né più né meno che trattare il concetto di diritto»¹¹.

Da un punto di vista lessicale, il termine fa riferimento a due distinte aree semantiche: per un verso, la sanzione è l'approvazione dell'atto di statuizione della regola generale – tipicamente, l'atto normativo – da parte del

⁹ Felice espressione mutuata da CORDEIRO-GUERRA, *Sanzioni fiscali amministrative e civili* (voce), in *Dig. Disc.Priv. – Sez. Comm.*, XIII, Torino, 1997, 179.

¹⁰ Sul punto cfr. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *RIDPP*, 1984, 952. Il concetto è ripreso anche in TRAVI-PALIERO, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, *passim*.

¹¹ GAVAZZI, *Le sanzioni nel diritto. Problemi vecchi e nuovi*, in *Il Politico*, 1978, 395.

titolare del potere di vertice; in senso figurato, il sostantivo traslitera verso l'idea di “approvazione ufficiale”, “accettazione” o “conferma” di un atto o, più in generale, di un elemento. Per altro verso, la sanzione postula l'esistenza a monte della regola generale (giuridica o sociale) ed indica il mezzo attraverso il quale ne è affermata l'autorità o ne è imposto il rispetto¹². Mentre nel suo primo significato il termine assume il valore di “giudizio”, “riconoscimento” o di “qualificazione” – si noti: in termini sia negativi sia positivi – di un elemento¹³, nel suo secondo significato esso assume la valenza, prevalente nel linguaggio comune, di “reazione”, “ammonimento” e “riaffermazione” di una regola a fronte della sua violazione. Tale duplicità di significati affonda le proprie radici nell'etimo della parola¹⁴ ed illumina il fatto che la “sanzione” è prima di tutto asserzione della regola generale (di cui afferma il valore, la solennità, la santità) e, solo in senso rafforzativo, è reazione ad una sua violazione. Sanzione è insomma termine duplice, che esprime sia approvazione sia riprovazione ed ha, perciò, contenuto sia positivo sia negativo.

In ambito giuridico, la “sanzione” si riferisce in senso lato alle misure che l'ordinamento predispone al fine di garantire l'osservanza delle proprie norme¹⁵ e rimediare all'eventuale violazione. Da questo punto di vista, può

¹² Cfr. «*Sanzione*» (voce), vocabolario Treccani, Roma, 2015.

¹³ «Sancire equivale a distinguere, separare: il sacro dal profano, l'umano dal divino, gli eventi normali da quelli eccezionali. La sanzione è dunque giudizio sul mondo (D'Agostino), è il rito che contribuisce a porre un ordine, ad affermare dei criteri di valutazione nell'esistenza di un organismo sociale. *Proprio in queste operazioni di discriminazione e di giudizio è la natura del diritto*» (MARRA, *Sanzione* (voce), in *Dig. Disc. Priv. – Sez. Civ.*, XVIII, 1998, 153 cui si rimanda anche per l'ampiezza dei rimandi storici e lessicali).

¹⁴ «*Sanzione* = lat. SANCTIONEM da SANCŪ participio passato di SANCĪRE propr. *render sacro, inviolabile* e quindi *confermare* ed estensivamente anche *vietare con legge*» (PIANIGIANI, *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, Roma, 1926. La radice è la stessa di sācer, “sacro”, “consacrato a un dio” (corrispondente all'osco *sakoro*, e all'umbro *sakra*).

¹⁵ Donde la sua importanza ai fini della sussistenza stessa del fenomeno giuridico. Sul punto cfr. per tutti BOBBIO, il quale propugna la funzione conservativa dell'ordinamento giuridico svolta della sanzione: «per quanto l'uso del termine “sanzione” sia in genere poco rigoroso, vari da autore ad autore, da contesto a contesto, si può delimitarne l'ambito, se pur lasciando non troppo rigidi i confini, facendo riferimento all'esigenza che *ogni sistema normativo ha di non essere dissolto dalla generale inosservanza*, cioè di essere effettivo, e agli espedienti che vengono posti in essere per soddisfare questa esigenza» (*Sanzione* (voce), in *Nov. Dig. It.*, XVI,

essere ascritto al concetto di sanzione ogni meccanismo giuridico finalizzato a garantire, in misura diretta o indiretta, l'osservanza della norma e condurre, per suo tramite, alla realizzazione del precetto. Detta prima generalissima nozione mette l'accento sul carattere *lato sensu* reattivo della sanzione a fronte di una condotta conforme o contraria al precetto normativo ed apre così la strada ad alcune generalissime distinzioni¹⁶.

Sulla base del momento di intervento della “sanzione” è possibile distinguere le misure che l'ordinamento predispone *in vista* di un atto (lecito o illecito), con la finalità di garantire l'osservanza del precetto *prima* della sua violazione (o del suo rispetto), da quelle che invece intervengono successivamente alla commissione dell'atto, incidendo sulla persona o il patrimonio del contravventore (o di altri soggetti) o sugli effetti prodotti dalla condotta. Si distingue in questo modo tra sanzioni *preventive* e sanzioni *successive*¹⁷. Rientrano nella prima categoria, tra l'altro, gli strumenti anticipatori che escludono *ab initio* la possibilità di una violazione del precetto¹⁸, le misure cautelari precedenti alla commissione di un illecito – diverse, dunque, da quelle presuppongono il compimento, almeno a livello di tentativo, della condotta –

Torino, 1969, 537). Il legame tra giuridicità della norma e la garanzia della coazione, realizzata attraverso la sanzione, è approfondito con più ampiezza dall'Autore in *Studi sulla teoria generale del diritto*, Torino, 1970. In ambito negoziale cfr. *ex multis* GAZZONI: «ulteriore e diverso problema è quello della *giuridicità* del vincolo, l'intenzione cioè di assoggettare il rapporto così nato alle regole del diritto, prima tra tutte quella che *sanziona mediante risarcimento dei danni l'inadempimento*» (*Manuale di Diritto Privato*, Napoli, 2013, 567). Per un più ampio inquadramento delle diverse teorie, cfr. per tutti PAGLIARI, *Profili teorici* cit., 29-30.

¹⁶ Per un pregevole e completo inquadramento generale cfr. LEONI, *Le sanzioni amministrative non pecuniarie* (Tesi di dottorato), Roma, 2015.

¹⁷ Questa distinzione è respinta da coloro che ritengono che la sanzione non possa precedere la violazione del precetto, né avere carattere preventivo in senso stretto. Così GAVAZZI, per il quale le sanzioni sono «sempre come un *posterius* rispetto ad un *prius*, come una conseguenza (quando non addirittura un effetto) rispetto ad una causa» (in *Sanzione I, Teoria generale (voce)*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma, 1991, 1); cfr. anche CASETTA, in *Illecito amministrativo* cit., 91. *Contra* TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925, 92: «non devono esistere solo sanzioni amministrative che siano reazioni, ma anche sanzioni che siano prevenzioni, che abbiano, perciò, l'idoneità di assicurare il raggiungimento dei fini di quella parte di attività amministrativa esclusivamente preventiva nel suo scopo ultimo, e nella sua essenza».

¹⁸ Quali ad esempio le nullità amministrative ed alcune ipotesi di decadenza o di prescrizione. *Contra* ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924, 12.

nonché tutti i mezzi di esecuzione coattiva del precetto¹⁹. Appartengono invece all'ambito delle sanzioni successive tutte le misure che, a prescindere dal loro contenuto o dalla loro finalità, intervengono “a seguito” della condotta conforme al (o difforme dal) precetto.

Sulla base del contenuto è invece possibile distinguere tra sanzioni *positive*, ossia misure che consistono nell'attribuzione di benefici ed hanno la finalità di promuovere l'osservanza del precetto, e sanzioni *negative*, che hanno l'effetto di limitare la sfera giuridica del destinatario in conseguenza di un comportamento non conforme al precetto. Mentre non è improprio affermare che il panorama sanzionatorio è dominato (anche da un punto di vista scientifico) dalle sanzioni negative²⁰, non va dimenticato che le sanzioni positive possono caratterizzare anche contesti di illiceità ed intervenire, perciò, a seguito della violazione del precetto, al fine di promuovere l' “uscita” del responsabile dall'illecito²¹. Esempi di sanzione positiva sono i premi, gli incentivi, le esenzioni nonché le attenuazioni o esclusioni di provvedimenti afflittivi; sono, invece, sanzioni negative le pene, le misure di sicurezza, le sanzioni disciplinari nonché – nei termini che si diranno in seguito – il risarcimento del danno.

Sempre in funzione del loro contenuto, è possibile ulteriormente distinguere tra sanzioni *pecuniarie*, che incidono sulla condizione economica del soggetto che vi è sottoposto (ed esempio la multa, l'ammenda, o la ricompensa

¹⁹ Quale l'esecuzione forzata. La dottrina maggioritaria è contraria alla qualificazione di queste misure come “sanzioni”: cfr. per tutti SANDULLI M.A., *Sanzione. IV) Sanzioni amministrative*, in *Enc. Giur.*, XXVIII, Roma, 1991.

²⁰ È prevalente in dottrina un'interpretazione restrittiva che esclude le misure premiali dal novero delle sanzioni. In questo senso, cfr. *ex multis* ANGELETTI, *Le sanzioni amministrative*, in *Nov. Dig. It.*, VI, Torino, 1986, 939; SANDULLI M.A., *Sanzione* cit., 7; TRAVI-PALIERO, *La sanzione amministrativa* cit. 2.

²¹ Sul punto cfr. per tutti BETTIOL, *Dal diritto penale al diritto premiale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, 702; BRICOLA, *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, (in *Quest. Crim.*, 1981, 445), oggi in CANESTRARI-MELCHIONDA (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, 1407.

in denaro), *personali*, che incidono sulla persona del destinatario, nella sua dimensione privata o relazionale (ad esempio la pena detentiva, l'encomio, la medaglia al valore), e *giuridiche* “in senso stretto”, che incidono su facoltà, poteri o status (ad esempio l'interdizione dai pubblici uffici, la sospensione dalla responsabilità genitoriale o il conferimento di una carica per meriti speciali)²². A cavaliere tra profilo contenutistico e modale si pone la distinzione tra sanzioni che incidono direttamente *sulla persona*, comprimendone la sfera di libertà o patrimoniale o la capacità negoziale, e quelle che incidono *su atti* – *recte*, sull'attività negoziale già posta in essere – ed esauriscono la propria funzione con la rimozione degli effetti di questi (revoche, nullità contrattuali), restando invece la persona del contravventore estranea alla diretta considerazione normativa.

Sulla base del finalismo teleologico delle sanzioni negative, è infine possibile tracciare una distinzione tra le misure *ripristinatorie*, che hanno la funzione di reintegrare l'interesse leso e colpiscono perciò la *res* incisa dalla condotta, e misure *afflittive*, che hanno il solo effetto di comprimere la sfera giuridica del destinatario, sullo sfondo restando il ripristino dall'interesse pregiudicato dalla condotta illecita. Le prime possono a loro volta suddividersi in sanzioni *ripristinatorie* “in senso stretto”, che si caratterizzano per l'identità tra la *res* lesa e quella di cui è assicurato il conseguimento (vi rientrano le misure restitutorie e la reintegrazione in forma specifica), e sanzioni *risarcitorie*,

²² Classificazione proposta da MARRA, in *Sanzione (voce)* cit., 170, il quale invero precisa che «neanche in questo caso sono possibili distinzioni nette; in genere nella singola misura sanzionatoria uno di questi effetti è solo prevalente, senza che gli altri siano esclusi del tutto». Distingue unicamente tra sanzioni “pecuniarie” e “interdittive” (quelle che «incidono sull'esercizio del diritto e più in generale sull'attività del soggetto colpito»), peraltro riferendole alle sole sanzioni negative, CASETTA, in *Sanzione amministrativa* cit. 607.

consistenti nel risarcimento per equivalente del danno prodotto, dunque nel conseguimento del suo *valore* in termini monetari²³.

2.2 *Della sanzione “in senso stretto”*. – Numerosi altri criteri distintivi possono essere individuati²⁴. È chiaro però che le distinzioni finora menzionate trovano cittadinanza nel solo contesto di una concezione latissima di sanzione, tale da includere pressoché ogni tipologia di risposta ordinamentale a pressoché ogni tipologia di condotta. Una concezione di questo tipo, utile forse da un punto di vista classificatorio, si rivela inservibile da un punto di vista scientifico ed applicativo, poiché del tutto priva di capacità selettiva²⁵. È opportuno pertanto delimitare l’istituto, disegnandone i confini in modo più nitido e rendendolo più dominabile da un punto di vista scientifico. A tal fine, è necessario individuare le note distintive della sanzione “in senso proprio”²⁶ o, con ancor più chiarezza, della «sanzione punitiva»²⁷. Sarà solamente questo paradigma di strumento sanzionatorio ad essere oggetto di studio nell’ambito della nostra indagine.

²³ Tale ultima distinzione – per lo più trascurata in dottrina – è di cruciale importanza ai nostri fini, poiché introduce la possibilità che una sanzione abbia carattere “prestazionale” o “performativo”, essendovi collegata una prestazione materiale finalizzata alla *restitutio in pristinum* (ad es.: la restituzione di una *res*, la bonifica dei suoli, la distruzione di manufatti abusivi), diversamente da quanto accade con le sanzioni afflittive (nelle quali la reintegrazione dell’interesse leso passa in secondo piano) e con le misure risarcitorie, alle quali è collegata una prestazione di carattere patrimoniale. Sul carattere sanzionatorio del risarcimento del danno cfr. *infra*.

²⁴ Si consideri – ad esempio – la distinzione tra sanzioni principali ed accessorie (fondata sull’autonomia della misura rispetto ad un provvedimento sanzionatorio ulteriore); quella tra sanzioni canoniche, internazionali o statali (fondata sull’appartenenza ad un determinato sistema giuridico); nonché, naturalmente, quella tra sanzioni civili, penali o amministrative. Per un inquadramento più esaustivo cfr. PAGLIARI, *Profili teorici* cit, 8; MARRA, in *Sanzione (voce)* cit, 170.

²⁵ Notano PALIERO-TRAVI che «in identici contesti normativi alcune misure ricorrono indifferentemente, talvolta con carattere sanzionatorio, talvolta con carattere non sanzionatorio» (in *La Sanzione amministrativa* cit., 116). In ottica più generale cfr. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. Amm.*, IV, 2014, 627.

²⁶ Si adotta in questa sede una terminologia diversa da quella adottata in seno alla dottrina prevalente (pur ricorrendo allo stesso schema normativo), che distingue tra sanzione “in senso lato” e “in senso stretto”: sulle rispettive nozioni, cfr. per tutti CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999, 2-3.

²⁷ Espressione utilizzata da ultimo da MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

In linea con un indirizzo ampiamente accolto in dottrina, riteniamo che il primo requisito perché una misura giuridica possa assumere carattere sanzionatorio sia l'esistenza di un rapporto di pertinenzialità con un atto illecito, ossia con una condotta contraria ad un precetto stabilito su base normativa. Con maggior sforzo definitorio, ci sembra estranea al concetto di sanzione "in senso proprio" la misura, di carattere preventivo e cautelare, che non presupponga l'accertamento della violazione della legge (ossia la c.d. sanzione preventiva), «a meno che non sia fondata sull'accertato pericolo della violazione stessa da parte del soggetto»²⁸. In definitiva, il previo compimento dell'infrazione di un precetto normativo costituisce il referente specifico dell'istituto, «distinguendo [la sanzione] dalle altre misure di coazione di competenza dell'Amministrazione, segnatamente dai mezzi di coercizione diretta»²⁹.

Ne consegue, sul piano degli effetti, che la sanzione "in senso proprio" ha contenuto necessariamente ablatorio, dovendo cioè incidere in termini negativi sulla sfera giuridica del destinatario. Non possono perciò essere ascritte alla categoria in esame tutte le misure di tipo favorevole o incentivante, finalizzate a promuovere il rispetto del precetto normativo (le c.d. sanzioni positive). Sono parimenti escluse dal novero delle sanzioni "in senso proprio" le misure di carattere ripristinatorio o risarcitorio che, avendo come funzione quella di ripristinare l'interesse leso, non hanno contenuto strettamente ablatorio.

In definitiva, ai fini che qui ci siamo posti, è sanzione ("in senso proprio") il provvedimento di carattere ablatorio, di natura non puramente

²⁸ «A meno che non sia fondata sull'accertato pericolo della violazione stessa da parte del soggetto» (CASETTA, in *Illecito amministrativo* cit., 91.).

²⁹ TRAVI-PALIERO, *La sanzione amministrativa* cit. 2. Per "misure di coercizione diretta" gli Autori intendono «le misure consistenti nell'uso immediato della forza da parte dello Stato nei confronti dei cittadini, anche a prescindere dalla sussistenza di un illecito»

preventiva (assunto perciò dopo la commissione di un illecito), destinato ad incidere sul patrimonio o sulla persona del destinatario, e privo di contenuto performativo-prestazionale (non potendo cioè consistere in una prestazione determinata dalla legge ed eseguibile coattivamente da terzi). È in questo “angusto” recinto che sarà svolta la nostra analisi.

3. Le funzioni della sanzione amministrativa

3.1 *Evoluzione storico-normativa della sanzione amministrativa: una storia di depenalizzazione.* – L’inflizione di un male da parte delle pubbliche autorità nei confronti di chi avesse violato un dovere, generale o speciale, posto da una norma è stata storicamente prerogativa del diritto penale³⁰. La potestà sanzionatoria di diritto pubblico ha, cioè, coinciso per lungo tempo con la potestà sanzionatoria penale³¹.

Invero, gli apparati amministrativi non deputati allo *ius puniendi* hanno sempre goduto di spazi di intervento non esigui per l’attuazione dei propri comandi tramite il ricorso a provvedimenti repressivi. Rimaneva, però, molto sfumato il confine tra le misure che servivano alla piena esplicazione dei compiti dell’amministrazione, funzionali all’esecuzione coattiva dei propri comandi, e quelle che servivano alla repressione di condotte contrarie agli ordini o alla regola posta dall’Autorità (i c.d. “illeciti di polizia”). Detta potestà (para-)sanzionatoria dell’Amministrazione, intesa essenzialmente quale strumento di attuazione dell’azione amministrativa (in chiave, dunque, di autotutela amministrativa³²), ha vissuto ai margini dell’ordinamento giuridico italiano, restando priva non solo di un quadro normativo di riferimento, ma anche soltanto di un insieme di principi che ne informassero l’applicazione.

³⁰ A partire quantomeno dal processo di pubblicizzazione delle pratiche di giustizia penale, attorno al quale si coagulerà il diritto penale “contemporaneo”. Su questi temi, cfr. per tutti SBRICCOLI, “*Vidi communiter observari*”. *L’emersione di un ordine penale pubblico nelle città italiane del secolo XIII*, in *Storia del diritto penale. Scritti editi ed inediti*, Milano, 2009. Sulla “ricerca di un inizio” del diritto penale contemporaneo, cfr. VORMBAUM, *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione* (trad. it. OSS-PORRO), Padova, 2013, 17.

³¹ Nota VASSALLI che «Negli scrittori tedeschi più antichi, in relazione anche ai problemi del fondamento del potere statale di punire, *potestas criminalis* e *ius puniendi*, termini usati spesso come sinonimi, tendevano soprattutto ad identificarsi proprio con la potestà di porre norme penali o potestà legislativa» (in *Potestà punitiva* (voce), *Enc. Dir.*, XXXIV, 1985, 794, nota 3).

³² Di questo avviso BENVENUTI, in *Sul concetto di sanzione*, in *Ius*, 1955, 223; più ampiamente cfr. ID., *Le sanzioni amministrative come mezzo dell’azione amministrativa*, in POTOTSCHNIG (a cura di), *Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell’amministrazione. Le sanzioni amministrative (Varenna 1820 settembre 1980)*, Milano, 1982, 33.

L'evoluzione del sistema istituzionale pubblico e la crescente esigenza di mettere ordine in un sistema opaco, esposto ad eccessi repressivi e privo di adeguate guarentigie giurisdizionali, hanno spinto alla progressiva giurisdizionalizzazione degli illeciti di polizia e alla loro trasposizione nella categoria delle "contravvenzioni", illeciti penali "minori"³³. Questo fenomeno, se pure ha sottratto dall'ombra una considerevole quantità di illeciti, non ha inciso sul disorganico e frammentario sistema delle sanzioni amministrative vigenti ed ha invece contribuito in modo determinante alla crescita ipertrofica e disfunzionale del sistema sanzionatorio penale.

Il primo intervento di razionalizzazione delle sanzioni amministrative nell'Italia postunitaria risale alla Legge 7 Gennaio 1929, n. 4, recante "Norme generali per la repressione delle violazioni delle leggi finanziarie"³⁴. Tale provvedimento rappresenta il primo tentativo di riordinare gli illeciti e le sanzioni extra-penali di ambito settoriale. La centralità assunta dalla sanzione pecuniaria nell'architettura del provvedimento, di evidente impronta zanobiniana³⁵, fisserà il paradigma seguito dalla successiva legislazione in materia di illeciti extra-penali e, a dispetto della dichiarata natura civilistica dell'obbligazione da questa derivante³⁶, contribuirà all' «ibridismo» della sanzione amministrativa, in particolare di quella pecuniaria³⁷.

³³ Su cui, sia pur con un taglio dogmatico del tutto differente, cfr. DONINI, *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993.

³⁴ Per un interessante inquadramento storico delle sanzioni penali e amministrative in materia tributaria, cfr. MARONGIU, *Le sanzioni amministrative tributarie: dall'unità al doppio binario*, in *Riv. Dir. Trib.*, III, 2004, 373.

³⁵ «Lo scopo diretto delle multe, ammende, pene pecuniarie, non è di procurare un lucro alla finanza che reintegri questa nella ricchezza a cui ha diritto, ma quello di *far subire al trasgressore un male*, una pena, un danno, che sia il corrispettivo giuridico della sua condotta illecita» (ZANOBINI, in *Le sanzioni amministrative*, cit., 90 [corsivi aggiunti]).

³⁶ All'articolo 3 della legge n. 4/1929 è precisato: «Le leggi finanziarie stabiliscono quando dalla violazione delle norme in esse contenute e *che non costituisca reato*, sorga, per il trasgressore, l'obbligazione al pagamento di una somma, a titolo di pena pecuniaria, a favore dello Stato. *L'obbligazione ha carattere civile*»

³⁷ Espressione di MARONGIU, in *Le sanzioni amministrative tributarie* cit. 395. Sul successivo «sgretolamento del sistema», cfr. CORDEIRO-GUERRA, *Sanzioni fiscali amministrative e civili* cit., 190.

È però soltanto con l'ondata di depenalizzazione del secondo Dopoguerra del '900 che il legislatore – invero non solo italiano³⁸ – metterà mano al sistema delle sanzioni amministrative, ulteriormente rafforzando il pervicace vincolo, di cui già si sono menzionati gli effetti, che da sempre lega le sorti del sistema sanzionatorio amministrativo alle crisi di quello penale³⁹.

Il processo italiano di depenalizzazione si articola in quattro tappe principali. La prima di queste coincide con l'approvazione della legge 3 maggio 1967, n. 317, recante «Modificazioni al sistema sanzionatorio delle norme in tema di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali». Si tratta di un provvedimento circoscritto e, seppur privo di una parte generale, non privo di coerenza nel complessivo sistema delle sanzioni pubbliche⁴⁰. In linea con quanto già avveniva in Europa continentale, il meccanismo di depenalizzazione consisteva nella fuoriuscita dal circuito penalistico delle fattispecie “minori” punite con la sola pena pecuniaria (nel caso italiano, con l'ammenda) e nel loro travaso in quello amministrativistico, mantenendo, quale cifra della risposta afflittiva, il carattere pecuniario della sanzione irrogata. Si dava così avvio alla “fiscalizzazione”⁴¹ dei reati minori (e, più in generale, del *Nebenstrafrecht*

³⁸ Sull'evoluzione del quadro normativo tedesco si veda PALIERO, *Il diritto penale-amministrativo: profili comparatistici*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1980, 1254; ID, *Ordnungswidrigkeiten*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, p. 125; nonché DOLCINI-PALIERO, *L'illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di attuazione, linee di politica legislativa*, in *RIDPP*, 1980, 1134. Sul fenomeno del diritto penale-amministrativo in chiave europea cfr. DELMAS-MARTY, *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in *RIDPP*, 1987, 731.

³⁹ La depenalizzazione è stata definita come il «ritorno pendolare» degli illeciti criminali nell'originario alveo delle sanzioni amministrative da BACHELET in *Problemi e prospettive della «depenalizzazione» delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, in *Studi Esposto*, Padova, 1974, IV, 2233 (citato da PALIERO, in *Depenalizzazione* cit. 435, cfr. nota 97).

⁴⁰ Il ricorso al criterio formale della tipologia di sanzione depenalizzata (l'ammenda), è compensato dalla previsione di una lista di esclusioni fondati sugli indici di pericolosità della condotta per l'incolumità personale. Sul punto, cfr. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *RIDPP*, 1984, I, 35.

⁴¹ La contrapposizione tra fiscalizzazione e medicalizzazione è attribuita al celebre contributo di LARGUIER *Mort et transfiguration du droit pénal*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Parigi, 1975, 147-149 («[...]et l'on est aujourd'hui frappé par des réformes qui, en certains domaines, aboutissent à ce que le droit pénal est comme tiraillé entre le psychiatre et le percepteur [...]. Il tend d'un côté à se “médicaliser”, de l'autre, à se “fiscaliser” [...]. Et voici les anciens coupables répartis en deux camps: à côté de celui des malades, celui des contribuables»). Sul

italiano⁴²), ossia alla monetizzazione della risposta afflittiva pubblica e alla conseguente inondazione dell'ordinamento amministrativo con illeciti puniti con sanzione pecuniaria.

La medesima strategia di depenalizzazione, «l'unica – d'altronde – seguita in modo continuativo dal legislatore italiano»⁴³, ispirò l'approvazione dalla legge 24 dicembre 1975, n. 706⁴⁴. La stessa titolazione del provvedimento ne lascia trasparire l'ampiezza e la trasversalità. Al netto del dichiarato respiro sistematico della rubrica normativa, però, la legge provvedeva alla depenalizzazione “orizzontale” delle contravvenzioni (tutte) punibili con la sola pena dell'ammenda, a prescindere dal settore o dalla materia di riferimento, con l'eccezione di alcune fattispecie specificamente individuate. Ancora una volta, dunque, il legislatore si affidava ad un criterio puramente formalistico, trascurando al contempo di fornire un pur minimo quadro normativo avente ad oggetto la disciplina generale del corposo numero di illeciti depenalizzati e delle relative sanzioni.

A questa mancanza si fece fronte con l'approvazione della legge 24 novembre 1981 n. 689, atto fondativo del c.d. “diritto penale-amministrativo” in Italia⁴⁵. Il provvedimento, destinato a cristallizzare i tratti sostanziali e processuali dell'illecito extra-penalistico, fu il primo di respiro davvero

punto cfr. *ex multis* VAN De KERCHOVE M., “*Médicalisation*” et “*fiscalisation*” du droit pénal: deux versions asymétriques de la dépenalisation, in *Déviance et société*, 1981, V, 1.

⁴² Ossia «quell'eterogeneo settore normativo che non ha trovato ingresso nello “statuto” generale del diritto penale contenuto nel Codice, nello *Strafgesetzbuch*, e si è quindi frammentariamente dislocato nella legislazione speciale, con i suoi variegati “statuti”» (DONINI, *Il delitto contravvenzionale* cit., 59).

⁴³ PALIERO, in *Depenalizzazione* cit. 435.

⁴⁴ Rubricato «Sistema sanzionatorio delle norme che prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda». Per vero, esso era stato preceduto da un più circoscritto provvedimento di depenalizzazione in materia di contravvenzioni di polizia forestale (Legge 9 ottobre 1967, n. 950, recante «Sanzioni per i trasgressori delle norme di polizia forestale»).

⁴⁵ La letteratura sul provvedimento è sconfinata. Cfr. per tutti PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. Dir.*, 1983, 117; DOLCINI-PALIERO, «*Principi generali*» dell'illecito amministrativo nel disegno di legge «*modifiche al sistema penale*», in *RIDPP*, 1980, 1154; GIUNTA, *Effetti e prospettive della depenalizzazione alla luce di una verifica empirica*, in *RIDPP*, 1986, 729; nonché DOLCINI-GIARDA-MUCCIARELLI-PALIERO-RIVA CRUGNOLA (a cura di) *Commentario delle “Modifiche al sistema penale”*, Milano, 1982.

ordinante approvato in materia, considerate l'ampiezza del perimetro applicativo⁴⁶ e la prevista abrogazione della disciplina previgente⁴⁷. In particolare, nell'ambito del Capo I venne inserita una Sezione consacrata ai «Principi generali», che fungeva – e ancora funge – da parte generale dell'illecito depenalizzato. Vi si prevedeva non solo il regime di imputazione della responsabilità e delle relative esimenti, ma anche la disciplina del rapporto tra norme e tra illeciti (penali e amministrativi) ed il regime applicativo della sanzione. Nella successiva Sezione, contenente la disciplina applicativa, veniva stabilita *inter alia* la giurisdizione del giudice ordinario civile sull'opposizione alla “ordinanza-ingiunzione” e la possibilità per il giudice penale di irrogare la sanzione, laddove vi fosse «connessione obiettiva» tra l'illecito amministrativo ed un reato (artt. 24 e 25). Era inoltre stabilita l'ammissibilità del sequestro cautelare – «nei modi e con i limiti con cui il codice di procedura penale consente il sequestro alla polizia giudiziaria» (art. 13) – ed era prevista la disciplina delle sanzioni accessorie.

Detta disciplina, il cui impianto sopravvive immutato nei suoi tratti essenziali, assumerà una valenza *lato sensu* costituzionale per il sistema sanzionatorio amministrativo⁴⁸, fissando il paradigma seguito nelle successive riforme in materia. Attorno alla 689/81 si coaguleranno, infatti, gli interessi e gli sforzi di legislatore e dottrina (e giurisprudenza), portando così alla definitiva affermazione di un modello sostanzialmente unitario di sanzione

⁴⁶ Art. 12 legge n. 689/1981 (Ambito di applicazione): «Le disposizioni di questo Capo si osservano, in quanto applicabili e salvo che non sia diversamente stabilito, per tutte le violazioni per le quali è prevista la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro, anche quando questa sanzione non è prevista in sostituzione di una sanzione penale. Non si applicano alle violazioni disciplinari».

⁴⁷ Art. 42 legge n. 689/1981 (Disposizione abrogata): «Sono abrogati la legge 3 maggio 1967, n. 317, gli articoli 4 e 5 della legge 9 ottobre 1967, n. 950, gli articoli 14 e 15 del decreto del Presidente della Repubblica 29 dicembre 1969, n. 1228, l'articolo 13 della legge 29 ottobre 1971, n. 889, la legge 24 dicembre 1975, n. 706, nonché ogni altra disposizione incompatibile con la presente legge».

⁴⁸ La stessa Corte costituzionale riconosce che la Legge n. 689/1981, pur avendo rango di legge ordinaria, assume particolare preminenza nel sistema delle fonti della sanzione amministrativa, quale parametro interpretativo privilegiato. Cfr. *ex multis* Corte cost. 27/2005.

extra-penale, monoliticamente pecuniario, con profili di indubbia peculiarità ma di chiara impronta penalistica e con preponderante (se non esclusiva) finalità afflittiva.

Ultimo tassello del percorso italiano di depenalizzazione⁴⁹ è rappresentato dai decreti legislativi n. 6 e 7 approvati nel gennaio 2016, in attuazione della delega conferita con la legge 28 aprile 2014, n. 67⁵⁰. Detti provvedimenti, pur inserendosi nel solco della precedente “tradizione” italiana di depenalizzazione, vi si discostano per l’introduzione di uno strumento sanzionatorio “nuovo”, destinato ad affiancare la sanzione depenalizzata “classica”. In aggiunta alla previsione di illeciti amministrativi, infatti, il legislatore ha previsto la “punizione” – virgolette d’obbligo⁵¹ – delle fattispecie depenalizzate con «sanzioni pecuniarie civili», aggiuntive rispetto al diritto al risarcimento del danno. Il panorama sanzionatorio extra-penale si popola così di un’inedita categoria di sanzioni di carattere privato, o ibrido⁵², e di contenuto prettamente patrimoniale.

Tale novità normativa intercetta – ed è a sua volta spinta – da un processo di generale ripensamento della natura e delle funzioni del rimedio

⁴⁹ Invero altri provvedimenti vi sono stati in materia di depenalizzazione. Si pensi alla legge 28 dicembre 1993, n. 561, recante “Trasformazione di reati minori in illeciti amministrativi”,

⁵⁰ Su cui cfr. LOMBARDO, *Depenalizzazione versus sanzioni pecuniarie civili* cit. 118; GARGANI, *La depenalizzazione bipolare* cit., 577; ID., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi* cit. PALAZZO, *La depenalizzazione* cit., 285; ID., *Nel dedalo delle riforme recenti* cit. 1693.

⁵¹ Nella relazione accompagnatoria è affermata «la funzione, per un verso, ultra-compensativa e, per l’altro, preventiva e repressiva, assegnata dal legislatore alle istituende “adeguate” sanzioni civili pecuniarie», introdotte al dichiarato scopo di «riconsiderare il ruolo tradizionalmente compensativo attribuito alla responsabilità civile nel nostro ordinamento» (disponibile al sito http://www.governo.it/sites/governo.it/files/relazione_illustrativa_5.pdf).

⁵² Si consideri ad esempio la scelta di devolvere allo Stato la sanzione pecuniaria, «adottata in ragione della sua funzione general-preventiva e compensativa, ritenuta incoerente rispetto alla possibile devoluzione del provento a beneficio della persona offesa» (LOMBARDO, *Depenalizzazione versus sanzioni pecuniarie civili* cit. 131). Sul modello sanzionatorio “ibrido” pubblico/privato si è molto interrogata la dottrina anglo-americana: sul punto, cfr. l’edizione del *The Yale Law Journal*, 1992, VIII con gli interventi di MANN, *Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law*, ivi 1795; COFFEE, *The Blurring of the Criminal and Civil Law Models. And What Can be Done About It*, ivi 1875; GOLDSTEIN, *White-Collar Crime and Civil Sanctions*, ivi, 1895; cfr. anche, in prospettiva europea, GÓMEZ-TOMILLO, *Punitive Damages: A European Criminal Law Approach. State Sanctions and the System of Guarantees*, in *European Journal of Criminal Policy and Research*, 2013, XIX, 215.

risarcitorio civile, che ha condotto alla “(ri)scoperta”, in sede dottrinale e giurisprudenziale, della funzione sanzionatoria – *id est*, punitiva – della responsabilità aquiliana. Un dibattito, questo, di cui non è possibile ricostruire, nemmeno per sommi capi, l’articolazione⁵³. Vale però evidenziare come le pur inedite (in Italia) soluzioni di recente adottate dal legislatore italiano mantengano un’impostazione comune rispetto a tutti i precedenti interventi di depenalizzazione: il panorama sanzionatorio extra-penale resta infatti dominato da una sanzione di tipo prettamente pecuniario, caratterizzata da un regime di imputazione di chiara impronta penalistica, e avente contenuto e funzioni sostanzialmente (e unicamente) afflittivi. Ai fini che qui ci siamo posti, poco o nulla di nuovo sotto il sole.

3.2 *Lo statuto normativo della sanzione amministrativa depenalizzata...* –

Descritta l’evoluzione della sanzione amministrativa in Italia, vale la pena soffermarsi brevemente sul suo statuto normativo, ossia sui suoi connotati sostanziali e funzionali.

Prima degli interventi di depenalizzazione avviati alla fine degli anni ‘60 del Novecento, il sistema delle infrazioni amministrative in Italia si articolava essenzialmente in illeciti finanziari da un lato, ed illeciti disciplinari dall’altro.

⁵³ Il dibattito intorno alla poli-funzionalità del risarcimento del danno, per nulla nuovo, sta vivendo una nuova giovinezza, in particolare a seguito dell’introduzione dei decreti legislativi in commento e della menzionata sentenza Cass. Civ., SS.UU. 7 febbraio 2017 (dep. 5 luglio 2017), n. 16601. Oltre alla bibliografia già menzionata alla nota 3, cfr. di recente SPOTO, *Risarcimento e sanzione*, in *Eur. Dir. Priv.*, 2018, II, 489 (cui si rinvia per la ricchezza dell’apparato bibliografico); BUSNELLI, *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, *ivi*, 2009, IV, 909; NERVI, *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2016, I, 323.

Sia concesso esprimersi in termini sostanzialmente negativi circa la propugnata natura punitiva del risarcimento, la cui stessa connotazione in termini di “rimedio” (civilistico) ne evidenzia l’estraneità al concetto di sanzione in senso stretto. In considerazione delle nette differenze strutturali tra risarcimento e sanzione (su cui cfr. SPOTO, *Risarcimento e sanzione* cit. 507), il “danno” attorno a cui ruota il teorizzato strumento “ultra-compensativo” ci sembra più che altro «un espediente tecnico per esprimere in termini quantitativi l’illecito consistente nella violazione del dovere di tenere una condotta determinata e che rimane il punto di riferimento dell’estimazione pecuniaria» (CANNADA BARTOLI, cit.). Il risarcimento è infatti strumento per *riparazione* dell’illecito, non già di sua repressione o prevenzione.

Residuava un insieme di illeciti e sanzioni sostanzialmente disorganico, di ambito settoriale e di carattere estemporaneo. Vi era però che, mentre in materia finanziaria l'arsenale repressivo (extra-penale) era incentrato sulla sanzione pecuniaria⁵⁴, negli altri ambiti, ivi incluso quello disciplinare, la tipologia delle sanzioni ed il loro contenuto variavano considerevolmente, così conferendo alla sanzione amministrativa una notevole duttilità (oltreché, naturalmente, la caratteristica disorganicità tipologica).

Tale panorama muta radicalmente a seguito delle leggi di depenalizzazione: lungo una linea tracciata *in nuce* dalla riforma del 1929 e dai coevi studi di Zanobini, la sanzione pecuniaria acquista nel sistema delle sanzioni extra-penali una centralità fagocitante ed irrigidisce nel contenuto e nella funzione l'intero apparato repressivo amministrativo, che perde gran parte della propria varietà tipologica, così come, del resto, della sua complessiva efficacia⁵⁵. Naturale conseguenza, più che presupposto teorico⁵⁶, dell'intero processo è la sostanziale omologazione funzionale tra risposta sanzionatoria amministrativa e penale.

Va detto che alla trasfigurazione del sistema repressivo amministrativo hanno contribuito altri fattori, alcuni dei quali non direttamente correlati al processo di depenalizzazione in atto: l'assenza, anche a seguito dell'approvazione della legge n. 689/1981, di un quadro normativo di riferimento per le "sanzioni" extra-penali non pecuniarie, il carattere più che

⁵⁴ «Il tassello rappresentato dalla pena pecuniaria può adeguatamente incastrarsi nel sistema generale disegnato dal legislatore del 1929 soltanto a patto di attribuire ad essa carattere schiettamente punitivo ed alla soprattassa finalità *lato sensu* risarcitoria» (CORDEIRO-GUERRA, *Sanzioni fiscali amministrative e civili* cit., 182).

⁵⁵ Sul punto in particolare GIUNTA, *Effetti e prospettive della depenalizzazione* cit., 729; nonché BERNARDI, in *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Ind. pen.*, 2001, 727.

⁵⁶ Essa, infatti, ci pare il frutto – o, si preferisce, il riflesso sul versante sanzionatorio – della contingente esigenza di provvedere al travaso di fattispecie dal diritto penale a quello amministrativo (operato – non si dimentichi – sulla base di un criterio "cieco", qual è quello della previsione della pena dell'ammenda), ben più che dell'adesione alla tesi zanobiniana della funzione necessariamente affittiva delle sanzioni extra-penale.

lacunoso delle norme in materia di partecipazione al procedimento, nonché l'insufficiente tutela giurisdizionale avverso le sanzioni non depenalizzate (o quelle escluse dall'ambito applicativo della riforma dell'81) hanno spinto "dall'interno" all'affermazione della sanzione pecuniaria in ambito amministrativo.

Sono state però soprattutto la logica seguita e la tecnica utilizzata negli interventi di depenalizzazione a condizionare il quadro normativo extra-penale. Il legislatore, infatti, nella preoccupazione primaria di ridurre *numericamente* gli illeciti penali, ha mancato di svolgere un'indagine circa l'attualità o l'opportunità delle precedenti scelte di incriminazione, mantenendo in vita, questa volta nel settore amministrativo, illeciti dal sapore ideologico e simbolico e che mal si attagliano alla varietà tipologica ed ai compiti dell'apparato repressivo amministrativo⁵⁷. L'identità di contenuto e funzioni delle sanzioni (penali) *pre-* e (amministrative) *post-* depenalizzazione ha poi privato di ogni apprezzabile utilità una distinzione tra le due tipologie di risposte sanzionatorie, che non fosse fondata sul dato estrinseco (e talvolta solo presunto) della maggiore intensità afflittiva delle pene pecuniarie⁵⁸. Logico corollario dell'interscambiabilità tra sanzioni penali ed extra-penali, ossia della loro piena omologazione sul piano funzionale, è l'applicazione del principio di specialità nel caso di concorso apparente di fattispecie penali ed amministrative, secondo quanto stabilito dall'art. 12 della legge 689/1981⁵⁹.

⁵⁷ «Chi conosce l'amministrazione sa bene che depenalizzare significa gravare l'amministrazione di compiti ulteriori che spesso non sarà in grado di svolgere e, perciò, significa indebolire il livello complessivo di reazione dell'ordinamento all'illegalità» (TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative* cit., 635).

⁵⁸ «Ritenendosi perciò (dai più) meramente "quantitativa" la distinzione tra i due ordinamenti (penale e amministrativo), a fronte di continue migrazioni di fattispecie da un settore all'altro (soprattutto dal penale all'amministrativo) e rispettive sanzioni» (DONINI, *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996, 42). Così anche DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in RIDPP, 1984, 589.

⁵⁹ «Il concorso con disposizioni penali deve essere risolto attraverso l'operare dei principi di specialità e di consunzione e dimostra, pertanto, la omogeneità degli scopi delle norme»

All'esito del processo di depenalizzazione, dunque, la sanzione che funge quantitativamente e qualitativamente da paradigma nel sistema sanzionatorio amministrativo è una sanzione *pecuniaria* (perciò di contenuto non rimediabile, né “performativo”), destinata ad incidere solo sul patrimonio del trasgressore (non già sull'attività negoziale già posta in essere o su quella futura) ed avente finalità esclusivamente *afflittiva* (ossia di creare una situazione di svantaggio ai danni del trasgressore in conseguenza della condotta illecita tenuta, sullo sfondo restando il ripristino dall'interesse pregiudicato da quest'ultima). Il sottostante regime di imputazione dell'illecito, di chiara impronta penalistica, rinsalda il carattere punitivo della risposta afflittiva, fondandosi su di un sistema di responsabilità per fatto colpevole che riflette in tutto quello di ambito penalistico⁶⁰.

In una prospettiva più ampia, il processo di depenalizzazione ha fatto sì che nel settore amministrativo la repressione degli illeciti fosse – e sia ancora – affidata al sostanziale monopolio della risposta sanzionatoria (*id est*, punitiva). Stante l'omogeneità tra sanzioni penali e amministrative, la ragione per il ricorso a queste ultime risiede non nel loro (in larga misura superato) polimorfismo, ma nel minor livello di garanzie sostanziali e processuali connesse al loro utilizzo. Ciò ha favorito la sperimentazione di sanzioni amministrative per la repressione di condotte di non scarso disvalore e la necessaria previsione di massimi edittali molto alti, con la conseguenza di un

(PAGLIARO, *Principi del diritto penale. Parte generale*, VIII, Milano, 2013, 25). Nello stesso senso CORDEIRO GUERRA: «Secondo la logica, l'alternatività è di regola stabilita per evitare la duplicazione di istituti aventi la medesima funzione; mentre l'accessorietà è in linea di principio finalizzata a consentire il cumulo di misure che si completano a vicenda, in quanto caratterizzate da scopi in tutto od in parte differenti» (in *Sanzioni fiscali amministrative e civili* cit., 182). Invero, la scelta del solo principio di specialità non fu semplice: il Testo Unificato, adottato dalla Commissione Giustizia della Camera dei Deputati il 31 luglio 1980, prevedeva un regime differenziato a seconda che la sanzione extra-penale applicabile fosse amministrativa *ab origine* (cumulo materiale di sanzioni) o fosse sanzione depenalizzata (principio di specialità). La scelta fu denunciata come irrazionale dalla migliore dottrina (cfr. DOLCINI-PALIERO, «*Principi generali*» dell'*illecito amministrativo* cit., 1167), e fu poi abbandonata nel corso dell'*iter* legislativo.

⁶⁰ Si veda MAZZACUVA F., in *Le pene nascoste* cit., 60.

generale inasprimento del livello di afflittività delle sanzioni extra-penali. All'impiego più massiccio della sanzione amministrativa, anche a discapito di quella penale⁶¹, non ha perciò corrisposto una bagatellizzazione della tutela, né a ben vedere una reale differenziazione delle logiche della risposta punitiva.

3.3 [segue] ... *ed il suo volto costituzionale italiano e sovranazionale.* – La sanzione amministrativa, così come affermata all'esito del processo di depenalizzazione, trova preciso aggancio nelle norme della Carta fondamentale. Quello dei principi costituzionali che informano l'applicazione delle sanzioni amministrative è, naturalmente, tema molto complesso e dibattuto, che vede su opposte barricate coloro che rivendicano l'autonomo statuto costituzionale dell'illecito amministrativo⁶² e gli studiosi che invece propugnano l'estensione ad esso dei (principali) principi costituzionali in materia penalistica⁶³. La ricostruzione di tale discussione, oltre ad essere piuttosto lunga ed articolata, sarebbe di scarsa utilità ai fini che qui interessano. In questo paragrafo si vuole, piuttosto, mettere in luce come alcuni parametri costituzionali della sanzione amministrativa, al netto di una loro maggiore o minore "contaminazione penalistica", dischiudano prospettive applicative che non sono percorribili dalla sanzione criminale e che, proprio per questo, danno ampio spazio all'esplicazione del principio di sussidiarietà.

⁶¹ Invero, alcuni commentatori hanno visto nella depenalizzazione delle fattispecie punite con l'ammenda un'occasione per la valorizzazione della multa, «pena criminale pecuniaria [...], categoria destinata ad un promettente futuro» (così PALAZZO, in *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative* cit., 44).

⁶² Cfr. *ex multis* ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 237; PALIERO-TRAVI, *La sanzione amministrativa* cit., 135 (e *passim*); CASETTA, *Illecito amministrativo* cit., 97. Più di recente, cfr. ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *Federalismi*, 2017, IV, 1; ID., *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali-europee*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2018, III, 374.

⁶³ In tal senso, cfr. per tutti SANDULLI M.A., *Sanzione* cit., 7; nonché NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme sostanziali*, in *RIDPP*, 1968, 63. Per una proposta più ampia e originale cfr. PALIERO, *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 1027.

Le norme di riferimento per la sanzione amministrativa nella trama costituzionale italiana sono gli artt. 23 e 97 Cost. (e 25, 2° co. Cost.: ma sul punto, cfr. *infra*). Il primo di essi sancisce il principio di legalità sostanziale ed il proprio corollario della riserva di legge in materia di «prestazioni personali o patrimoniali», quindi anche di sanzioni amministrative. Il principio è ribadito a livello di normazione primaria all'art. 1 della legge 689/1981, ove il legislatore ha voluto rafforzare la solennità della norma, nel primo comma ricorrendo alla formula contenuta all'art. 25, 2° co. Cost., e nel secondo ricalcando quella contenuta nell'art. 14 delle Preleggi in punto di divieto di analogia. Salvo quanto subito si dirà circa l'incidenza dell'ordinamento sovranazionale, vi è consenso in dottrina e giurisprudenza (anche costituzionale⁶⁴) sul fatto che il principio di legalità riferito alle sanzioni amministrative, per come articolato nel quadro costituzionale italiano, abbia portata e pregnanza minori di quanto non accada per le sanzioni penali, non importando una riserva (nemmeno “tendenzialmente”) assoluta di legge⁶⁵, né un rigido divieto di retroattività della norma sanzionatoria (né a fortiori l'obbligo di retroattività della norma favorevole⁶⁶), né infine un vincolo rigoroso di tassatività e determinatezza⁶⁷.

⁶⁴ La specificità della sanzione amministrativa discende «anzitutto 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) nonché dal regime specifico della sanzione amministrativa, quale quello designato dalla legislazione ordinaria e in particolare dalla legge 24 novembre 1981, n. 689» (ordinanza 21 aprile 1994, rel. Pescatore). Cfr. anteriormente sentenza 14 marzo 1984 n. 68 (rel. Roehrsen); ordinanze 19 novembre 1987 nn. 420 e 421 (rel. Pescatore); sentenza 5 novembre 1986, n. 226 (rel. La Pergola).

⁶⁵ Il punto è pacifico: cfr. per tutti DOLCINI, *sub art. 1 legge 689/1981* (commento), in DOLCINI-GIARDA-MUCCIARELLI-PALIERO-RIVA CRUGNOLA (a cura di), *Commentario* cit., 9. D'altronde, una contraria interpretazione sarebbe contraddetta dalla previsione dell'art. 9, 2° co. legge 689/81, ove si ammette espressamente alle Regioni l'intervento normativo in materia.

⁶⁶ Sul tema cfr. CHIRULLI, *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio costit. AIC*, 2014, II, 1; PROVENZANO, *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Riv. It. Dir. Pub. Comm.*, 2012, V, 877; Id., *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in *Dir.Pen.Cont. Rivista Trim.*, 2016, III, 270; CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, *ivi* 247; PANTALONE, *Principio di legalità e favor rei nelle sanzioni amministrative*, CIMINI-ALLENIA (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia. Approfondimenti on line*, 2013, 27; più di recente, PAMPANIN, *Retroattività delle sanzioni amministrative, successione di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, in *Dir. Amm.*, 2018, I, 141.

In questo contesto, un impatto dirompente ha avuto la giurisprudenza delle Corti sovranazionali e, su tutte, quella della Corte EDU. Come noto⁶⁸, a partire dalla celebre sentenza Engel c. Paesi Bassi⁶⁹, la Corte ha sviluppato un'autonoma nozione di sanzione penale (*recte* di «materia penale») che ha condotto alla progressiva estensione delle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 della Convenzione oltre i confini del diritto penale tracciati dai legislatori nazionali. In particolare, la Corte fonda la propria valutazione circa la natura sostanzialmente penale di una sanzione su tre parametri, tra loro alternativi: la *qualificazione formale* della sanzione ricevuta nell'ordinamento d'origine (vincolante soltanto in senso estensivo⁷⁰), la sua *severità* (criterio tendenzialmente recessivo⁷¹) e la sua *natura*, ossia la prevalente finalità punitiva di una misura sanzionatoria, parametro questo dirimente.

La giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che – sia detto per inciso – ha formalmente riconosciuto l'identità contenutistica e funzionale tra le pene e la gran parte delle sanzioni amministrative (anche non pecuniarie) diffuse nello spazio giuridico europeo, ha avuto impatti significativi tanto

⁶⁷ Su cui, cfr. per tutti ALLENA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU cit.*, *passim*.

⁶⁸ La letteratura è sterminata. Sia concesso di rinviare a BARTOLE-DE SENA-ZGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012 e al classico AA.VV., *La «matière pénale» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rev. Sci. Crim. Droit Pén. Comp.*, 1987; GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2000, I, 25; VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *RIDPP*, 2007, I, 42; VALENTINI, *Il rapporto tra Diritto penale e Diritto amministrativo in punto di sanzioni. "Ne bis in idem" ed "equo processo" alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Federalismi*, 2015, 12, 1.

⁶⁹ Corte EDU, sentenza 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, Engel c. Paesi Bassi.

⁷⁰ «Ossia, nell'ambito di quella che è stata definita (fin dalla sentenza Engel) una *one-way autonomy*, (solo) per affermare l'applicabilità dell'art. 6 CEDU, ove anche non siano integrati i requisiti sostanziali affermati dai giudici di Strasburgo, epperò la sanzione sia di carattere penale nel proprio diritto di appartenenza» (GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo*, in *Riv.It.Dir.Pub.Com.*, 2014, II, 337); cfr. anche RANDAZZO, *Sanzioni amministrative e garanzie fondamentali: la prima parola della Consulta. L'inversione della "doppia pregiudizialità" alla prova*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, III, 368.

⁷¹ Sul punto, cfr. MAZZACUVA F., *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *RIDPP*, 2013, 1899; PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione "classica" a una svolta radicale*, in *RIDPP*, 1985, 919.

sull'ordinamento penalistico quanto su quello amministrativo, il cui apparato repressivo si è visto estendere una parte considerevole dello statuto garantistico penale⁷². Ciò ha portato, in giurisprudenza e dottrina, ad un generale ripensamento dell'inquadramento costituzionale di tali sanzioni, ed in particolare della possibilità di estendere ad esse la concezione pregnante del principio di legalità di cui all'art. 25, 2° co. Cost., prima riservato alle sole sanzioni penali.

Momento di svolta in tal senso è rappresentato dalla sentenza della Corte costituzionale del giugno 2010 n. 196, ove si afferma non solo che «dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava il principio secondo il quale tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto», ma soprattutto che tale principio è «desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost.»⁷³. La Consulta, riprendendo un proprio risalente precedente⁷⁴, pare così spostare il parametro costituzionale di legalità delle sanzioni amministrative dall'art. 23 all'art. 25, 2° co. Cost., in (presunto) ossequio alla giurisprudenza di Strasburgo, accogliendo una concezione più apertamente penalistica delle garanzie applicabili al sistema repressivo amministrativo⁷⁵. Tale “nuovo” corso è stato confermato l'anno

⁷² Cfr. GOISIS, *Un'analisi critica delle tutele procedurali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Dir. Proc. Amm.*, III, 2013; ID., *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro Amm. TAR*, 2014, 1228.

⁷³ Sentenza del 4 giugno 2010, n. 196 (rel. Quaranta), con nota di TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di “sanzione”*, in *Giur.Cost.*, 2010, III, 2308 (2323).

⁷⁴ Corte cost., 3 luglio 1967, n. 78 (il cui relatore – si noti – fu proprio Aldo M. Sandulli)

⁷⁵ Soluzione questa giudicata sovrabbondante da attenta dottrina: «anche se le inevitabili “rigidità” che deriverebbero da un'applicazione alle sanzioni amministrative del principio di legalità di cui all'art. 25, c. 2, Cost., non vanno probabilmente troppo enfatizzate [...], resta il fatto che le specificità della materia sanzionatoria amministrativa, cioè il suo intrinseco e naturale collegamento con un'esigenza di efficienza e di buon andamento della azione amministrativa (di cui all'art. 97 Cost.), forse si sposerebbero meglio con un principio di

successivo, questa volta sul versante dell'imputazione soggettiva, quando la Consulta ha respinto per infondatezza – non già per manifesta inammissibilità – una questione di costituzionalità concernente la violazione dell'art. 27 Cost. in materia di sanzioni amministrative, così sembrando fare applicazione di tale parametro costituzionale anche al di fuori dell'ambito penalistico⁷⁶.

Va detto che, in seguito, la stessa Corte Costituzionale non è sembrata percorrere fino in fondo la strada aperta dalla propria giurisprudenza, affermando la non generale estensibilità dello statuto garantistico penale, da riservare al «nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio»⁷⁷. Inoltre, la giurisprudenza amministrativa⁷⁸ e civile di legittimità⁷⁹ hanno accolto con una certa freddezza le soluzioni più “progressiste” della Consulta. Resta dunque la constatazione che la piena estensione del principio di legalità a tutto il diritto sanzionatorio amministrativo – o quantomeno alla sua espressione paradigmatica: la sanzione depenalizzata – è processo incoraggiato dalla giurisprudenza sovranazionale ma che, nonostante gli entusiasmi della dottrina⁸⁰, non è ancora stato interamente assimilato nell'ordinamento costituzionale vivente.

Come cercheremo di spiegare nel Capitolo conclusivo, gli approdi della giurisprudenza nazionale e sovranazionale sin qui descritti (e gli interrogativi

legalità-determinatezza quale quello delineato dall'art. 7 CEDU» (ALLENIA, *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU* cit., 26-27).

⁷⁶ Corte Cost. 7 aprile 2011, n. 148 (rel. Frigo), cfr. punto 4. della parte in diritto.

⁷⁷ Corte cost., sentenza 11 febbraio 2010 n. 43 (rel. Gallo). In senso “conservativo” anche sentenza 18 aprile 2014, n. 104 (rel. Napolitano), nonché sentenza 5 ottobre 2016, n. 276 (rel. De Pretis).

⁷⁸ Dopo qualche mese, il Consiglio di Stato già affermava che «il principio di stretta legalità derivato dall'art. 25, comma 2, Cost. [...] si riferisce propriamente alla materia penale, ma non si estende, sullo stesso piano, al dominio dell'illecito amministrativo, essendo la sanzione amministrativa soggetta a differenti parametri costituzionali (art. 23 e 97 Cost.) e normativi (legge n. 689/1981)» (Cons. Stato, sez. VI, 3 settembre 2010, n. 2507).

⁷⁹ Cfr. ad esempio Cass. Pen., 7 agosto 2012, n. 14210 («non seriamente predicabile [la violazione del principio di legalità] in relazione alla vicenda sanzionatoria oggetto del giudizio (essendo riconducibili le sanzioni amministrative non alle norme di cui agli artt. 25 e 27 Cost., afferenti alle sanzioni penali, quanto piuttosto a quelle di cui agli artt. 23 e 97 della Carta fondamentale)»; Cass. Pen., 4 settembre 2014, n. 18683).

⁸⁰ Per tutti MAZZACUVA F., *Le pene nascoste* cit. 136.

che essi sollevano) hanno una rilevanza tutto sommato modesta ai fini che qui ci siamo posti. Di maggiore impatto nella nostra ricerca è invece l'altro parametro costituzionale evocato in riferimento alle sanzioni amministrative, l'art. 97 Cost.⁸¹

Tale norma, dopo aver statuito il principio di riserva (relativa) di legge nell'organizzazione dei pubblici uffici, introduce, quali canoni ordinanti della struttura e del funzionamento di questi ultimi, i principi di imparzialità e di buon andamento. Quest'ultimo, «vero cardine della vita amministrativa e quindi condizione dello svolgimento ordinato della vita sociale»⁸², rappresenta il parametro di legittimità delle scelte discrezionali del legislatore nella disciplina della funzione amministrativa, ivi inclusa di quella punitiva⁸³.

Il principio di buon andamento, parametro per lungo tempo latente nello scrutinio di costituzionalità delle leggi, ha assunto a partire dagli anni '90 del Novecento un'importanza crescente, sotto la spinta della giurisprudenza (e della concezione stessa di pubblica amministrazione) euro-unitaria⁸⁴. Ad un più frequente richiamo nella giurisprudenza costituzionale, si è accompagnata una

⁸¹ Novellato con legge cost. 20 aprile 2012, n. 1 (su cui, cfr. BOTTINO, *Il nuovo art. 97 della Costituzione*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 2014, III, 691). Per un'introduzione alla norma, cfr. per tutti CARANTA, *sub art. 97*, in BIFULCO-CELOTTO-OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, 1889; nonché ALLEGRETTI, *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Dig. Disc. Pub.*, 1993, 139. Sull'imparzialità cfr. ANTONINI, *Il principio di imparzialità*, in SANDULLI M.A. (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 53; SPASIANO, *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *JusPublicum*, 2011.

⁸² Corte cost., n. 123 del 1968.

⁸³ La qualificazione della potestà punitiva amministrativa come "funzione" in senso tecnico-giuridico è tutt'altro che pacifica, poiché la presunta assenza di discrezionalità amministrativa nell'applicazione delle sanzioni (su cui cfr. *infra*) e la conseguente giurisdizione del G.O. (giudice dei diritti soggettivi, non già degli interessi legittimi) sugli atti sanzionatori imporrebbero di escludere il carattere autoritativo all'attività sanzionatoria e, con esso, la natura provvedimentale degli atti che ne sono espressione. Il tema è estremamente ampio e non può qui essere riassunto: cfr. per tutti GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Riv. Ita. Dir. Pub. Com.*, 2013, 79; nonché CASETTA, *Illecito amministrativo* cit. 101.

⁸⁴ La Consulta ha iniziato ad utilizzare il buon andamento come parametro di valutazione dell'efficienza dell'azione amministrativa a partire dagli anni '80, ma è solo negli anni '90, con la riforma privatizzazione del pubblico impiego, che ciò avviene in modo sistematico: cfr. ad esempio la sentenza 4 giugno 1993, n. 266 (rel. Baldassarre); la sentenza 17 dicembre 1997, n. 404 (rel. Chieppa); sentenza 25 luglio 1996, n. 313 (rel. Ruperto); sentenza 16 ottobre 1997, n. 309 (rel. Ruperto); sentenza 4 gennaio 1999, n. 1 (rel. Ruperto).

rilettura del principio in termini di efficienza e produttività della macchina amministrativa, che ha a sua volta condizionato l'evoluzione del principio di legalità⁸⁵.

In un primo tempo, il buon andamento è stato interpretato in prospettiva essenzialmente formale, quale canone di congruenza e non arbitrarietà dell'organizzazione degli uffici rispetto agli obiettivi fissati dalla legge. Il principio si risolveva perciò in un dovere, piuttosto blando, di proporzionalità tra mezzi impiegati dal legislatore ed obiettivi cui l'apparato amministrativo era chiamato. Prima chiara emersione di una concezione più spiccatamente economica del principio di buon andamento è stata l'approvazione della legge sul procedimento amministrativo del 7 agosto 1990 n. 241, ove, tra i «principi generali dell'attività amministrativa» (art. 1), compaiono *l'economicità* e *l'efficacia*⁸⁶. La formulazione della norma è invero conservativa, in quanto i nuovi «criteri» (non già principi) appaiono strumentali all'attuazione del principio di legalità, quali *mezzi* per l'attuazione dei «*fini* determinati della legge, [...] secondo le *modalità* [dalla stessa] previste». Nondimeno, l'irrompere di parametri economici nella disciplina del procedimento e della funzione amministrativa stravolge metodi e contenuto dell'agire dell'Amministrazione, portando alla dequotazione della legge e alla parallela giuridicizzazione dell'economia⁸⁷.

⁸⁵ In un rapporto sostanzialmente antinomico: «L'organizzazione si connota sempre per la tensione fra due opposte spinte: espressione di forze diverse, in origine parlamento e monarca, ora sovranità popolare ed efficienza. Questa tensione non è direttamente 'risolta' dalla Costituzione, che anzi in certa misura la ripropone nell'art. 97, rinviando per un verso alla legge e all'imparzialità e per altro verso al buon andamento» (CERBO, *Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione fra legalità e autonomia*, in AA.VV. *Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione*, Milano, 2008, 507). Sul tema in generale, cfr. per tutti SORDI, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Dir. Amm.*, 2008, I, 1.

⁸⁶ Sui tali concetti si rinvia a MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. Amm.*, 2005, IV, 707.

⁸⁷ In questo senso GIACCHETTI, *Dalla "amministrazione di diritto pubblico" allo "amministrare nel pubblico interesse"*, in *Foro Amm. CDS*, 2006, VII-VIII, 2349 («La dequotazione della legge ha limitato il ruolo della legge all'indicazione dei fini, lasciando così fuori della legge l'indicazione dei mezzi. Si ha quindi - quanto meno in via programmatica un'implicita delegificazione dei

Si aprono perciò le porte per una rilettura in chiave economica e sostanziale dell'art. 97, 2° co. Cost., che «diventa così una norma bifronte: assieme economica e giuridica»⁸⁸. L'accoglimento di tale concezione postula l'affrancamento del principio di buon andamento da quello di legalità, trovandosi l'ordinamento giuridico e quello economico su di un piano di (tendenziale) parità: parametro di legittimità dell'agire amministrativo non è più, dunque, la sola norma giuridica che disciplina il potere, ma altresì quella economica che ne indica il risultato. La legittimità non coincide più con la mera conformità alla legge.

Significative conseguenze discendono da tale nuova interpretazione del quadro costituzionale. Da un lato, efficacia efficienza ed economicità acquistano dignità costituzionale e valore precettivo, spingendo verso nuovo modello di gestione e di organizzazione dell'attività amministrativa, la c.d. «amministrazione di risultato»⁸⁹. Dall'altro lato, si afferma la natura tecnica (non già politica) delle scelte in punto di organizzazione e funzione della PA, con la conseguente limitazione del loro tasso di democraticità, essendo «l'assoggettamento dell'Amministrazione alla legge mediato dalla (e limitata alla) regola tecnica» prescelta dal legislatore⁹⁰. Ciò si riverbera sul contenuto (e sulle modalità operative) della discrezionalità amministrativa: «si integra il tradizionale criterio della funzione amministrativa, come discrezionalità

mezzi, [...]spezzando così il tradizionale monopolio dei mezzi e degli strumenti di diritto pubblico. [...]. Dal canto suo l'irruzione della nuova linfa dell'economia e della scienza dell'amministrazione nel corpo sonnolento del diritto pubblico ha trasformato i criteri di economicità ed efficacia, sino ad allora propri soltanto dell'economia e della scienza dell'amministrazione, in criteri anche giuridici, dando così nuovo contenuto al principio costituzionale del "buon andamento" »).

⁸⁸ GIACCHETTI, *Dalla "amministrazione di diritto pubblico" allo "amministrare nel pubblico interesse"* cit., 2351.

⁸⁹ Cfr. PENSABENE LIONTI, *L'amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*, in *Foro Amm. TAR*, III, 2004, 907; IANNOTTA, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. Proc. Amm.*, I, 2005, 1.

⁹⁰ CERBO, *Il potere di organizzazione* cit., 533. L'Autore poi aggiunge: «da scelta politica (e quindi democratica) resta, ma non si fa essa stessa immediatamente regola dell'organizzazione, dovendo necessariamente rinviare a tal fine ad una disciplina tecnica (la quale, in ultima analisi, limita l'ingerenza politica nell'organizzazione)».

imparziale, con quello della *discrezionalità efficiente*⁹¹. Si ampliano così le maglie per una deviazione dal dettato normativo in vista del raggiungimento del fine normativamente previsto, pur nel rispetto della regola tecnica. Infine, alla rarefazione del controllo democratico sulle scelte amministrative, in favore della regola tecnica (economica), fa da contraltare l'intensificarsi del sindacato giudiziale su di esse, ossia «lo spostamento dell'elemento giuridico dall'amministrazione attiva al controllo giurisdizionale dell'Amministrazione, [...] contrassegno dello Stato moderno»⁹².

Tale mutata interpretazione del parametro costituzionale interessa naturalmente anche l'ambito delle sanzioni amministrative, dischiudendo prospettive impensabili nel settore penalistico.

La conseguenza forse più interessante dell'estensione al sistema repressivo amministrativo del principio di buon andamento sostanziale è la possibile previsione da parte del legislatore di un bilanciamento tra l'interesse al rispetto del precetto (sanzionatoria) e l'interesse – anch'esso normativamente prescritto – al raggiungimento di un risultato regolativo⁹³. Per essere ancor più chiari, l'art. 97, 2° Cost. rende costituzionalmente legittima la possibilità di far prevalere le esigenze di *policy* sulle esigenze repressive, attribuendo alle Amministrazioni una discrezionalità nell'*an* nell'applicazione delle sanzioni amministrative, purché sia garantito il risultato regolativo avuto di mira. La Consulta già negli anni '80 si è pronunciata in senso favorevole ad una previsione di questo tipo, affermando la compatibilità tra l'art. 97 Cost. e la

⁹¹ CALANDRA, *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in AA. VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, I, 157.

⁹² FORSTHOFF, *Il giurista scomodo*, in ID., *Lo stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973, 78 (citato da CERBO, *Il potere di organizzazione* cit., 536)

⁹³ In questi termini GIACCHETTI, *Dalla "amministrazione di diritto pubblico" allo "amministrare nel pubblico interesse"* cit., 2367.

rinuncia, per atto amministrativo, ad una pretesa sanzionatoria pecuniaria⁹⁴. Di tutta evidenza, il consolidarsi di una lettura sostanziale di tale parametro costituzionale rafforza questo tipo di prospettiva.

Va infine notato che, sul piano del controllo giurisdizionale, l'evoluzione del principio costituzionale del buon andamento si rinsalda con le istanze provenienti dall'ordinamento sovranazionale e in particolare con il dovere, derivante dall'art. 6 CEDU, di garantire un sindacato di *full jurisdiction* sulle sanzioni amministrative «inteso come potere di sindacare la fondatezza, l'esattezza e la correttezza delle scelte amministrative così realizzando, di fatto, un *continuum* tra procedimento amministrativo e procedimento giurisdizionale»⁹⁵. Il ricorso a regole di natura tecnica, infatti, rende più controllabile in sede procedimentale (prima) e giudiziale (poi) la correttezza del metodo utilizzato dall'Amministrazione e, più in generale, l'adeguatezza della scelta sanzionatoria, rafforzando così la tutela del contraddittorio. Senza dover ricorrere a parametri “tradizionalmente” penalistici, dunque, l'evoluzione del volto costituzionale delle sanzioni amministrative pare compatibile con le istanze garantistiche di matrice sovranazionale.

2.4 *Sanzioni (in senso proprio) “propriamente” amministrative? Il caso della disciplina antitrust.* – Per quanto ci si possa entusiasmare dinanzi alle possibilità

⁹⁴ Corte cost., 14 aprile 1988, n. 447 (rel. Corasaniti). Sul punto, con particolare enfasi, GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie* cit. 136.

⁹⁵ Cons. di Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596 (con nota di REGANELLI, in *Gior. Dir. Amm.*, 2015, IV, 512). In generale, sul sindacato del Giudice amministrativo sulle sanzioni amministrative, cfr. TORCHIA, *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, III, 501; GIOVAGNOLI, *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione al Convegno *Le Autorità Amministrative indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati* (Roma, 28 febbraio 2013), in www.giustizia-amministrativa.it; CHIEPPA, *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del Giudice amministrativo*, in *Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze* – 2005, 1; DEODATO, *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del Giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *Federalismi*, II, 2017, 1; FILICE, *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, IV, 2015, 559; GOISIS, *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Diritto Amministrativo*, 2018, I, 1

applicative dischiuse in materia di sanzioni amministrative dal principio di buon andamento sostanziale, è necessario tornare alla realtà dell'ordinamento positivo, ove tali prospettive si scontrano con le scelte compiute dal legislatore. Si è ampiamente visto, infatti, come il processo di depenalizzazione abbia modellato le sanzioni amministrative in modo da renderle «materialmente indistinguibili dalle sanzioni penali pecuniarie, ed anzi [...] spesso assai più significative nell'ammontare e quindi più afflittive»⁹⁶. La sanzione amministrativa depenalizzata è ormai funzionalmente indistinguibile dalla pena, e ciò mina alla base il meccanismo operativo del principio di sussidiarietà.

Prima di abbandonarsi alla rassegnazione, però, vale la pena gettare lo sguardo altrove, soffermandosi sui sistemi sanzionatori extra-penali che meno hanno subito l'influenza del processo di penalizzazione, quegli «ordinamenti sezionali»⁹⁷ che, per ragioni storiche o concrete esigenze normative, si sono evoluti secondo logiche proprie. L'ambito che più esprime tali peculiarità è quello delle Autorità amministrative indipendenti, «un settore nel quale si sperimentano modelli innovativi di esercizio del potere sanzionatorio»⁹⁸. In tale contesto, il “laboratorio” che più spicca per ampiezza e molteplicità delle soluzioni normative utilizzate è quello dalla potestà sanzionatoria dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato.

⁹⁶ GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie* cit. 116.

⁹⁷ Costruzione concettuale elaborata da Giannini in riferimento al settore creditizio. Cfr. GIANNINI, *Il nuovo T.U. delle leggi bancarie e l'ordinamento sezionale del credito*, in *Le banche. Regole e mercato, dopo il testo unico delle leggi bancarie*, Milano, 1995, 42; ID., *Gli ordinamenti sezionali rivisitati* (1992), ora in ID., *Scritti*, IX, Milano, 2006, 127.

⁹⁸ CLARICH, *Presentazione*, in FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, XXXIV. La letteratura in materia è vastissima: cfr. ex multis, MERUSI-PASSARO, *Autorità indipendenti* (voce), in *Enc. Dir.*, VI, 2002; D'ALBERTI, *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, V, Roma, 1995; FRANCHINI, *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1988, 551; D'ALBERTI-PAJNO (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2009; LONGOBARDI, *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 871; ID., *Le autorità di regolazione dei mercati nel “tempo della crisi”*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 41; nonché CASSESE, *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza, Regole*, II, 2002, 265.

La disciplina di riferimento a livello nazionale è contenuta nella Legge 10 ottobre 1990 n. 287, di chiara ispirazione comunitaria ed «anticipatrice delle tendenze alla uniformazione delle previsioni normative ed alla convergenza nella loro applicazione, [...] che si sarebbero attuate nel decennio successivo fino all’emanazione del Regolamento UE 1/2003»⁹⁹. Il quadro regolatorio *Antitrust* si sviluppa poi in maniera verticale: “verso il basso”, con l’emanazione di provvedimenti di natura para-normativa emanati dalla stessa Autorità¹⁰⁰, e “verso l’alto”, stratificandosi l’una sull’altra la disciplina nazionale ed euro-unitaria, oltre naturalmente al diritto CEDU, secondo uno schema ordinamentale multilivello¹⁰¹.

Obiettivi istituzionali dell’AGCM sono quelli di garantire il corretto e libero funzionamento del mercato e delle sue regole (e dunque il pieno esplicarsi della libertà di iniziativa economica di cui all’art. 41 Cost.), di provvedere alla tutela del consumatore, e di prevenire e risolvere i conflitti di interessi dei soggetti titolari delle cariche di governo¹⁰². A tal fine, l’Autorità dispone di penetranti poteri d’indagine, anche di naturale generale, e può predisporre ed irrogare misure cautelari, inibitorie, ripristinatorie e sanzionatorie, nonché adottare provvedimenti di carattere decisorio. L’Autorità

⁹⁹ PERA, *Antitrust italiano: gli anni della fondazione (1990-1994)*, in *Conc. e merc.*, 2011, X, 707.

¹⁰⁰ CHIEPPA, *Le funzioni regolatorie e il fondamento della delega di poteri normativi alle Autorità*, in CIRILLO-CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 75.

¹⁰¹ «Sul piano strutturale, il sistema giuridico presenta una connotazione multilivello, dall’architettura solo in parte lineare, in cui sono presenti, accanto alle tradizionali e stratificate norme nazionali, le fonti europee, articolate nel diritto dell’Unione europea (EU) e nelle disposizioni dell’ordinamento delineato dalla Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo»: LIPARI, *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all’AGCM*, in *Federalismi*, 2018, VIII, 2. Sulle fonti nazionali, cfr. per tutti CATRICALÀ, *L’Autorità garante per la concorrenza ed il mercato*, in CIRILLO-CHIEPPA (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti* cit., 309; sul sistema delle fonti comunitarie, cfr. LAMARCA, *Antritrust americano e antitrust europeo*, in CASSANO-CATRICALÀ-CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 4.

¹⁰² Funzione quest’ultima disciplinata nella legge 20 luglio 2004, n. 215. Per un inquadramento generale sui poteri dell’Antitrust, cfr. FRENI, *I poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in FRATINI (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti* cit., 785.

è altresì chiamata ad esercitare, d'ufficio o su richiesta di amministrazioni interessate, poteri consultivi aventi ad oggetto iniziative legislative o regolamentari in materia di concorrenza. In questo contesto, l'AGCM ha il potere di segnalare al Governo e al Parlamento provvedimenti normativi o amministrativi già vigenti o in via di formazione che ostacolano la concorrenza, potendo persino impugnare dinanzi al TAR gli atti amministrativi che contrastino con le norme *antitrust*.

La latitudine dei poteri dell'AGCM ed il legame con le istituzioni europee¹⁰³ pongono tale Autorità in una posizione particolarissima nel panorama istituzionale italiano (anche in quello delle stesse *Authorities*), e sono alla base della sua condizione di spiccata indipendenza ed autonomia rispetto alle autorità di Governo¹⁰⁴. Il carattere altamente tecnico dell'ambito di intervento dell'AGCM è invece la ragione per cui le controversie riguardanti i suoi provvedimenti sono attribuite alla giurisdizione esclusiva – e di merito – del giudice amministrativo, con l'ulteriore particolarità della competenza funzionale inderogabile del TAR del Lazio¹⁰⁵.

Venendo al tema che qui interessa, la potestà sanzionatoria dell'*Antitrust* si pone emblematicamente al crocevia tra istanze punitive e

¹⁰³ A norma del Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, che istituisce il sistema delle c.d. "competenze parallele" in materia di concorrenza, la Commissione Europea e le autorità *antitrust* degli Stati membri formano un sistema istituzionale sostanzialmente unitario, lo *European Competition Network*. L'AGCM, al pari delle altre autorità nazionali, applica anche in via decentrata il diritto *antitrust* dell'Unione ed opera in stretta collaborazione con la Commissione, la quale mantiene una posizione di preminenza, potendo imporre obblighi di informazione e di consultazione preventiva nonché di assistenza nel compimento di attività ispettiva. Questo sistema istituzionale è efficacemente illustrato da MARCHETTI, *Le garanzie procedurali e processuali delle imprese nella rete europea della concorrenza*, in *Riv. Reg. Merc.*, 2014, I, 29; più di recente, cfr. GHEZZI-MARCHETTI, *La proposta di Direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2017, I, 1015.

¹⁰⁴ Sull'autonomia funzionale delle *Authorities*, cfr. PIROZZOLI, *Il potere di influenza delle Autorità delle amministrative indipendenti*, in *Federalismi*, 2017, XXIII, 2.

¹⁰⁵ Cfr. BASILICO, *Il controllo del Giudice Amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, in *Rivista AIC*, VI, 2011, 1; ORECCHIO, *Il sindacato di merito sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti. Il caso dell'antitrust*, in *Federalismi*, 2016, II, 2.

regolatorie¹⁰⁶. Da un lato, infatti, l'AGCM ha il potere di applicare sanzioni pecuniarie che corrispondono al paradigma afflittivo scelto in questo Capitolo e di cui (quasi) nessuno – in particolare dopo la celebre sentenza resa dalla Corte EDU nel caso Menarini¹⁰⁷ – mette in dubbio la natura sostanzialmente penale. Dall'altro, la disciplina del potere sanzionatorio dell'Autorità segue logiche del tutto eterodosse rispetto non solo al paradigma penalistico, ma anche a quello extra-penalistico.

Quanto al primo versante, va messo in evidenza come l'art. 31 della Legge n. 287/1981 preveda l'applicazione alle sanzioni pecuniarie comminate dall'*Antitrust* delle disposizioni di "parte generale" contenute nella Legge n. 689/1981, «in quanto applicabili»¹⁰⁸. Lo stesso legislatore del '90, nei limiti della compatibilità tra le due discipline, riconduce dunque la sanzione pecuniaria dell'AGCM nell'alveo della sanzione depenalizzata. Sul piano della disciplina, poi, il regime di imputazione oggettivo e soggettivo degli illeciti¹⁰⁹ ed il rilevante ammontare delle connesse sanzioni sono un chiaro indice del carattere punitivo di queste ultime. D'altronde, anche prima della sentenza Menarini, la Sesta sezione del Consiglio di Stato, pur senza avventurarsi in prese di posizione circa la natura delle sanzioni pecuniarie comminate dall'*Antitrust*, ne ha evidenziato il carattere afflittivo e la finalità sostanzialmente deterrente¹¹⁰.

¹⁰⁶ Cfr. il risalente FATTORI – DEVITA, *Il regime sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante*, Roma, 1996; più di recente, GIANNACCARI, *Storie minime di sanzioni: delitto e (quale) castigo?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, III, 473.

¹⁰⁷ Sentenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo del 27 settembre 2011 - Ricorso n. 43509/08 - A. Menarini Diagnostics Srl c. Italia (testo disponibile in lingua italiana nel sito del Ministero della giustizia www.giustizia.it, nella sezione «Strumenti» e «Sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo»).

¹⁰⁸ Clausola che, se non interpretata in modo ampio e pregnante, risulterebbe inutile, in quanto assorbita dalla previsione generale contenuta nell'art. 12 della Legge 689/1981. Sul punto, con chiarezza cfr. LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Riv. Trim. Dir. Pub.*, 1997, 381.

¹⁰⁹ Sono illeciti *antitrust* le intese restrittive della concorrenza, gli abusi di posizione dominante e le concentrazioni, cui si aggiungono di abusi di dipendenza economica rilevanti per la tutela della concorrenza e del mercato nell'ambito dei rapporti di sub-fornitura.

¹¹⁰ Come notato nella stessa sentenza Menarini (cfr. punto 36). Cfr. Cons. Stato, VI Sezione, sentenza 24 maggio 2002, n. 2869; 30 agosto 2002 n. 4362; 2 agosto 2004, n. 5368; 22

Sull'altro versante, le misure afflittive *antitrust* sono collocate in un quadro normativo, che tende a scoraggiarne l'inflizione in concreto e a favorire, invece, interlocuzioni *post delictum* tra l'Autorità ed il contravventore, al primario fine – non già di punire quest'ultimo, bensì – di ristabilire le dinamiche concorrenziali del mercato.

Un primo dato significativo attiene alla struttura della fattispecie sanzionatoria. Secondo quanto stabilito dall'art. 15 Legge n. 287/1990, l'accertamento di una condotta anticoncorrenziale è seguito immediatamente dall'inflizione della sanzione pecuniaria soltanto a fronte di «infrazioni gravi». Negli altri casi, invece, l'Autorità emette una diffida con l'indicazione di un «termine per l'eliminazione delle infrazioni», e soltanto in caso di inottemperanza a tale diffida è prevista l'inflizione delle sanzioni pecuniarie vere e proprie. Tale meccanismo, in disparte ogni questione circa la sua qualificazione dogmatica¹¹¹, si applica anche alle operazioni di concentrazione, ove però in nessun caso è prevista l'applicazione automatica della sanzione pecuniaria (artt.18 co.3° e 19).

Quanto poi ai livelli edittali, l'art. 15, come novellato dopo la riforma del 2001 dalla legge 5 marzo 2001, n. 57, prevede unicamente limiti massimi alla sanzione pecuniaria applicabile alle infrazioni gravi, senza alcuna indicazione di una soglia minima. Forbici edittali vere e proprie – ossia la previsione di minimi e massimi – sono previste solo in caso di inottemperanza

gennaio 2008 n. 697; 22 gennaio 2008 n. 1006. Cfr. anche Cass. Civ., Sez. Trib., 3 marzo 2010, n. 5050.

¹¹¹ Secondo una parte della dottrina le sanzioni *antitrust* non sono riconducibili al paradigma sanzionatorio in senso proprio, poiché seguono non già alla commissione dell'illecito, bensì all'inottemperanza all'ordine dell'Autorità. In questo senso, cfr. per tutti LICCIARDELLO, *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato* cit., 389; FATTORI, *I poteri dell'Autorità garante in materia di intese ed abusi di posizione dominante: diffide e sanzioni*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1997, 878; cfr. *contra* RIONDATO-ZANCANI, *Le Autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative*, in CAVALERI-DALLE VEDOVE - DURET (a cura di) *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Padova, 2003, 129 (i quali notano «non è pertanto l'inottemperanza alla diffida a rendere punibili le imprese, ma è, semmai, l'ottemperanza alla diffida a rendere non punibile – o non ulteriormente punibile l'illecito, ossia l'infrazione agli artt. 2 e 3»).

alle diffide *Antitrust*, e peraltro con una distanza considerevole tra la soglia inferiore e quella superiore. Detta distanza cresce vertiginosamente in materia di pratiche commerciali scorrette ove, a norma dell'art. 27, co. 9 del d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206 (Codice del Consumo), il massimo edittale della pena pecuniaria è pari a mille volte quello minimo (da 5.000€ a 50.000.000€)¹¹². Di tutta evidenza, tale disciplina garantisce enorme discrezionalità nell'applicazione in concreto della sanzione pecuniaria, autorizzando l'AGCM a modulare i propri interventi repressivi in funzione del loro impatto sulla tenuta complessiva del mercato¹¹³.

Più di recente, con il d.l. 4 luglio 2006, n. 223, sono stati introdotti nel tessuto normativo della Legge n. 287/1990 strumenti di *compliance* tesi ad consentire deroghe all'applicazione della sanzione pecuniaria, pur a seguito della commissione di illeciti *antitrust*. Una prima ipotesi è quella disciplinata all'art. 14-ter legge 287/1990, che concede alle imprese che abbiano violato il diritto *antitrust* di sottoporre all'AGCM «impegni tali da far venire meno i profili anticoncorrenziali oggetto dell'istruttoria». Prevede la norma che l'Autorità, ove valutati positivamente l'*idoneità* di tali impegni a ristabilire le dinamiche concorrenziali del mercato, può renderli vincolanti per le imprese e «chiudere il procedimento senza l'accertamento dell'infrazione»¹¹⁴.

¹¹² Sull'impiego in concreto delle sanzioni da parte dell'AGCM, cfr. GIANNACCARI-LANDI, *Le sanzioni antitrust nella prassi applicativa: si va ne la città dolente*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2014, II, 201.

¹¹³ «Ove la sanzione veda una significativa distanza tra il minimo ed il massimo edittali, la discrezionalità nel *quantum* si avvicina – se non sul piano giuridico-formale, certo, almeno, su quello materiale – a un potere che finisce, o può finire, per incidere sulla stessa sostanza del malum inflitto (GOISIS, *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie* cit. 137). Sul rapporto tra finalità della sanzione e limiti edittali, cfr. DONINI, *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Ind.Pen.* 2003, 386 (si veda in particolare la nota 20)

¹¹⁴ Ha chiarito l'AGCM che, «tenuto conto dell'ampia discrezionalità di cui gode l'Autorità nella valutazione degli impegni proposti dalle imprese, confermata dalla giurisprudenza comunitaria e nazionale, gli impegni devono essere valutati anche in considerazione dell'interesse dell'Autorità al proseguimento del procedimento istruttorio». (*Comunicazione sulle procedure di applicazione dell'articolo 14 ter della legge 10 ottobre 1990 n. 287*, Delibera 6 settembre 2012, n. 23863).

Altro importante strumento di *compliance* è quello dei c.d. “programmi di clemenza”, ossia ipotesi nelle quali l’Autorità può rinunciare all’applicazione delle sanzioni o diminuirne l’ammontare «in virtù della qualificata collaborazione prestata dalle imprese nell’accertamento di infrazioni alle regole di concorrenza» (art. 15, co. 2-*bis* legge 287/1990)¹¹⁵. Tale previsione, modellata sui *leniency programs* del diritto *antitrust* angloamericano, consente all’AGCM di non sanzionare le imprese che forniscano un contributo significativo all’accertamento dell’illecito da esse commesso (nella specie, la pratica anticoncorrenziale), nei suoi profili oggettivi e soggettivi, secondo uno schema già sperimentato dal legislatore penale in materia di criminalità organizzata¹¹⁶.

Ancor più emblematico è infine uno strumento di carattere generale, contenuto nell’originario articolato della Legge 287/1990, che testimonia la particolarità del sistema sanzionatorio *antitrust* e, ancor di più, la delicatezza del suo ambito oggettivo di intervento. A norma dell’art. 4 della Legge *antitrust*, l’AGCM può derogare al divieto di intese anticoncorrenziali – divieto, si noti, presidiato con sanzione pecuniaria – qualora accerti che il comportamento in questione abbia ricadute positive sulle condizioni dell’offerta del mercato e comporti un beneficio per i consumatori¹¹⁷. Si tratta delle c.d. “intese in deroga”, ossia condotte che l’AGCM accerta *ex ante* essere contrarie alle norme *antitrust* ma che nondimeno autorizza, poiché valuta essere in linea con il mandato normativamente prescritto dell’Autorità, ossia la tutela delle dinamiche concorrenziali ai fini di un più ampio benessere dei consumatori. Il potere di autorizzare intese in deroga è fondato su di una valutazione di

¹¹⁵ Su cui, cfr. per tutti il recente contributo di GAMBARDELLA, *Programmi di clemenza: novità normative e possibili prospettive*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2017, III, 1119.

¹¹⁶ Cfr. in particolare l’attenuante della c.d. dissociazione attuosa, inizialmente disciplinata all’art. 8 del d.l. n. 152/1991 e ora contenuta all’art. 416-*bis*.1 c.p.

¹¹⁷ Il medesimo meccanismo, con previsione ancora più estensiva, è previsto a livello euro-unitario dall’art. 101.3 TFUE. Sulla disciplina delle esenzioni in materia *antitrust*, in particolare con riferimento al sistema UE, cfr. D’IPPOLITO, *Le esenzioni*, in CASSANO-CATRICALÀ-CLARIZIA (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori* cit., in 533.

discrezionalità tecnica, ove il parametro economico assume rilevanza preponderante: in questa prospettiva, la norma pare potersi collocare nello schema tracciato trattando del buon andamento sostanziale, ove il raggiungimento dell'obiettivo regolatorio giustifica una deviazione – normativamente prevista – dalla fattispecie sanzionatoria. Il principio di legalità si esaurisce nella fissazione dell'obiettivo di *policy* (la tutela della concorrenza ed il benessere del consumatore) e nell'indicazione della regola tecnica (economica) che l'Amministrazione è chiamata ad applicare. Il dato normativo è però piegato da quello tecnico.

Ulteriori particolarità nell'applicazione della potestà sanzionatoria dell'*Antitrust* potrebbero essere individuate¹¹⁸ ed i profili di peculiarità aumentano qualora si volga lo sguardo all'ordinamento sovranazionale. Ciò che qui conta evidenziare è come, anche in riferimento a provvedimenti sanzionatori a carattere punitivo, la disciplina *antitrust* si caratterizza per la presenza di note devianti rispetto al modello penalistico e a quello della sanzione depenalizzata. Dette deviazioni attengono tanto alla costruzione della fattispecie sanzionatoria quanto – e soprattutto – alla disciplina del potere, e trovano la propria ragione nella specificità degli illeciti sanzionati e del contesto soggettivo in cui l'Autorità è chiamata ad operare¹¹⁹. Ciò ha suggerito al

¹¹⁸ Si pensi, per limitarci alla quantificazione delle sanzioni, agli ampi poteri di valutazione della capacità contributiva delle aziende, ai fini della diminuzione delle sanzioni pecuniarie (la *inability to pay* di cui al Punto 31 delle Linee Guida AGCM 2014), o alla possibilità espressamente prevista di comminare «sanzioni simboliche» (Punto 31 delle Linee Guida AGCM 2014), (cfr. *Linee Guida sulla modalità di applicazione dei criteri di quantificazione delle sanzioni amministrative pecuniarie irrogate dall'Autorità in applicazione dell'articolo 15, comma 1, della legge n. 287/90*, disponibili online all'indirizzo http://www.agcm.it/traspst statistiche/doc_download/4498-lineeguidacriteriquantificazionesanzioni.html). In argomento, cfr. NASCIBENE-BARDANZELLU, *Linee Guida dell'Agcm sui criteri di quantificazione delle sanzioni antitrust. Buona la prima (o quasi)*, in *Merc. Conc. Reg.*, 2015, III, 485. Più in generale, CAZZATO, *Le Linee Guida sulla quantificazione delle sanzioni antitrust*, Torino, 2018, 179 e 197. Si noti anche le recenti novità in tema di *private enforcement* del diritto *antitrust*, su cui cfr. GIANNACCARI, *In tema di private enforcement*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2017, I, 143.

¹¹⁹ È ricorrente in dottrina, ad esempio, la notazione che l'effetto deterrente delle sanzioni *antitrust* è pregiudicato dalla possibilità del soggetto sanzionato di «riversare sui consumatori l'ammenda ricevuta (indipendentemente dal relativo ammontare), traslandola all'interno dei

legislatore, italiano ed europeo, di disegnare il quadro normativo delle sanzioni secondo uno schema che potremmo definire “collaborativo”, ove il raggiungimento del risultato regolativo è preferito all’inflizione della punizione anche – questo il punto – *dopo* che l’illecito è stato commesso. Se è vero che «i profili di strumentalità all’intervento regolatorio si mantengono sul terreno della disciplina del potere e non riguardano la sanzione come atto»¹²⁰, è indubbio che il quadro normativo nel suo complesso (al pari del principio sostanziale di buon andamento che lo ispira) condiziona la funzione svolta dalla potestà sanzionatoria dell’AGCM, piegandola a logiche del tutto sconosciute al legislatore penale (e para-penale). In definitiva, la sanzione *antitrust* si caratterizza sul piano funzionale per il fatto di perseguire una logica primariamente – anche se non esclusivamente – regolatoria, con ciò ponendosi in disparte rispetto agli altri strumenti repressivi penali e amministrativi.

Uno spiraglio, finalmente, per una proficua applicazione del principio di sussidiarietà.

prezzi o delle tariffe future, in modo da devitalizzarne completamente l’effetto» (GIANNACCARI-LANDI, *Le sanzioni antitrust nella prassi applicativa* cit., 203). Così anche FRIGNANI, *L’insufficienza dei modelli sanzionatori attuali: necessario un tertium genus?*, in RABITTI BEDOGNI-BARUCCI (a cura di), *20 anni di antitrust*, Torino I, 2010, 476.

¹²⁰ TRIMARCHI, *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in CIMINI-ALLENNA (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti* cit., 77.

4. Le funzioni della pena

4.1 I “*momenti*” della pena, i vincoli costituzionali e le diverse tipologie di teorie giustificanti. – All’esito della nostra indagine, uno studio delle funzioni svolte dalla sanzione penale assume paradossalmente un interesse secondario. Il principio di sussidiarietà esterna opera, infatti, sul presupposto che le distinte *rationes*, ossia – nella nostra ricerca – la sanzione penale e quella amministrativa, si distinguano sul piano funzionale. La sanzione amministrativa, con l’eccezione del sistema repressivo *antitrust*, è però ormai funzionalmente identica a quella sanzione penale, complici il processo di depenalizzazione e le istanze di matrice sovranazionale. A prescindere quindi dalle possibili funzioni della sanzione penale, l’operatività dell’*extrema ratio* appare a monte largamente compromessa. Questa considerazione, se certo non ci esime dall’affrontare il tema vastissimo della funzione della pena¹²¹, ci autorizza almeno ad un certa brevità nella trattazione.

Un paio di notazioni preliminari.

Come è stato osservato dalla dottrina, non solo penalistica¹²², il tema delle funzioni di una sanzione non può essere trattato senza tenere in debita considerazione i diversi modi in cui la misura sanzionatoria viene in essere come fenomeno giuridico. La previsione in astratto della fattispecie incriminatrice, la sua applicazione in concreto e l’esecuzione della sanzione costituiscono, infatti, tre distinti ma concatenati momenti della “sanzione” in

¹²¹ La letteratura in materia è sterminata. In generale sul tema cfr. CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, Torino, 1990; EUSEBI, *La funzione della pena. Il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989; ID., *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990; RONCO, *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996. Una pregevole analisi è altresì quella di OSS, *La realtà applicativa delle sanzioni penali in Italia ed in Germania, tra tensioni rieducative ed istanze europee di armonizzazione. La pena detentiva*, Trento (tesi di dottorato), 2016.

¹²² Cfr. VASSALLI, *Potestà punitiva* cit., 795; l’Autore, nell’affermare la necessità che l’esecuzione della pena sia ricompresa nel concetto di potestà punitiva, ribadiva «l’opportunità di tenere ben distinti (anche se unificabili sotto la locuzione di potestà punitiva in senso lato) i tre momenti della normazione, dell’applicazione e dell’esecuzione».

senso lato, e per ciascuno di essi può predicarsi lo svolgimento di una funzione¹²³. Come già chiarito, il principio di sussidiarietà esterna interviene al momento della selezione normativa delle condotte punibili e, dunque, nel momento della previsione in astratto della sanzione. È perciò a tale “momento della pena” cui faremo riferimento quando tenteremo di saggiare le prospettive applicative dell'*extrema ratio*. Riteniamo nondimeno opportuno trattare le funzioni della pena in prospettiva più ampia, senza limitarci ad uno specifico momento della sanzione penale, così da dar conto della tematica in modo più completo.

Va in secondo luogo chiarito che la pena, nella sua dimensione di reazione alla violazione del precetto, può essere – ed è stata nel corso dei secoli – indirizzata verso le finalità più disparate, essendo il suo utilizzo condizionato dalla politica criminale perseguita dal legislatore (e dal Governo). Per quanto il perseguimento delle finalità di politica criminale sia tendenzialmente libero, le istanze repressive espresse dai moderni ordinamenti penalistici trovano un limite nel quadro valoriale di livello costituzionale. In particolare, il contrassegno della modernità penalistica è rappresentato dalla preminenza acquisita dalla libertà personale e dalla dignità umana nella trama costituzionale dei valori. Non a qualsiasi finalità può, dunque, essere indirizzata la pena, poiché le finalità di politica criminale perseguite ed i mezzi utilizzati per

¹²³ In ambito penalistico, il contributo di maggior impatto sulle diverse funzioni svolte dalla pena nelle sue diverse “fasi” è il celebre articolo di ROXIN, *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Juristische Schulung*, 1966, X, 377 («*Unser Ausgangspunkt ist der, daß das Strafrecht dem einzelnen in dreifacher Weise entgegentritt: Strafen androhend, verbärend und vollziehend, und daß diese drei Bereiche staatlicher Tätigkeit jeweils gesonderter Rechtfertigung bedürfen. [...] Die einzelnen Straftheorien richten den Blick einseitig auf bestimmte Aspekte des Strafrechts – die spezialpräventive Lehre auf den Vollzug, der Vergeltungsbedanke auf das Urteil und die generalpräventive Auffassung auf den Zweck der Strafdrohungen – und vernachlässigen die übrigen Erscheinungsweisen der Strafgewalt, obwohl doch jede von ihnen spezifische Eingriffe in die Freiheit des einzelnen in sich schließt*»: ivi, 381). Per una rilettura del pensiero roxiniano, cfr. MOCCIA, *Pena e colpevolezza nel pensiero di Claus Roxin*, in *Ind. pen.* 1981, 155.

realizzarle devono risultare coerenti con il sistema dei valori definito nella carta fondamentale (oltre, dunque, gli artt. 24, 25 e 27 della nostra Costituzione)¹²⁴.

Va infine evidenziato come le diverse dottrine aventi ad oggetto le funzioni della pena non si distinguano solo per il contenuto della teoria giustificante, ma anche (e soprattutto) per l'oggetto di essa. Mentre infatti alcune teorie indagano la *ragione* della punizione, ossia le condizioni che legittimano sul piano etico-normativo la previsione (o l'inflizione) di una pena, altre guardano all'*obiettivo* avuto di mira dalla punizione, ossia alla finalità empirico-sociale dell'inflizione di una pena. Con una certa approssimazione, tali teorie sono tradizionalmente classificate come assolute (le prime) e relative (le seconde). Benché entrambe le dottrine mirino a legittimare il ricorso alla pena, le prime lo fanno indagando la *ragione* dell'incriminazione (*why do we punish*), le seconde la sua *funzione* (*what do we punish for*). A mutare è anche lo statuto epistemologico della spiegazione fornita: le teorie relative della pena, per quanto anch'esse fondate su valori¹²⁵, *spiegano* il ricorso alla pena tramite argomenti storici o sociali, fornendo risposte assertive e verificabili, di cui è possibile predicare il vero o il falso; le teorie assolute *giustificano* il ricorso alla pena indagandone il fondamento etico-normativo, e perciò forniscono risposte accettabili (o non accettabili) come assiologicamente valide, ma di cui non è possibile affermare la verità o la falsità¹²⁶. Di tali differenze nell'oggetto e nel contenuto si deve sempre tenere conto nello studio delle dottrine della pena.

¹²⁴ «Il sistema penale [...] non aspira ad una validità assoluta, metastorica, ma fonda la sua validità sul coerente collegamento con la struttura ideologico-politica generale entro la quale è stato elaborato ed in funzione della quale deve operare» (MOCCIA, *Diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 26).

¹²⁵ «Any normative theory of punishment depends on some more or less articulated conception of the state, of the nature of political association and obligation, of the proper role and powers of the state»: DUFF, *Punishment, Communication and Community*, Oxford, 2001, XVIII.

¹²⁶ Tali concetti sono illustrati con chiarezza da FERRAJOLI, *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, III, 493 («La domanda “perché punire?” può essere intesa in due sensi diversi: 1) perché esiste la pena, ovvero si punisce; 2) perché deve esistere la pena, ovvero si deve punire. Nel primo senso il problema del “perché” della pena è un problema scientifico,

4.2 *Le funzioni della pena: classificazioni preliminari. La retribuzione.* – Il tema delle funzioni della pena è antico quanto la pena stessa. Il dibattito circa il fondamento e lo scopo della sanzione (penale) corre infatti lungo coordinate tracciate – *in nuce*, naturalmente – da Seneca in un passo del *De Ira*, ove si legge che due sono le ragioni dell’infrazione di una punizione: *quia peccatum est e ne peccetur*¹²⁷.

Lungo tale confine corre la *summa divisio* che ancora divide le dottrine che giustificano la pena in base al male che il reo ha inferito alla vittima del reato (o al gruppo sociale di appartenenza e – più tardi – alla società tutta) dalle dottrine che invece prendono in considerazione l’effetto che deriva dall’infrazione della sanzione. Secondo la classica formulazione manualistica, le prime “guardano” al passato, le seconde al futuro. La dottrina penalistica moderna parla in proposito di teorie assolute (*quia peccatum est*) e relative (*ne peccetur*) della pena ovvero, secondo la classificazione anglosassone, di teorie retributive e teorie utilitaristiche¹²⁸.

ovvero empirico o di fatto, che ammette risposte di carattere storiografico o sociologico formulate in forma di proposizioni assertive verificabili e falsificabili, o comunque suscettibili di essere credute vere o false. Nel secondo senso il problema è invece un problema filosofico, e precisamente di filosofia morale o politica, che ammette risposte di carattere etico-politico formulate in forma di proposizioni normative, siccome tali né vere né false, ma solo accettabili o inaccettabili come assiologicamente valide o invalide». In altra sede (*Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2008, 315) l’Autore, pur conservando l’impianto concettuale, distingue ulteriormente tra *funzione, motivazione e scopo*; le conclusioni restano le medesime: «Le tesi assiologiche e i discorsi filosofici sullo scopo che giustifica (o non giustifica) la pena o più in generale il diritto penale non sono “teorie” nel senso empirico o assertivo comunemente associato a questa espressione. Esse sono bensì dottrine normative – o più semplicemente norme, o modelli normativi di valutazione o giustificazione – formulate o respinte con riferimento a valori. Sono viceversa teorie descrittive – e non “dottrine” –, nella misura in cui consistono in asserzioni empiriche verificabili e falsificabili, solo le spiegazioni delle funzioni della pena offerte dalla storiografia e dalla sociologia delle istituzioni penali, e quelle delle loro motivazioni giuridiche formulate dalla scienza del diritto positivo».

¹²⁷ «*Non praeterita, sed futura intuebitur (nam, ut Plato ait: nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur: revocari enim praeterita non possunt, futura prohibentur)*» (*De Ira*, I, 19), citazione tratta da CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, cit. 55.

¹²⁸ CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, cit. 57.

Teoria assoluta per eccellenza della funzione penale è la teoria retributiva¹²⁹. La retribuzione, che affonda le proprie radici nell'antichissima idea della restituzione del male al reo (secondo la formula biblica dell' "occhio per occhio"¹³⁰), individua il fondamento e la giustificazione dell'incriminazione nel fatto colpevole del reo, ed inquadra la pena come una controazione necessaria sul piano etico o giuridico, che corrisponde alla natura del comportamento illecito¹³¹. Secondo la prospettiva retributiva, il fatto colpevole *esige* la punizione, poiché è legittimo (sul piano giuridico) e/o giusto (sul piano etico) che al reo sia restituito il male che egli ha cagionato.

Esistono due principali concezioni di retribuzione, quella *morale* e quella *giuridica*¹³². «I seguaci della retribuzione morale sostengono che è un'esigenza profonda e incoercibile della natura umana che il male sia retribuito col male, come il bene merita un premio. Poiché il delitto costituisce una violazione dell'ordine etico, la coscienza morale ne esige la punizione [...]. La teoria della retribuzione giuridica, d'altra parte, afferma che il delitto è ribellione del singolo alla volontà della legge e, come tale, esige una riparazione che valga a riaffermare l'autorità dello Stato»¹³³. Nella prima prospettiva, la pena si legittima in forza della rottura dell'ordine etico; nella seconda, il ricorso alla

¹²⁹ A ben vedere, le teorie assolute sono tutte riconducibili all'idea di retribuzione, nella sua duplice veste di retribuzione morale e giuridica (cfr. *infra*).

¹³⁰ «Ma se [la vittima] muore, richiederai vita per vita, occhio per occhio, dente per dente, mano per mano, piede per piede, ustione per ustione, ferita per ferita, lividura per lividura» (Esodo 21, 23-25).

¹³¹ «Il concetto di retribuzione viene definito in vario modo. Su questo punto regna comunque l'unanimità: la retribuzione per sua natura, costituisce, rispetto ad un comportamento, una controazione che corrisponde alla natura del comportamento: *malum propter malum, bonum propter bonum*» (EXNER, *Funzione di tutela e la funzione retributiva della pena* (trad. it. ZANCHETTI), in EUSEBI (a cura di), *La funzione della pena* cit., 12).

¹³² Con una certa approssimazione può dirsi che la distinzione tra retribuzione etica e giuridica rispecchia, quantomeno negli effetti che ne discendono in termini di garanzie per il reo, la distinzione tra *positive* e *negative retribution* della dottrina anglo-americana: «*Positive retribution claims that a just society must impose punishment equivalent in severity to the seriousness of the crime. [...] Negative retribution claims that the seriousness of the offence sets an upper limit to permissible punishment, but does not mandate that the state punish to that extent*» (KADISH, SCHULHOFER, BARKOW, *Criminal Law and Its Processes: Cases and Materials*, 2015, X, 585).

¹³³ ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, III, Milano 1955, 484.

pena è legittimato dalla rottura dell'ordine giuridico. Tradizionalmente, anche se con notevole approssimazione, le concezioni etica e giuridica di retribuzione sono associate al pensiero di Kant la prima (pena quale imperativo etico autolegittimantesi), e a quello di Hegel la seconda (pena come restaurazione del diritto violato, sintesi della norma e della sua violazione).

Nell'uno e nell'altro caso, la pena acquista una connotazione positiva, in quanto eticamente o giuridicamente doverosa, e non abbisogna di ulteriori criteri di legittimazione esterna. La pena non ha – *recte*, non deve avere – scopi diversi da quello di rispondere al torto (etico o giuridico) commesso ed appare perciò come fine in se stessa (*Selbstzweck*). In questo risiede il carattere assoluto della teoria retributiva.

La concezione morale di retribuzione è stata oggetto di penetranti critiche, a partire dall'epoca illuministica, in quanto la sottostante idea che sia moralmente giusto restituire il male (del reato) con il male (della pena) si avvicina pericolosamente all'idea di vendetta (*Vergeltung als Rache*), da cui d'altronde trae la propria origine storica. Il già descritto¹³⁴ superamento della concezione religiosa della pena, come strumento di espiazione del peccato, si è identificata – a torto o ragione¹³⁵ – con la critica alla concezione etica di retribuzione, in favore della sua concezione giuridica. Quest'ultima, che si

¹³⁴ Cfr. *antea* Cap. 1, Par. 2.

¹³⁵ Nel pensiero kantiano, la cui radice ultima è di natura retributiva morale, concezione morale e giuridica convivono, tanto che l'imperativo categorico esemplificato dalla necessità di «giustiziare l'ultimo assassino ancora presente in prigione» è bilanciato – se così si può dire – dalla preminenza dell'uomo nel sistema dei valori e dal conseguente divieto di strumentalizzazione della persona, che il filosofo tedesco evoca al fine di «mostrare l'incompatibilità di un sistema di pena unilateralmente utilitaristico e preventivo con il valore della dignità umana, con il principio dell'uomo come fine a se stesso» (CATTANEO, *Beccaria e Kant. Il valore dell'uomo nel diritto penale*, in ID., *Illuminismo e legislazione penale. Saggi sulla filosofia del diritto penale nella Germania del Settecento*, Milano, 1993, 48). In altra sede, l'Autore nota come alla retribuzione morale vada riconosciuto il merito di aver messo in evidenza il carattere necessariamente – e inevitabilmente – *affittivo* della pena e di aver fatto emergere le due questioni essenziali per il diritto penale liberale, ossia quella «dell'indicazione della responsabilità, ovvero l'individuazione della persona che può o deve essere punita, e [quella della] misura o commisurazione della pena, ovvero la determinazione della qualità e quantità della pena» (ID., *Pena, diritto e dignità umana*, cit. 93)

sviluppa come argine alla “scoperta” dell'utilitarismo nel diciottesimo e diciannovesimo Secolo¹³⁶, individua nella rottura dell'ordine giuridico il fondamento e – questo il punto – il *limite* alla potestà punitiva. Il reato diventa il parametro secondo il quale valutare la giustezza della punizione, la sua proporzionalità ed umanità, in ciò rispondendo alle istanze garantistiche emerse nel Secolo dei lumi. In questo modo, la retribuzione giuridica «*answers both (i) the question of what justifies punishing anyone, namely, that all wrong-doers deserve moral condemnation and deprivation of certain rights, and therefore should be punished, and (ii) the question of the extent to which they should be punished, namely, as much as they deserve, that is, as severely as their wrong doing merits*»¹³⁷.

A partire dagli anni '70 dello scorso Secolo, la dottrina, in particolare quella anglo-americana, ha mostrato nuovo interesse per le teorie retributive, riportando al centro del dibattito sulle funzioni della pena il valore etico della punizione e la sua importanza nella comunicazione del disvalore; un ritorno, a ben vedere, a posizioni eticizzanti in punto retribuzione¹³⁸. Come acutamente notato in dottrina, la “nuova” ondata retributiva ha promosso un modello teoricamente spurio, fondato sulla sostanziale commistione tra retribuzione e prevenzione generale (su cui cfr. *infra*) ed avente come scopo la realizzazione dell'ideale di giustizia distributiva: tale (neo-)retribuzione darebbe soddisfazione al bisogno della popolazione di veder realizzato il precetto morale della giustizia, ossia la condanna dei criminali, «un incontestabile fenomeno psicologico [...] che si radica nella nostra natura sensoriale come

¹³⁶ «Tutto il pensiero giuridico illuministico, volto alla costruzione dello Stato liberale, sviluppa (con la sola, nota eccezione di Kant) una concezione preventiva della pena, polemicamente rivolta contro la dottrina retributiva, considerata come un residuo di posizioni teologiche nel diritto», (CATTANEO, *Anselm Feurbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970, 397).

¹³⁷ Cfr. BAIER, *The Strengths and Limits of the Theory of Retributive Punishment*, in *Philosophic Exchange*, 1977, VIII, 38.

¹³⁸ «The “retributivist revival” that began in the 1970s was a revival of “positive” retributivism, which portrays “retribution” as the positive justifying aim of punishments» (DUFF, *Punishment, Communication and Community* cit., 19).

uno degli istinti più elementari e più potenti»¹³⁹. Si retribuisce cioè per soddisfare il bisogno di giustizia della popolazione.

Nel panorama dottrinale angloamericano, il “*retributivist revival*” ha assunto connotazioni parzialmente diverse: al fianco di teorie retributive emozionali¹⁴⁰ o più scopertamente eticizzanti¹⁴¹, un peso particolare ha assunto la dottrina c.d. “comunicativa” o “espressiva” della pena. La funzione comunicativa della punizione – che invero non è prerogativa esclusiva delle teorie retributive (né è una novità in assoluto) – si basa sull’idea che la pena costituisca un «*conventional device for the expression of attitudes of resentment and indignation, and of judgments of disapproval and reprobation, on the part either of the punishing authority himself or of those “in whose name” the punishment is inflicted*»¹⁴². La criminalizzazione è perciò lo strumento che consente di *censurare* il comportamento illecito tramite la sua pubblica sanzione, e in questo modo di *comunicare* alla vittima del reato, al reo e alla società nel suo complesso il disvalore (anche etico-giuridico) dell’illecito ed il corrispondente valore (etico-giuridico) insisto nella sua repressione¹⁴³. Tale impostazione ha avuto un enorme impatto nel dibattito americano, condizionando lo sviluppo delle *preventive and deterrent theories* della dottrina di lingua inglese.

¹³⁹ Così EXNER, richiamando brani di NAGLER e BIRKMEYER (in *Funzione di tutela e la funzione retributiva della pena* cit., 18).

¹⁴⁰ Cfr. per tutti MURPHY-HAMPTON, *Forgiveness and Mercy*, Cambridge 1988. Sul rapporto tra retribuzionismo ed emozioni nella dottrina americana, cfr. SHAUN, *Brute Retributivism*, (in particolare il paragrafo *Retributivism and the emotions*) in NADELHOFFER (a cura di), *The Future of Punishment*, 2011, New York, 25.

¹⁴¹ MOORE, *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997 («*the achievement of retributive justice gives a legislature good reason to criminalize all immoral behaviour, for this is the only way the good of retributive justice can be achieved*: *ivi*, 661). Come nota HUSAK, poiché la pena è per MOORE l’unico strumento sanzionatorio in grado di retribuire il reato sul piano etico e morale, l’Autore non lascia alcuno spazio teorico per l’applicazione del principio di *extrema ratio* (cfr. *Criminal law as last resort*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, II, 221).

¹⁴² FEINBERG, *The expressive function of punishment*, in *The monist*, 1965, III, 397.

¹⁴³ «[...] *such censure of conduct declared to be wrong is owed to its victims, as manifesting that concern for them and for their wronged condition that the declaration itself expressed. It is owed to the society whose values the law claims to embody, as showing that those values are taken seriously. And it is owed to the offenders themselves, since an honest response to another’s wrongdoing, a response that respects him as a responsible moral agent, is criticism or censure of that wrongdoing*» (DUFF, *Punishment, Communication and Community* cit., 28-29).

Non è possibile – né utile – in questa sede ricostruire il moderno dibattito sulla funzione retributiva della pena. Prima di passare oltre, vale però la pena soffermarsi sul ruolo giocato dalla retribuzione nei vari “momenti” della sanzione penale.

Sul punto, attenta dottrina ha notato come la retribuzione attenga non già allo scopo finalistico della pena, ma alla sua ragione legittimante: se certo la concezione giuridica di retribuzione (o la *negative retribution*, suo corrispondente anglo-americano) ambisce a definire i limiti entro i quali è possibile utilizzare lo strumento penale, essa nulla dice – salvo nelle menzionate “contaminazioni comunicative” – sullo scopo (o gli effetti) della pena. In altri termini, la retribuzione risponde al quesito “*quando*” (o “*per che cosa*”) punire, non già “*a che fine*”¹⁴⁴. Essa, cioè, «non concerne una possibile attribuzione di senso o di scopo alla istituzione “pena”, ma la struttura della stessa»¹⁴⁵.

Da questa prospettiva, l’idea della restituzione al reo del disvalore oggettivo e soggettivo della condotta trova nella dottrina dell’offensività e, in particolare, della colpevolezza i propri referenti dogmatici. La retribuzione spinge, infatti, all’individuazione di una *schuldangemessene Strafe*, fungendo da argine alle istanze repressive del legislatore penale¹⁴⁶. «Lo Stato non punisce perché vi è un fatto colpevole, ma punisce per proteggere un bene giuridico, se vi è un fatto colpevole: la colpevolezza – o meglio... la sua *retribuzione* – non è la ragione per la quale lo Stato impegna la pena, ma criterio al quale la

¹⁴⁴ FERRAJOLI, *Diritto e ragione* cit., 785.

¹⁴⁵ NEUMANN, [intervento senza titolo], in STORTONI-FOFFANI (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L’analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004, 307.

¹⁴⁶ «Das Schuldprinzip ist also, wenn man es von der Vergeltungstheorie trennt, mit der es meist irrigerweise als unlöslich verbunden angesehen wird, ein rechtsstaatlich unentbehrliches Mittel zur Begrenzung der staatlichen Strafgewalts» (ROXIN, *Sinn und Grenzen* cit., 385).

Costituzione, con l'art. 27, 1° comma, costringe il legislatore ad attenersi affinché ne usi nel meno peggiore dei modi»¹⁴⁷.

Ciò significa che, al momento della previsione di una fattispecie incriminatrice, la retribuzione può al più richiamare il legislatore al rispetto della proporzione tra disvalore oggettivo del fatto e definizione delle forbici edittali. Essa, però, acquista peso e funzione ben più consistenti al momento dell'individuazione in concreto della pena da applicare, ossia nella fase del giudizio: in tale fase, la moderna di retribuzione trova la sua più ampia espressione «nel suo momento garantista-proporzionalistico in rapporto non solo alla determinazione della pena, ma al suo ruolo di limite insuperabile nella commisurazione della pena»¹⁴⁸.

In definitiva, quale connotato strutturale della sanzione, incidente in modo quasi esclusivo sul momento dell'applicazione della sanzione, la retribuzione mal – o meglio, non – si attaglia ad essere impiegato nel modello di *extrema ratio* disegnato nello scorso Capitolo.

4.3. *Le teorie relative: la prevenzione generale...* – Possono essere qualificate come “relative” le dottrine sulla funzione della pena che attribuiscono all'incriminazione uno scopo positivo, quello di incidere sul tessuto sociale a livello individuale o collettivo. Esse nascono come fenomeno di superamento laico e gius-razionalista delle concezioni medievali e religiose di retribuzione¹⁴⁹, e saranno messe a sistema nel tardo Settecento dalla filosofia utilitarista (e da

¹⁴⁷ BRICOLA, *Tecniche di tutela penale e tecniche alternativa di tutela*, in *Scritti cit.*, 1516.

¹⁴⁸ MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, VIII ed., Padova, 2016, 744.

¹⁴⁹ Cfr. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976, 389-390 (sulla celebre – e aspra – contrapposizione tra TARELLO e CATTANEO circa l'interazione delle ideologie umanitarie e utilitariste si veda in particolare la nota 8 di pag. 390).

Bentham¹⁵⁰ in particolare), tanto da essere identificate genericamente e collettivamente come “teorie utilitariste”.

Il paradigma delle dottrine relative è la teoria della prevenzione, secondo cui la sanzione penale ha come scopo e funzione quello di prevenire la commissione di reati¹⁵¹. A tal fine, la criminalizzazione di comportamenti socialmente indesiderati può intervenire sulla società, utilizzando la fattispecie sanzionatoria come minaccia (o la sua applicazione come esempio) al fine di distogliere i consociati dalla commissione di delitti, o sul reo, “inducendolo” tramite l’inflizione della pena al rispetto della norma¹⁵². Tali concezioni – o, per meglio dire, ambiti di incidenza – della dottrina preventiva sono note rispettivamente come prevenzione *generale* e prevenzione *speciale*.

La prevenzione, nella sua duplice veste generale o speciale, può a sua volta assumere due distinte connotazioni, a seconda che l’effetto di utilità sociale derivante – *recte*, avuto di mira – dalla pena discenda dalla promozione della fedeltà alla norma ed ai valori che essa veicola (prevenzione *positiva*), o discenda invece dalla neutralizzazione dello stimolo alla delinquenza (prevenzione *negativa*).

¹⁵⁰ Sulle origini e l’eredità culturale di Bentham («e sulla sua scoperta del principio di utilità come misura del giusto e dell’ingiusto e come guida suprema dei fini della politica e della morale») cfr. FERRARO, *Legislazione e felicità. Dall’utilitarismo di Helvétius a quello di Bentham*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, II, 315.

¹⁵¹ La “svolta” è attribuita tradizionalmente a passo di THOMASIIUS nelle *Institutiones Jurisprudentiae Divinae*, Cap VII, §25: «*homo nunquam debet in puniendo spectare solum malum praeteritum, sed semper reflectere ad bonum aliquod futurum*» (citazione tratta da DI RENZO VILLATA, *Quale scienza penale? Prima e dopo Beccaria*, in AA.VV., *Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione*, Milano, 2014, 133, cui si rinvia per la decifrazione di tali «concetti di non agevole comprensione»)

¹⁵² «È stato Feuerbach il primo giurista a compiere in modo consapevole e approfondito, ponendola in diretto rapporto con il problema dello scopo della pena, la distinzione fra due momenti essenziali dell’iter punitivo: il momento della previa minaccia della pena formulata nella legge, e il momento della inflizione o esecuzione della stessa nel caso concreto» (CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana* cit. 128.)

Quanto alla prevenzione generale, va detto che la dottrina maggioritaria ne ha messo in secondo piano la concezione positiva¹⁵³, mettendo invece l'accento in modo prevalente – nel mondo anglosassone, in modo pressoché esclusivo – sulle sue componenti negative, le uniche d'altronde a potersi tradurre in modo diretto e relativamente misurabile in obiettivi di *policy*. Va poi aggiunto che una delle conquiste del pensiero penalistico moderno (post illuministico¹⁵⁴) è stato il superamento della prevenzione generale attuata mediante l'inflizione o l'esecuzione della punizione, ossia l'applicazione della pena (al singolo) come monito ed esempio (alla società). Tale ultima impostazione, oltre a costituire un'inaccettabile strumentalizzazione della persona del reo per finalità pubbliche¹⁵⁵, apre inevitabilmente a forme di terrorismo penale, spingendo verso l'applicazione di una pena quanto più pubblica ed atroce possibile, a nulla rilevando la proporzione tra sanzione e reato¹⁵⁶. A rigore, essa non postula nemmeno che un reato sia stato commesso, autorizzando financo la punizione dell'innocente, ove ciò costituisca un

¹⁵³ Con la nota ed autorevole eccezione del prof. EUSEBI, strenuo difensore della prevenzione generale positiva (o – più correttamente – «delle componenti positive della strategia preventiva»), al cui ambito riconduce «l'autorevolezza delle indicazioni comportamentali e delle connesse qualifiche di anti-giuridicità, autorevolezza dipendente, fra l'altro, dal credito riconosciuto alle procedure democratiche di produzione delle norme, dall'attendibilità delle istituzioni nel promuovere, sotto ogni profilo, i beni giuridici (anche penalmente) tutelati come pure nel provvedere in modo serio agli interventi che possano ridurre l'incidenza dei fattori criminogenetici, dalla capacità dei pubblici poteri di intercettare, bloccandone i vantaggi, un numero significativo di condotte illecite, dall'attitudine degli strumenti processuali a chiarire i quadri di responsabilità relativi agli illeciti commessi e a ribadire la vigenza del diritto violato» (in *Oltre la prospettiva del diritto penale "minimo"*, in CURI-PALOMBARINI (a cura di), *Il diritto penale minimo*, Roma, 2002, 195-196). Cfr. più ampiamente ID., *La pena in crisi* cit., 47 e *passim*.

¹⁵⁴ Meno profonda la riflessione illuministica sui rischi derivanti dal ricorso alla prevenzione generale nel momento dell'inflizione della pena: «[...]i pensatori dell'illuminismo, si preoccupavano meno di costruire positivamente una teoria dello scopo e della funzione della pena, che di rifiutare e combattere l'idea della retribuzione (morale), da loro identificata con la vendetta. Questo dato – che deve essere sottolineato – spiega anche il fatto che nel pensiero di questi autori l'idea dell'intimidazione generale per mezzo dell'inflizione della pena si accompagnava ad altri scopi di quest'ultima» (CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana*, 109).

¹⁵⁵ In violazione del già citato imperativo kantiano, secondo cui «l'umanità in se stessa è una dignità [*Würde*] poiché l'uomo non può essere trattato da nessuno (cioè né da un altro, e neppure da lui stesso) come un semplice mezzo, ma deve sempre essere trattato nello stesso tempo come un fine; e precisamente in ciò consiste la sua dignità» (*La Metafisica dei costumi*, Parte II, Cap. I, Sez. II, § 38, (trad. it. VIDARI), Bari, 2016, 333)

¹⁵⁶ Sul ricorso alla “pena esemplare” nella storia del diritto penale, cfr. DI SIMONE, *Profilo di storia del diritto penale dal Medioevo alla Restaurazione*, Torino, 2012, 25.

“esempio utile” nella lotta alla criminalità. Per comune opinione, dunque, la prevenzione generale (negativa) non attiene alla fase di applicazione della pena, bensì unicamente e precipuamente alla fase di previsione in astratto della fattispecie sanzionatoria.

Depurata dalle sue componenti positive e limitata alla fase della selezione delle condotte punibili, «la prevenzione generale può essere definita come la prevenzione di comportamenti socialmente indesiderati attraverso la minaccia di una sanzione legale».¹⁵⁷ Essa si sostanzia nell'effetto deterrente che discende dalla previsione di una pena, ossia «l'inspirar terrore colla previsione di un dolore fisico o morale, [...] annesso al fatto contemplato dalla minaccia»¹⁵⁸. Si discute in dottrina se detto effetto costituisca un dato implicito e “scontato” della pena (come dell'inflizione di un qualsiasi male) o se possa assurgere a sua ragione legittimante¹⁵⁹.

La prevenzione generale negativa ha acquistato particolare importanza nella letteratura giuridica anglo-americana¹⁶⁰. Le *deterrence theories* sono, infatti,

¹⁵⁷ ANDENAES *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in STELLA-ROMANO (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, 33; cfr. anche ID., *The General Preventive Effects of Punishment*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1966, VII, 949. In lingua tedesca, WOLFF, *Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, IV, 787.

¹⁵⁸ ROMAGNOSI, *Genesi del Diritto penale (1791)*, in DE GIORGI (a cura), *Opere di G.D. Romagnosi*, Milano, 1841, 127.

¹⁵⁹ Il punto è ben evidenziato da CATTANEO, in *Pena, diritto e dignità umana*, 128.

¹⁶⁰ Nel dibattito dottrinale anglo-americano cfr., senza pretesa di esaustività: ANDENAES, *General Prevention Revisited: Research and Policy Implications*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1975, III, 338; VAN DEN HAAG, *The Criminal Law as a Threat System*, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1982, II, 769, e la celebre risposta di BRAITHWAITE, *Comment on “The Criminal Law as a Threat System”*, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1982, II, 786; KENNEDY, *Deterrence and crime prevention. Reconsidering the prospect of sanctions*, London-New York, 2009; SOWELL, *Deterrence and morality: interactions and casual connections*, Washington, 1998; FRIEDMAN D.D., *Hanged for a Sheep - The Economics of Marginal Deterrence*, in *Journal of Legal Studies*, 1993, XXII, 345; GERBER - JACKSON, *Retribution as Revenge and Retribution as Just Deserts*, in *Social Justice Research*, 2013, I, 61; KAHAN, *The Secret Ambition of Deterrence*, in *Harvard Law Review*, 1999, II, 414; JERRE, *Contradictory Expectations on Society's Reaction to Crime. A Qualitative Study of How People View the Objectives of Society's Reaction to Crime and How These Objectives Can Be Fulfilled*, in *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2013, II, 98; ID., *More Sanctions – Less Prison? A Research Note on the Severity of Sanctions Proposed by Survey Participants and how it is Affected by the Option to Combine a Prison Term with Other Sanctions*, in *European Journal of Criminal Policy and Research*, 2014, XX, 121; JOHNSON - RAPHAEL, *How Much Crime Reduction Does the Marginal Prisoner Buy?*, in *The Journal of Law & Economics*, 2012, II, 275; NAGIN, *Criminal*

state al centro delle attenzioni della dottrina penalistica e criminologica d'oltreoceano, in particolare (ma non solo) in materia di criminalità economica, trovando nel filone dell'analisi economica del diritto il proprio veicolo espressivo principale¹⁶¹. Tali rinnovate fondamenta teoriche hanno reso più diretto e misurabile l'utilizzo in concreto di strategie di *deterrence* da parte del legislatore, consentendo alla prevenzione generale di avere un impatto sulla produzione normativa che non ha corrispondenti in altri ordinamenti. Va detto che la stessa dottrina americana ha sottolineato la difficoltà di valutare l'effettiva incidenza delle *deterrent strategies* sull'andamento della criminalità, oltre alla molteplicità dei fattori che intervengono in tale processo¹⁶². Inoltre, molti degli esperimenti normativi non paiono aver sortito i risultati sperati ed hanno finito per tradursi nella pubblica ostentazione di discipline penalistiche tanto draconiane quanto inapplicate, fenomeno questo ben conosciuto dal legislatore di casa nostra¹⁶³.

Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century, in UNIVERSITY OF CHICAGO, *Crime and Justice*, XXIII, 1998, 1; NAGIN-CULLEN-JONSON, *Imprisonment and reoffending*, in UNIVERSITY OF CHICAGO, *Crime and Justice*, XXXVIII, 2009, 115; SHAVELL, *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, in *Columbia Law Review*, 1985, VI, 1232; SHERMAN, *Defiance, deterrence and irrelevances: a theory of criminal sanctions*, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1993, IV, 445; STIGLER, *The Optimum Enforcement of Laws*, in BECKER - LANDES, *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York - London, 1974, 65; WILNER, *Detering Rational Fanatics*, Philadelphia, 2015. Cfr. anche ELLEFSEN, *Evaluating Crime Prevention. Scientific Rationality or Governmentality?*, in *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2011, XII, 103; nonché il contributo, di taglio economico, CHALFIN- MCCRARY, *Criminal Deterrence: A Review of the Literature*, in *Journal of Economic Literature* 2017, I, 5.

¹⁶¹ «Deterrence theory has been developed primarily by economists, who have viewed potential criminals as rational decision-makers faced with an array of illicit opportunities characterized by costs (time, possible adverse legal consequences, and so forth) and payoffs. The crime decision is thus characterized in a way that fits the well-developed theoretical framework of decision-making under uncertainty» (COOK, *Research in Criminal Deterrence: Laying the Groundwork for the Second Decade*, in AA.VV. *Crime and Justice*, II, 1980, 211). Cfr. anche il *seminal contribution* di KADISH, *Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations*, in *The University of Chicago Law Review*, 1963, III, 423.

¹⁶² Sul punto, cfr. per tutti PATERNOSTER, *How much do we really know about criminal deterrence?*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2010, III, 765.

¹⁶³ Sul punto si veda l'efficace saggio di VALE MENDES, *Criminal deterrence policy: theory, politics and practice*, New York, 2001. Sull'utilizzo simbolico del diritto penale in Italia, cfr. per tutti BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018 («L'altro autentico caposaldo dell'uso simbolico del diritto penale è evidentemente identificabile nell'inasprimento edittale delle sanzioni, secondo la logica distorta del *more of the same*: una tentazione – non giustificabile con l'effetto “palliativo” o “ansiolitico” recato alla società in generale o a gruppi particolarmente toccati dall'uno o dall'altro problema 3– cui i moderni legislatori stentano a sottrarsi»: *ivi*, 115).

L'esempio americano è emblematico del problema di fondo della prevenzione generale, richiamato continuamente dalla dottrina: la *deterrence*, ove non mitigata da considerazioni di tipo proporzionalistico e retributivo, spinge alla previsione di sanzioni penali sempre più gravi, nel tentativo di aumentarne l'effetto deterrente¹⁶⁴. L'eccessiva enfasi posta sulla deterrenza della pena incoraggia logiche di diritto penale massimo, non ponendo essa limiti esterni all'utilizzo della pena¹⁶⁵.

In ogni caso, ferma la necessità di porre argini garantistici al suo impiego, la prevenzione generale (negativa) è cruciale ai nostri fini: essa ha, infatti, sul piano teorico ed applicativo un peso preponderante nella fase legislativa, al punto che è possibile affermare che «lo scopo primario della legge penale sia quello di agire come una minaccia»¹⁶⁶. Da questa angolazione, la general-prevenzione risiede al cuore del principio di sussidiarietà, poiché opera al momento della selezione delle condotte punibili ed esprime lo scopo della penalizzazione in tale fase. In ciò essa presiede al meccanismo di funzionamento dell'*extrema ratio*.

4.4. [segue]... e la *prevenzione speciale*. – Opposta per contenuti e momento di incidenza è l' "altra faccia" della logica preventiva, la prevenzione speciale. Tale dottrina si sofferma sull'incidenza della penalizzazione nei confronti del colpevole, attribuendo alla pena la funzione di "indurre" il reo al

¹⁶⁴ Con effetti parossistici in quei sistemi – come è il nostro – dove la minaccia legale più fatica a tradursi in sentenze di condanna. Sul punto, nota Moccia che «paradossalmente, più il carcere fallisce, più ne aumenta la richiesta» (in *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in ID. *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, 123).

¹⁶⁵ Famoso il passo di BETTIOL: «Nella logica della prevenzione generale c'è un tragico punto d'arrivo: la pena di morte per tutti i reati» (in *Diritto Penale. Parte Generale*, Padova 1982, 523).

¹⁶⁶ ANDENAES, *La prevenzione generale* cit., 37.

rispetto della norma e, così, di prevenire futuri delitti che potrebbero essere da lui commessi.

Le dottrine special-preventive hanno un'origine remota. Come acutamente messo in evidenza in dottrina, «la concezione della prevenzione speciale, più che una dottrina in sé compiuta e teoricamente sempre coerente, è una tendenza di fondo, complessa, ricca di fasi storiche assai diverse fra loro»¹⁶⁷. Nella sua impostazione più risalente la concezione special-preventiva promuove l'idea che la pena, secondo l'impostazione tomistica della *poena medicinalis*¹⁶⁸, debba fungere da emenda, da riscatto salutare per il reo, in una visione essenzialmente pedagogica della punizione. Detta impostazione, ancorata ad una visione religiosa e spirituale della pena, sarà sconfessata dal pensiero illuministico e (soprattutto) da quello liberale. È infatti nella fase di consolidamento dello Stato liberale ottocentesco che si afferma un'impostazione positivista e utilitaristica della pena, di orientamento tecnicistico e repressivo¹⁶⁹. La punizione diventa strumento di neutralizzazione della pericolosità sociale del reo, nella sua duplice veste di meccanismo di “cura” del colpevole, inteso come soggetto socialmente deviato (prevenzione speciale *positiva*), o di sua definitiva segregazione ed esclusione dalla società, in caso di colpevole “irrecuperabile” (prevenzione speciale *negativa*). Detta impostazione muove dal postulato filosofico del determinismo causale per promuovere un'idea igienico-trattamentale di pena, coagulatisi attorno alla c.d. Scuola positiva italiana, le cui «incancellabili intuizioni»¹⁷⁰ avranno ampia eco

¹⁶⁷ CATTANEO, *Pena, diritto e dignità umana* cit., 162.

¹⁶⁸ Per una ricostruzione positiva di tale impostazione cfr. CORNACCHIA, *L'oggetto di tutela penale: appunti per una ipotesi ricostruttiva in chiave tomista*, in *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 99.

¹⁶⁹ «È allora che il progetto illuministico e puramente umanitario del *punire meno* si converte in quello, disciplinare e tecnologico, del *punire meglio*» (FERRAJOLI, *Diritto e ragione* cit., 252).

¹⁷⁰ MANTOVANI, *Diritto Penale. Parte generale*, cit. 572.

nell'evoluzione del diritto penale, favorendone anche le derive più totalitarie e repressive.

Più sensibile ad istanze di umanizzazione della pena e di un suo ritorno entro i binari della penalistica liberale è la terza e più moderna dottrina della pena di ispirazione correzionalistica, la c.d. Scuola Eclettica. I suoi maggiori rappresentanti saranno nell'area di lingua tedesca Grolman¹⁷¹ e Von Liszt¹⁷² (il primo più condizionato dall'impostazione retributiva e kantiana della pena, il secondo più vicino all'impostazione del positivismo penale) e in Italia Vincenzo Manzini. Sia pure da angolature diverse, detti autori promuovono l'idea di un diritto penale flessibile, che adatti i propri strumenti repressivi allo scopo avuto di mira nel caso concreto. Il fondamentale portato della c.d. "dottrina eclettica" è infatti la prospettiva individualizzata nell'affrontare il tema delle funzioni della pena, ossia la tendenziale soggettivizzazione delle figure di reato da un lato, e la differenziazione della pena alla luce della personalità del reo dall'altro lato. Sul piano normativo, tale tendenza si traduce nella proposta del c.d. "doppio binario", ossia il contemporaneo ricorso a pene in senso proprio, fondate sull'idea retributiva di responsabilità colpevole, ed a misure di sicurezza, fondate sull'idea (special)preventiva dalla pericolosità sociale del reo. Questa proposta, se pure non esente da rischi di derive repressive¹⁷³, rappresenta il tentativo di trovare un punto di equilibrio tra istanze repressive e valori garantistici.

Benché le premesse filosofiche e sociali di tali dottrine siano state in larga parte superate, la proposta del doppio binario è stata accolta nelle

¹⁷¹ Cfr. CATTANEO, *La dottrina penale di Karl Grolman nella filosofia giuridica del criticismo*, in *Illuminismo e legislazione penale* cit., 195. FERRAJOLI è contrario all'inclusione di GROLMAN all'interno di questa corrente dottrinale, in considerazione del fatto che l'Autore tedesco non ha mai associato «finalità propriamente correttive all'idea di individualizzazione della pena» (in *Diritto e ragione* cit., 255).

¹⁷² VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, (trad. italiana di CALVI), Milano, 1962.

¹⁷³ Celebre la critica di NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in *ZSTW*, 1982, III, 525.

codificazioni moderne – ivi inclusa quella italiana¹⁷⁴ – e l’idea della rieducazione del reo, sia pure mediata dalle proposte della c.d. “Nuova difesa sociale”¹⁷⁵, è assunta a principio informatore dei sistemi penalistici contemporanei, tanto da figurare tra i principi fondamentali della nostra Carta costituzionale. La moderna concezione di special-prevenzione però non si identifica con l’idea della correzione morale del reo o di una sua risocializzazione coattiva; essa si sostanzia, invece, nell’offerta di un ritorno all’interno della comunità sociale, ossia nella promozione dei valori che informano il modello di società prefigurato dalla Costituzione e nella creazione delle condizioni obiettive che rendono possibile il reinserimento sociale del reo. La prevenzione speciale, perde perciò, la propria connotazione negativa (ossia l’idea della neutralizzazione e/o esclusione sociale del reo) ed acquista una dimensione solidaristica, quale proposta di risocializzazione.

Per quanto questa impostazione costituisca un caposaldo del nostro sistema penale, la dottrina special-preventiva è di poca utilità ai fini che qui ci siamo posti. La prevenzione speciale, postulando la presenza di un colpevole nei cui confronti incidere, non può che operare al momento dell’inflizione della pena (ossia del giudizio) o in quello della sua esecuzione. Essa invece non può logicamente rilevare al momento della previsione in astratto della fattispecie normativa, e si pone perciò al di fuori del modello di *extrema ratio* costruita nello scorso Capitolo. Se dunque la prevenzione speciale può giocare un ruolo cruciale nel funzionamento della sussidiarietà c.d. interna, essa non opera –

¹⁷⁴ Per un confronto comparatistico, cfr. MENGHINI, *Sistemi sanzionatori a confronto*, in FORNASARI-MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, III ed., Padova, 2012, 112.

¹⁷⁵ Cfr. ANCEL, *La nuova difesa sociale*, (trad. italiana di NUVOLONE), Milano 1966. In senso adesivo, cfr. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in RIDPP, 1961, 297; NUVOLONE, *Le principe de la légalité et les principes de la défense sociale*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1956, II, 231. In senso critico, cfr. BARATTA, *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *Quest. Crim.*, 1975, I, 10.

recte, non può operare – nel funzionamento della sussidiarietà c.d. esterna, ossia nella scelta tra sanzioni penali ed extra-penali.

5. Conclusioni

La sussidiarietà “esterna” è principio di portata applicativa potenzialmente sconfinata. Nelle scorse pagine si è, però, deciso di prendere posizione, utilizzando come oggetto di studio un paradigma sanzionatorio extra-penale “ristretto”, ossia *pubblico, non anticipatorio, ablatorio ed afflittivo*. Si è tentato in questo modo di dare all'*extrema ratio* una forma più maneggevole e, soprattutto, di saggiarne la tenuta all'interno di una cornice concettuale – quella della sanzione “in senso proprio” – nella quale le sanzioni extra-penali non si collocassero agli antipodi della pena e il confronto tra le une e le altre fosse più agevole.

Lo studio dell'apparato repressivo amministrativo non ci ha restituito risultati incoraggianti. La sanzione amministrativa, all'esito dell'ormai cinquantennale processo di depenalizzazione, è poco più che una sanzione penale in tono minore, a quest'ultima del tutto omologa sul piano funzionale. La giurisprudenza delle Corti sovranazionali, preso atto di tale tendenza, ha imposto l'estensione a tale paradigma sanzionatorio delle garanzie applicabili alla sanzione penale (o comunque di una parte di esse), così rafforzandone ulteriormente la matrice penalistica.

Tuttavia, il volto costituzionale della sanzione amministrativa legittimerebbe ambizioni diverse, consentendo una deviazione significativa dal paradigma penalistico, in attuazione di canoni di efficienza ed efficacia del tutto sconosciuti al legislatore penale. Ed infatti sopravvivono nicchie normative – quello delle Autorità amministrative indipendenti, su tutte – ove tali note devianti esistono e si sono consolidate. Lo studio compiuto sulla potestà sanzionatoria dell'*Antitrust* ha tentato di dimostrare che sanzioni propriamente afflittive e propriamente amministrative esistono, e che esistono perciò

sanzioni extra-penali funzionalmente diverse dalla pena. In particolare, il quadro normativo *antitrust* consente all'AGCM di preferire il raggiungimento del risultato regolativo all'inflizione della punizione: di perseguire, cioè, il “superamento regolativo” dell'illecito commesso. Si tratta, *at last*, di un dato incoraggiante ai fini dell'applicazione del principio di sussidiarietà esterna.

Quanto alla sanzione penale, lo studio delle funzioni della pena è stato condizionato dagli esiti dell'indagine compiuta. Data la conformazione del principio di *extrema ratio*, il “momento della pena” su cui si è posto l'accento è stato quello della previsione della fattispecie incriminatrice, momento dominato dallo scopo general-preventivo. La deterrenza costituisce dunque il referente operativo della pena – e, vista la loro tendenziale omologazione, della sanzione amministrativa depenalizzata – all'interno del meccanismo di funzionamento dell'*extrema ratio*.

L'analisi condotta ci restituisce, dunque, una dualità: deterrenza e superamento “regolativo” dell'illecito. È lungo queste due coordinate che cercheremo di tirare le somme della nostra indagine.

CONCLUSIONI

In morte del principio di sussidiarietà esterna?

«To those who would trivialize the judicial process, representing it as a flabby response dressed up in the false guise of objectivity, I offer the following: while one should always be sceptical about the law's pretensions, one should never be cynical about the law's possibilities».

Albie Sachs¹

La nostra indagine è stata mossa dall'ambizione di comprendere cosa fosse il principio di sussidiarietà c.d. esterna e valutare, alla luce del quadro normativo vigente, quale ne fosse la portata applicativa. All'esito dello studio pare di doverci chiedere, in modo ben più radicale, se un simile principio esista ancora.

Prima di tentare una risposta, fissiamo alcuni punti fermi.

Un primo risultato che l'indagine ci restituisce è che l'*extrema ratio*, pur incorporando una pluralità di istanze differenti, poggia su basi storiche e filosofiche unitarie. Le fondamenta del principio, che prendono forma nel pensiero giusrazionalista del Seicento, affondano nella penalistica del Secolo dei Lumi, quando la tutela della persona viene elevata ad obiettivo del sistema istituzionale, ivi incluso di quello punitivo. In tale prospettiva, la *necessità*, referente operativo del principio (o – se si preferisce – concetto attorno al quale ruota il suo funzionamento), assume il compito di esprimere la funzionalizzazione della potestà sanzionatoria pubblica – penale, in primo luogo – in chiave di massima tutela (possibile) della libertà individuale, tanto quella dei “devianti” quanto quella dei “non devianti”. La necessità non è dunque concetto assiologicamente “neutro”, in quanto riconducibile ad un

¹ SACHS, *The strange Alchemy of Life and Law*, Oxford, 2009, 49-50.

preciso ceppo ideologico e culturale, l'appartenenza al quale segna il confine tra la concezione “arcaica” e “moderna” di sussidiarietà.

Pur poggiando su fondamenta storiche e filosofiche unitarie, l'*extrema ratio* non può dirsi principio unitario. La struttura logica della sussidiarietà trova applicazione tanto all'interno quanto all'esterno del perimetro penalistico e, in quest'ottica, sono predicabili due distinte declinazioni del principio: quella “esterna”, che presiede alla scelta tra sanzioni penali ed extra-penali, e quella “interna”, che presiede alla scelta tra sanzioni penali diverse (o tra queste e la non-punizione). Come si è tentato di argomentare, pur condividendo la medesima struttura logica, tali due dimensioni di *extrema ratio* sono divise da un profondo fossato.

Volendoci soffermare sul solo versante esterno della sussidiarietà, si è tentato di definire l'*extrema ratio* come quel principio che interviene al momento della selezione delle condotte punibili, legittimando il ricorso alla pena nella misura in cui quest'ultima si riveli indispensabile al raggiungimento di un obiettivo di politica criminale. In altre parole, posto un obiettivo di politica *criminale* (ossia un obiettivo di contenimento di un fenomeno di devianza), il principio di *extrema ratio* postula che alla politica *penale* (ossia alla previsione di strumenti repressivi di carattere penalistico) si possa ricorrere solo se strettamente necessario.

Una simile definizione ha imposto di dare contenuto ai concetti di politica penale ed extra-penale, indagando cioè quali siano e che funzione abbiano gli strumenti – tutti – a disposizione del legislatore per il contrasto (in senso lato) all'illecito. Prendere “troppo sul serio” questo proposito ci avrebbe però portato fuori strada. Mentre infatti la politica penale è concetto che trova nella pena un referente normativo più o meno chiaro, la nozione di politica

extra-penale è ampia e sfuggente: essa comprende tutti i possibili meccanismi di “reazione” alla violazione del paradigma normativo, ivi inclusi quelli di carattere non sanzionatorio o quelli di matrice non pubblicistica. Nell’indagare il concetto di politica extra-penale, si correva perciò il rischio di rincorrere paradigmi (sanzionatori) sempre più lontani dalla (e sempre meno confrontabili con la) pena, rendendo l’analisi esaustiva ma rendendone al contempo i risultati difficilmente falsificabili. Per non cadere in questa trappola epistemica, si è ristretto l’oggetto dell’indagine sul versante extra-penale, adottando una nozione ristretta di misura sanzionatoria non penale, ossia pubblica, non anticipatoria ed afflittiva. Si è, in altri termini, deciso di utilizzare come termine di raffronto con la pena la sanzione amministrativa in senso stretto.

Ridotto in questa misura il fuoco dell’analisi, l’indagine ci ha restituito risultati per molti versi sconcertanti. Sotto il peso di un sistema penale perennemente in crisi e in cerca di legittimazione, il processo di depenalizzazione ha deformato l’arsenale repressivo amministrativo, “penalizzandone” la costruzione sul piano dogmatico ed omologando alla pena (pecuniaria) il contenuto e le funzioni delle relative sanzioni. L’approccio panpenalistico al problema della *overcriminalization* ha dato una sponda teorica all’erompere del «diritto penale-amministrativo», che ha finito per diventare il paradigma stesso della risposta sanzionatoria extra-penale. Con l’eccezione infatti di alcuni settori dell’amministrazione pubblica, l’apparato repressivo amministrativo è oramai dominato da una sanzione di contenuto pecuniario, di carattere squisitamente afflittivo, e fondata su di un sistema di imputazione per fatto colpevole che riflette in tutto quello di ambito penalistico. Una para-pena in tono minore.

I più recenti approdi della giurisprudenza sovranazionale hanno suggellato questo percorso, avendo sancito il carattere sostanzialmente penale della totalità delle sanzioni penali-amministrative. Tali arresti giurisprudenziali paiono persino chiudere il varco che si è cercato di aprire nello scorso Capitolo, avendo la Corte EDU affermato il carattere sostanzialmente penale anche di quelle sanzioni – quelle delle Autorità amministrative indipendenti – di cui si è tentato di difendere la diversità sul piano funzionale.

Una simile evoluzione normativa e giurisprudenziale ha indebolito le fondamenta del principio di sussidiarietà esterna, poiché ha fatto venire meno il presupposto teorico e pratico di quest'ultima, ossia la distinzione tipologica e funzionale tra sanzioni penali ed extra-penali. Sfumando la distinzione tra pena e sanzione amministrativa, si erode in egual misura lo spazio teorico ed applicativo (e perciò l'utilità) di un principio, qual è quello della sussidiarietà esterna, che presiede alla scelta tra l'una e l'altra.

Questa considerazione ci sembra dia ragione delle difficoltà in cui si imbatte chiunque cerchi di dare un senso alla pletora di definizioni del principio di *extrema ratio*, tutte in una certa misura divergenti, che affollano la letteratura penalistica. La persistente incompiutezza teorica della sussidiarietà (esterna) è il riflesso – ci sembra – del ridottissimo margine teorico ed operativo del principio, cui viene tributato un ossequio più rituale sostanziale. Nella letteratura penalistica, infatti, la sussidiarietà è *tutto* – “espressione riassuntiva” dei principi che contribuiscono alla minimizzazione del penale – e *niente* – “linea guida” o “cultura” di un diritto penale presuntamente classico.

Con maggiore rigore teorico, può osservarsi come in letteratura si sia sostanzialmente persa la (consapevolezza della) distinzione tra versante esterno ed interno dell'*extrema ratio*, con la sostanziale scomparsa del primo nel

secondo. L'erosione della sussidiarietà esterna porta infatti, quale sua naturale conseguenza, alla sempre maggiore pervasività della sussidiarietà interna, ossia al trionfo della logica della stretta necessità all'interno del perimetro penalistico. Alla riduzione dell'arsenale sanzionatorio amministrativo si accompagna, infatti, l'espansione quantitativa e la frammentazione qualitativa dell'arsenale sanzionatorio “sostanzialmente” penale, con effetti rilevanti sulla tenuta sistematica e sulla funzionalità del complesso penalistico. Tralasciando il paradosso di un “ritorno alla pena” come conseguenza di un movimento teorico e legislativo nato per ridurre l'utilizzo, ci sembra debbano essere sottolineati due riflessi della tendenziale scomparsa della sussidiarietà esterna.

Da un punto di vista teorico, il prevalere della dimensione interna dell'*extrema ratio* e la perdita di consapevolezza circa l'esistenza di una sua dimensione esterna spingono la dottrina a costruire il principio attraverso lo strumentario dogmatico del solo diritto penale, elaborando una nozione di sussidiarietà che per sua stessa impostazione non è in grado di valicare i confini del diritto penale e, perciò, presiede in modo dogmaticamente “neutro” alla scelta tra pena e sanzione extra-penale. In aggiunta, per restare all'interno dell'ambito teorico penale, il ricorso unilaterale alla dogmatica penalistica sfuma i confini tra l'*extrema ratio* interna (con il sottostante concetto di *necessità*) e il contiguo ma diverso principio di offensività/proporzionalità, ulteriormente limitando il potenziale applicativo della prima.

Da un punto di vista normativo, poi, la sempre maggiore pervasività della sussidiarietà interna ha avuto e sta avendo un effetto deformante – o, se si preferisce, conformativo – sulla *qualità* della risposta sanzionatoria penale. Si assiste infatti all'introduzione di meccanismi normativi che scontano già in partenza l'idea che il reato commesso ed accertato debba non essere punito (si

pensi alle oblazioni contrattate in materia di in materia di igiene, salute e sicurezza sul lavoro di cui agli artt. 20 ss. d.lgs. 758/1994, e art. 301 d.lgs. 81/2008) o debba essere punito meno (si pensi alle circostanze attenuanti in materia reati fiscali, di cui agli artt. 13-*bis* e 14 d.lgs. 274/2000, oltre naturalmente alla causa di non punibilità di cui all'art. 13). Si assiste ancora all'applicazione in via generale di meccanismi di degradazione giudiziale del fatto illecito (si pensi alla non punibilità per tenuità del fatto, *ex* art. 131-*bis* c.p.) ovvero di estinzione del reato secondo logiche di *restorative justice* (si pensi all'estinzione del reato per condotte riparatorie, *ex* art. 162-*ter*) o di risocializzazione del reo (si pensi alla sospensione del procedimento con messa alla prova, *ex* artt. 168-*bis* ss. c.p. e artt. 464-*bis* c.p.p). Si assiste infine all'introduzione di sanzioni penali anomale, a carattere scopertamente non punitivo, che piegano le funzioni della pena a logiche del tutto estranee quelle della general o special-prevenzione (si pensi alla sanzione accessoria del ripristino dello stato dei luoghi, *ex* art. 452-*duodecies* c.p.).

In definitiva, e più in generale, la prevalenza della logica interna dell'*extrema ratio* frammenta i paradigmi sanzionatori penalistici e consente alla pena di perseguire scopi che le sarebbero preclusi nel contesto del diritto penale c.d. "classico". Tale diversificazione della risposta sanzionatoria penale contribuisce a rendere la pena funzionalmente duttile, in ciò ricalcando quella pluralità tipologica e funzionale che un tempo caratterizzava il sistema sanzionatorio amministrativo, senza che per questo vengano disperse le garanzie proprie della *matière pénale*. Non si tratta dunque necessariamente di un male. Ne esce però del tutto svuotato il principio di sussidiarietà esterna, quantomeno per come è stato definito nel corso della nostra indagine, poiché il penale "basta a se stesso" nel coprire molte – se non tutte – delle funzioni cui

possono essere chiamate tipologie di sanzioni diverse e rende perciò inutile la scelta di queste ultime.

Volendo andare ancora più a fondo, deve osservarsi come in realtà la logica sottesa alla sussidiarietà esterna non sparisca per nulla. La crescente duttilità funzionale della sanzione penale pone nuovamente il problema di quale, tra le diverse funzioni che la pena può essere chiamata a perseguire, sia *necessaria*. Ripropone, cioè, questa volta all'intero del sistema penale, quello stesso quesito a cui la sussidiarietà esterna era deputata a rispondere. Più che di una scomparsa del versante esterno della sussidiarietà, dunque, si tratta di una sua collocazione endo-penalistica. L'*extrema ratio* interna è chiamata a svolgere entrambe le valutazioni del vaglio di necessità: necessità rispetto a funzioni diverse (esterna) e necessità rispetto ad una specifica funzione (interna).

Tutto come prima, dunque? Non proprio.

Ad oggi, la “note devianti” della pena, quelle cioè che ne alterano i connotati funzionali, sono ipotesi ancora del tutto eccezionali nel più ampio contesto dell'ordinamento penalistico. Per quanto alcuni “esperimenti” normativi abbiano assunto valenza generale (tenuità del fatto, messa alla prova, condotte riparatorie, etc.), il sistema sanzionatorio penale è ancora improntato in via largamente prevalente ai canoni della sola prevenzione generale e speciale. Quanto al versante processuale poi, le sanzioni penali, anche quelle funzionalmente anomale (si pensi all'art. 452-*duodecies* c.p.), seguono i binari tipici del processo penale, con ogni conseguenza in termini di garanzie procedurali e *standard* probatori. La loro applicazione è dunque appesantita da un procedimento giurisdizionale faticoso, poco duttile e – non lo si dimentichi – estremamente dispendioso in termini di tempo e risorse.

Ad oggi, dunque, l'ordinamento penale ha poco margine per valorizzare le diversità funzionali delle proprie sanzioni e questo naturalmente vanifica quel vaglio di necessità rispetto a funzioni diverse che costituisce il *proprium* della sussidiarietà esterna. In definitiva, nel suo travaso endo-penalistico, il versante esterno dell'*extrema ratio* perde più di qualcosa.

Deve dunque concludersi che il principio di sussidiarietà esterna, nei termini in cui lo abbiamo definito nel corso dell'indagine, ha cessato di esistere? A determinate condizioni, riteniamo che la risposta a questa domanda sia negativa.

Va ribadito innanzitutto che l'indagine svolta ha utilizzato come parametro di confronto un paradigma *ristretto* di sanzione extra-penale e, perciò, i risultati raggiunti non pregiudicano l'utilità di "risposte all'illecito" di carattere pubblico non sanzionatorio o di carattere privatistico. Vi sarebbe insomma un mondo di misure alternative alla sanzione amministrativa in senso stretto che la nostra ricerca non prende in considerazione. A nostro modo di vedere, però, questo argomento è più apparente che reale poiché, da un lato, l'apparato repressivo (in senso lato) extra-penale è dominato da paradigmi propriamente sanzionatori e, dall'altro lato, l'apparato repressivo penale tende a includere forme non punitive di reazione al reato. Le due tendenze, dunque, convergono: salvo non si voglia ricorrere a meccanismi meta-giuridici o sociali di repressione della devianza, la strada degli strumenti non sanzionatori non ci sembra porti lontano.

Tanto chiarito, e pur restando confinati nell'ambito teorico delle misure "propriamente" sanzionatorie, riteniamo che uno spazio operativo per il principio di sussidiarietà esterna esista.

Per prima cosa, l'“argomento sovranazionale” non ci sembra insuperabile: gli approdi della giurisprudenza della Corte EDU, infatti, non vanno troppo enfatizzati, quantomeno ai fini del principio di sussidiarietà esterna. La Corte ha elaborato una nozione sostanziale di sanzione penale al fine di estendervi le garanzie della *matière pénale*, ossia quelle degli artt. 6 e 7 della Convenzione. Non ha invece affermato che una simile sanzione possa o debba avere funzione unicamente repressiva. Al contrario, il concetto di sanzione penale rilevante ai fini CEDU tollera al suo interno la compresenza di finalità afflittivo-dissuasive da un lato, e preventivo-ripristinatorie dall'altro: *«indeed the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent elements of the very notion of punishments»* (Corte EDU, 9 Febbraio 1995, *Welch v. The United Kingdom*, n. 17440/90, § 30).

La Corte EDU si limita ad affermare che, laddove una sanzione abbia predominanti connotazioni punitive, al suo destinatario debbano essere riconosciute le garanzie associate alla materia penale. La giurisprudenza di Strasburgo non limita le potenzialità del tipo sanzionatorio sul piano funzionale, ben potendo quella stessa sanzione perseguire *anche* finalità di cura e ripristino dell'interesse pubblico leso. Prendendo a prestito un concetto elaborato in ambito civilistico ed amministrativistico, può dirsi che la Corte faccia valere il principio di neutralità delle forme (sanzionatorie) ai fini dell'applicazione delle garanzie individuali (penalistiche), impregiudicate restando la valenza e le connotazioni della sanzione ad altri fini.

In secondo luogo e proprio per la molteplicità delle forme che la sanzione sostanzialmente penale può assumere, la Corte EDU consente una modulazione delle garanzie nelle diverse fasi del procedimento sanzionatorio e giurisdizionale. Ciò è particolarmente significativo nel contesto delle

incolpazioni “periferiche” (le c.d. “*non-hardcore*” *criminal charges*), quelle cioè che non sono riconducibili al *Kernstrafrecht*. In tali ambiti, cui emblematicamente la Corte riconduce la materia *antitrust*, è stato affermato che le «*criminal-bead guarantees will not necessarily apply with their full stringency*» (Corte EDU, 23 novembre 2006, *Jussila v Finland*, 73053/01, § 43). In altre parole, in riferimento ai «*criminal cases which do not carry any significant degree of stigma*», la Corte ammette la legittimità di uno sfasamento nell’applicazione delle garanzie penalistiche, con il loro depotenziamento nella fase di concreta applicazione della misura sanzionatoria ed il loro recupero nella fase, successiva ed eventuale, di una impugnazione della sanzione dinanzi all’autorità giurisdizionale.

Questa impostazione apre uno spazio per – o, meglio, prende atto della necessità di – una differenziazione nelle modalità applicative delle sanzioni riconducibili alla *matière pénale*, così consentendo ai legislatori nazionali di prevedere procedure sanzionatorie diverse dal “faticoso” procedimento penale ed aventi finalità differenti da quelle special o general-preventive. Nel concreto, dunque, pena e sanzione “sostanzialmente penale” non coincidono necessariamente né sul piano funzionale né sul piano applicativo. L’estensione delle garanzie individuali non comporta l’omologazione al paradigma penale “puro” di tutte le sanzioni riconducibili alla *matière pénale*.

Infine – ed è a nostro avviso l’argomento decisivo – deve essere posto l’accento sulla distinzione tra l’atto sanzionatorio ed il potere che lo disciplina. Come acutamente osservato in dottrina, è improprio traslare sul piano della natura della sanzione (ossia del provvedimento) connotati che attengono al piano della funzione sanzionatoria (ossia della tecnica di perseguimento dell’interesse pubblico attraverso l’esercizio del potere), e viceversa. Per tale ragione, tornando alla giurisprudenza CEDU, è improprio far discendere dalla

natura sostanzialmente penale di una sanzione il carattere necessariamente penale del potere che la esprime. Questa considerazione apre importanti varchi per l'applicazione del principio di sussidiarietà esterna poiché consente di mettere in luce la diversità sul piano funzionale di sanzioni aventi contenuto simile (o identico, come nel caso di sanzioni pecuniarie amministrative e penali).

Per quanto qui di interesse, la riconducibilità delle sanzioni *antitrust* alla *matière pénale* non impedisce all'Autorità di preferire il raggiungimento del risultato regolativo all'inflizione della punizione. Che punizione rimane allorquando l'AGCM decida di ricorrervi. Quello stesso potere, dunque, che consente all'Autorità di comminare sanzioni sostanzialmente penali, le consente di perseguire scopi diversi dalla punizione del colpevole e, perciò, estranei alla logica general e special-preventiva che connota la materia penale. Sotto il profilo del potere, dunque, la funzione della sanzione pecuniaria a disposizione dell'*Antitrust* diverge dalla funzione della sanzione pecuniaria a disposizione del giudice penale, a prescindere dal contenuto (per ipotesi ugualmente afflittivo) del provvedimento. A parità di contenuto ed intensità afflittiva della sanzione utilizzabile, infatti, la disciplina del potere sanzionatorio consente – *recte*, impone – alle Autorità pubbliche di perseguire finalità differenti. Anche prendendo a paradigma due sanzioni di identico contenuto ed intensità, dunque, è possibile predicare l'esistenza di funzioni sanzionatorie diverse.

È perciò possibile dare contenuto alla nozione di politica extra-penale senza disperdere il concetto di sanzione, così come è possibile “rispondere” all'illecito con misure amministrative che siano al contempo propriamente sanzionatorie e funzionalmente diverse dalla pena. In

definitiva, un varco per l'operatività del principio di sussidiarietà esterna esiste. Questione diversa è se esista anche una possibilità che il legislatore lo percorra. A tal proposito, due opposte strade sembrano profilarsi.

Una prima ipotesi è che il legislatore prenda atto dell'attuale processo di frammentazione della risposta penale e metta ordine al suo corso, disciplinando ed armonizzando tra di loro sanzioni "penali" spurie, aventi prevalenti finalità ripristinatorie e regolative (i "*regulative Strafrechtmodelle*"), o prevedendo meccanismi giudiziali di conciliazione o disapplicazione selettiva della pena ("pura"). Si tratterebbe di dare corpo – per scelta e non per contingente necessità – ad un diritto penale a geometrie variabili, meno carcerario, meno "punitivo", aperto ad "incidenti" sanzionatori privatistici, flessibile in sede esecutiva e caratterizzato da garanzie procedurali e processuali di diversa intensità. Si tratterebbe, cioè, di dare uno statuto normativo unitario ad un diritto penale molteplice, quel paradigma sanzionatorio "sostanzialmente penale" di ispirazione sovranazionale, attorno al quale si potrebbe coagulare il *corpus* di un diritto punitivo europeo. Un esito, questo, auspicato da autorevolissima dottrina.

Un percorso di questo tipo, al netto della sua reale fattibilità, comporterebbe la definitiva scomparsa del principio di sussidiarietà esterna, per come lo abbiamo descritto nelle scorse pagine, tutto a vantaggio del versante interno del principio. Un versante interno che, come già chiarito, sarebbe deputato a svolgere un vaglio doppio di sussidiarietà, tanto in relazione a scopi sanzionatori diversi (necessità esterna) quanto in relazione ad uno scopo sanzionatorio specifico (necessità interna). Affinché questo non si traduca nel paventato depotenziamento del vaglio esterno di necessità, è

necessario che il sistema normativo e, soprattutto, quello giurisdizionale penalistico fossero riformati nel profondo, secondo le linee ora tracciate.

L'altra ipotesi è quella uguale e contraria della rivitalizzazione del profilo esterno dell'*extrema ratio* attraverso la sistematizzazione e la valorizzazione delle diversità sul piano contenutistico e funzionale della sanzione penale ed extra-penale. A tal fine, si dovrebbe arginare il processo di differenziazione qualitativa della pena e limitare la criminalizzazione alle sole "hardcore" criminal charges. Si dovrebbe altresì evitare fenomeni di travaso "secco" di fattispecie dal circuito penale a quello amministrativo, tentando di preservare ed esaltare le potenzialità connesse al potere delle pubbliche amministrazioni di preferire quello che abbiamo definito il "superamento regolativo" dell'illecito. Infine, per rispettare i dettami della giurisprudenza sovranazionale, si dovrebbe potenziare il profilo partecipativo del procedimento sanzionatorio e garantire uno scrutinio giurisdizionale pieno e di merito sull'eventuale decisione di comminare la sanzione.

A queste condizioni, la sussidiarietà esterna potrebbe operare in contesti normativi ben più ampi di quegli "ordinamenti sezionali" all'interno dei quali ci sembra oggi confinata. Ciò non avverrebbe a spese dell'altro versante della sussidiarietà, permanendo l'esigenza di un vaglio di necessità delle funzioni special e general-preventive della pena, imposto dal principio di *extrema ratio* interna.

Entrambe le strade descritte, che naturalmente abbiamo "estremizzato" e collocato ai due lati opposti dello spettro, sono nella loro absolutezza di difficile percorribilità. La prima richiede una profondissima riforma del sistema penale, che non è nemmeno lontanamente in vista e che il legislatore attuale non ha le risorse culturali per portare a termine. La seconda si scontra con la

realtà dell'ordinamento giuridico vigente, nel quale le differenze tra pene e sanzioni amministrative continuano ad attenuarsi.

D'altronde, sul piano astratto, nessuna delle due strade è migliore dell'altra. Nella misura in cui fosse garantito un vaglio effettivo di necessità *interna* (in relazione ad uno specifico scopo sanzionatorio) ed *esterna* (in relazione a scopi sanzionatori diversi), esse in sostanza si equivarrebbero. La prima favorirebbe la convergenza degli strumenti sanzionatori pubblici verso un sistema normativo unitario, di più immediata individuazione e (forse) di più facile decifrazione. La seconda avrebbe il beneficio della chiarezza e del rigore, poiché impedirebbe al legislatore di avventurarsi in esperimenti normativi dall'esito incerto, al contempo delimitando l'intervento delle Autorità amministrative entro confini rigidi e visibili all'operatore privato.

Ad avviso di chi scrive quest'ultima opzione, ossia la valorizzazione delle diversità sul piano contenutistico e funzionale della sanzione penale ed extra-penale, sarebbe di gran lunga preferibile. Non tanto per l'enormità della riforma che l'opposta soluzione imporrebbe. Quanto perché le seducenti proposte di trasfigurazione del diritto penale allontanano la pena da quello stesso paradigma garantista "classico" nel nome del quale l'*extrema ratio* è invocata. E l'approdo ad un diritto penale più circoscritto, funzionalmente omogeneo e saldamente ancorato ad un nucleo di garanzie individuali resta a nostro avviso l'obiettivo cui ogni penalista dovrebbe tendere.

Una sola cosa può dirsi con certezza. Se il legislatore non mette mano in un senso o nell'altro al sistema penalistico, il principio di sussidiarietà esterna continuerà a permanere in uno stato di sostanziale incompiutezza teorica e resterà di fatto inapplicabile da un punto di vista pratico e normativo.

BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione*, a cura del CENTRO NAZIONALE DI PREVENZIONE E DIFESA SOCIALE, Milano, 2015.

AA.VV., *La «matière pénale» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, I-II, 1987.

ALBERICUM DE ROSATE BERGOMENSIS, *Dictionarium Iuris tam civilis quam canonici*, Venezia, 1573 (edizione disponibile *online*).

ALLEGRETTI U., *Imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, 1993, Torino, 139.

ALLEN M., *La sanzione amministrativa tra garanzie costituzionali e principi CEDU: il problema della tassatività-determinatezza e la prevedibilità*, in *Federalismi*, 2017, IV, 1.

ALLEN M., *Le sanzioni amministrative tra garanzie costituzionali e convenzionali-europee*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2018, III, 374.

ALLEN M. - CIMINI S. (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia. Approfondimenti on line*, 2013.

ALPA G., *Le funzioni della responsabilità civile e i danni "punitivi": un dibattito sulle recenti sentenze della Suprema Corte di Cassazione*, in *Contratto e Impresa*, 2017, IV, 1084.

AMARELLI G., *La ritrattazione e la ricerca della verità*, Torino, 2006.

AMBOS K., *Cesare Beccaria und die Folter – Kritische Anmerkungen aus heutiger Sicht*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2010, III, 122.

ANCEL M., *La nuova difesa sociale*, (trad. italiana di NUVOLONE), Milano, 1966.

ANDENAES J., *The General Preventive Effects of Punishment*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1966, VII, 949.

ANDENAES J., *General Prevention Revisited: Research and Policy Implications*, in *Journal of Criminal Law and Criminology*, 1975, III, 338.

ANDENAES J., *La prevenzione generale nella fase della minaccia, dell'irrogazione e dell'esecuzione della pena*, in STELLA-ROMANO (a cura di), *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980, 33.

ANGELETTI A., *Le sanzioni amministrative*, in *Novissimo Digesto Italiano*, VI, Torino, 1986, 939.

ANGIOLINI V., *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 237

ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, Chiarella-Sassari, 1980.

ANGIONI F., *Beni costituzionali e criteri orientativi sull'area dell'illecito penale*, in STILE (a cura di) *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 57.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, Parte generale*, III, Milano 1955.

- ANTONINI L., *Il principio di imparzialità*, in SANDULLI M.A. (a cura di) *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015, 53.
- AUDEGEAN P., *Diritto penale e dolcezza delle pene nella filosofia dell'Illuminismo*, *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2013, II, 528.
- AZZALI G., *Scritti di teoria generale del reato*, Milano 1995.
- BACHELET V., *Problemi e prospettive della «depenalizzazione» delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, in *Studi Esposto*, Padova, 1974, IV, 2233.
- BAIER K., *The Strengths and Limits of the Theory of Retributive Punishment*, in *Philosophic Exchange*, 1977, VIII, 38.
- BARATTA A., *Criminologia liberale e ideologia della difesa sociale*, in *La questione criminale*, 1975, I, 23.
- BARATTA A., *Sistema penale ed emarginazione sociale*, in *La Questione Criminale*, 1976, II-III, 237.
- BARATTA A., *Conflitto sociale e criminalità. Per la critica della teoria del conflitto in criminologia*, in *La Questione Criminale*, 1977, I, 9.
- BARATTA A., *Criminologia critica e politica criminale alternativa*, in *La Questione Criminale*, 1977, III, 339.
- BARATTA A., *Criminologia e dogmatica penale. Passato e futuro del modello integrato di scienza penalistica*, in *La Questione Criminale*, 1979, II, 147.
- BARATTA A., *Criminologia critica e critica del diritto penale* Bologna, 1982.
- BARATTA A., *La teoria della prevenzione-integrazione. Una «nuova» fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei e delitti delle pene*, 1984, I, 5.
- BARATTA A., *Vecchie e nuove strategie di legittimazione del diritto penale*, in *Dei e delitti delle pene*, 1985, II, 247.
- 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, III, 443.
- BARONE S., "Punitive damages": *multiplo risarcimento sanzionatorio-deterrente o iper-ristoro solo cautelativo?*, in *Giurisprudenza Italiana*, 2017, VI, 1358.
- BARTOLE S. - DE SENA P. - ZGREBELSKY V., *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2012.
- BASILICO A.E., *Il controllo del Giudice Amministrativo sulle sanzioni antitrust e l'art. 6 CEDU*, in *Rivista AIC*, VI, 2011, 1.
- BAUMANN J., *Minima non curat praetor*, in BAUMANN J. - TIEDEMANN K. (a cura di), *Enheit und Vielfalt des Strafrechts. Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag*, Tübingen, 1974, 3.
- BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene* (a cura di PISAPIA), Milano, 1973.
- BENVENUTI F., in *Sul concetto di sanzione*, in *Ius*, 1955, 223;

- BENVENUTI F., *Le sanzioni amministrative come mezzo dell'azione amministrativa*, in POTOTSCHNIG U. (a cura di), *Atti del XXVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Le sanzioni amministrative (Varenna 1820 settembre 1980)*, Milano, 1982, 33.
- BERGALLI R., *Le funzioni del sistema penale nello Stato sociale di diritto: prospettive sociologico-giuridiche*, in MOCCIA S. (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, 213.
- BERMAN H.J., *Diritto e rivoluzione. II L'impatto delle riforme protestanti sulla tradizione giuridica occidentale*, Bologna 2010.
- BERNARDI A., *Brevi note sulle linee evolutive della depenalizzazione in Italia*, in *Indice Penale*, 2001, 727.
- BETTIOL G., *Bene giuridico e reato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1938, 3.
- BETTIOL G., *L'odierno problema del bene giuridico*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1959, 705.
- BETTIOL G., *Dal diritto penale al diritto premiale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1960, 702.
- BETTIOL G., *Diritto Penale. Parte Generale*, Padova 1982, 523.
- BINDING K., *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts, Besonderer Teil I*, II Ed., Leipzig, 1902.
- BIROCCHI I., *Alla ricerca dell'ordine. Fonti e cultura giuridica nell'Età moderna*, Torino, 2002.
- BLOY R., *Die Straftaten gegen die Umwelt im System des Rechtsgüterschutzes*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1988, III, 486.
- BOBBIO N., *Sanzione (voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, XVI, Torino, 1969, 537.
- BOBBIO N., *Il positivismo giuridico. Lezioni di filosofia del diritto* (a cura di MORRA N.), Torino, 1996.
- BOBBIO N., *Giusnaturalismo e positivismo giuridico*, Bari, 2011.
- BODIN J., *I sei libri dello Stato* (traduzione italiana di ISNARDI PARENTE M.), I, Torino, 1988.
- BONINI S., *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018.
- BOTTINO G., *Il nuovo art. 97 della Costituzione*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 2014, III, 691.
- BRACON H., *On the laws and customs of England*, (a cura di WOODBINE G.E. - THORNE S.E.), Cambridge-Londra, 1977.
- BRAITHWAITE J., *Comment on "The Criminal Law as a Threat System"*, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1982, II, 786.

- BRICOLA F., *Il potere discrezionale del giudice nell'applicazione della sanzione criminale (natura e profili costituzionali)*, in *Monitore dei Tribunali*, 1968, ora in CANESTRARI S. - MELCHIONDA A. (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, 463.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato (voce)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, vol. XIV, Torino, 1973.
- BRICOLA F., *Funzione promozionale, tecnica premiale e diritto penale*, in *La Questione Criminale*, 1981, 445.
- BRICOLA F., *Art. 25, 2° e 3° comma*, in BRANCA G. (a cura di) *Commentario della Costituzione: Rapporti civili*, Bologna, 1981, 227.
- BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in DE ACUTIS M. - PALOMBARINI G. (a cura di), *Funzioni e limiti del diritto penale. Alternative di tutela*, Padova, 1984, 3.
- BRICOLA F., *Legalità e crisi: l'art. 25, commi 2° e 3° della Costituzione rivisitato alla fine degli anni '70*, in CANESTRARI S. - MELCHIONDA A. (a cura di), *Scritti di diritto penale*, Milano, 1997, 1407.
- BROOM H., *A selection of legal maxims, classified and illustrated*, Philadelphia, 1874.
- BURDESE A., *Manuale di diritto privato romano*, Milano, 2002.
- BUSNELLI F. D., *Deterrenza, responsabilità civile, fatto illecito, danni punitivi*, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, 909.
- BUB T., *De minimis non curat lex*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1998, 337.
- CADOPPI A. (a cura di), *Laicità, valori e diritto penale. The moral limits of the criminal law. In ricordo di Joel Feinberg*, Milano, 2010.
- CALANDRA P., *Il buon andamento dell'amministrazione pubblica*, in AA. VV., *Studi in memoria di Vittorio Bachelet*, Milano, 1987, I, 157.
- CANNADA-BARTOLI E., *Illecito (dir. amm.)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XX, Milano, 1970, 112.
- CAPONE G., *Allegazioni del già avvocato oggi consultore del Regno commendator Gaspare Capone*, Vol. 2, Napoli, 1762 (edizione online).
- CARANTA R., *sub art. 97*, in BIFULCO R. - CELOTTO A. - OLIVETTI M. (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, vol. II, Torino, 2006, 1889.
- CARRARA F., *Programma del corso di diritto criminale. Del giudizio criminale*, IV Ed., Lucca, 1871 (a cura di BRICOLA F. e NOBILI M.), Bologna, 1993.
- CASSETTA E., *Illecito amministrativo (voce)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, VIII, Torino, 1993, 90.
- CASSETTA E., *Sanzione amministrativa (voce)*, in *Digesto Discipline Pubblicistiche*, XII, Torino, 1997, 598.
- CASSESE S., *Dalle regole del gioco al gioco con le regole*, in *Mercato Concorrenza, Regole*, II,

2002, 265.

CATRICALÀ A, *L'Autorità garante per la concorrenza ed il mercato*, in CIRILLO G. P.-CHIEPPA R. (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 309.

CATTANEO M. A., *Anselm Feurbach filosofo e giurista liberale*, Milano, 1970.

CATTANEO M. A., *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1990.

CATTANEO M. A., *Illuminismo e legislazione penale. Saggi sulla filosofia del diritto nella Germania del Settecento*, Milano 1993.

CATTANEO M. A., *Le radici filosofiche del pensiero penale delle garanzie*, in MOCCIA S. (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, 35.

CAZZATO C. E., *Le Linee Guida sulla quantificazione delle sanzioni antitrust*, Torino, 2018.

CELANO B., *Diritti, principi e valori nello Stato costituzionale di diritto: tre ipotesi di ricostruzione*, in *Diritto e Questioni Pubbliche*, 2004, IV, 60.

CERBO P., *Le sanzioni amministrative*, Milano, 1999.

CERBO P., *Il potere di organizzazione della pubblica amministrazione fra legalità e autonomia*, in AA.VV. *Atti del LIII Convegno di Studi di Scienza dell'amministrazione*, Milano, 2008, 507.

CHALFIN A. - MCCRARY J., *Criminal Deterrence: A Review of the Literature*, in *Journal of Economic Literature*, 2017, I, 5.

CHIBELLI A., *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 2016, III, 247.

CHIEPPA R., *Potere economico e Autorità indipendenti: funzioni neutrali e sindacato del Giudice amministrativo*, in *Rivista della scuola superiore dell'economia e delle finanze*, 2005, 1.

CHIEPPA R., *Le funzioni regolatorie e il fondamento della delega di poteri normativi alle Autorità*, in CIRILLO G.P. - CHIEPPA R. (a cura di), *Le Autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2010, 75.

CHIODI G. - GARLATI L. (a cura di), *Dialogando con Beccaria. Le stagioni del processo penale italiano*, Torino, 2015.

CHIRULLI P., *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio costituzionale AIC*, 2014, II, 1.

CLARICH M., *Presentazione*, in FRATINI M. (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, XXXIV.

COCCO G., in *Riflessioni su punibilità, sussidiarietà e teoria del reato. Tra vecchi e nuovi istituti*, in *Indice Penale*, 2015, III, 253.

COFFEE J. C., *The Blurring of the Criminal and Civil Law Models. And What Can be*

- Done About It, in *The Yale Law Journal*, 1992, VIII, 1875.
- COKE E., *Reports, Part VII, The Calvin's case*, in SHEPPARD S. (a cura di), *The selected writings and speeches of Sir. Edward Coke*, Vol. 1, Indiana, 2003, 231.
- COLAO F., *Il "dolente regno dello pene". Storie della varietà della idea fondamentale del giure punitivo tra Ottocento e Novecento*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, I, 2010, 129.
- COOK P. J., *Research in Criminal Deterrence: Laying the Groundwork for the Second Decade*, in AA.VV. *Crime and Justice*, II, 1980, Chicago, 211.
- CORDEIRO-GUERRA R., *Sanzioni fiscali amministrative e civili* (voce), in *Digesto Discipline Privatistiche – Sezione Commerciale*, XIII, Torino, 1997, 179.
- CORNACCHIA L., *L'oggetto di tutela penale: appunti per una ipotesi ricostruttiva in chiave tomista*, in AMBROSETTI E. M. (a cura di), *Studi in onore di Mauro Ronco*, Torino, 2017, 99.
- COSTA F., *Delitto e pena nella storia del pensiero umano*, Torino, 1928.
- COSTA P., *Lo ius vitae ac necis alla prova: Cesare Beccaria e la tradizione contrattualistica*, in *Quaderni Fiorentini*, 2015, XLIV, 819.
- CREPALDI R., *Le recenti modifiche del diritto penale tributario: continua la strada verso il diritto penale della riscossione*, in *Giurisprudenza Penale*, 2017, X.
- CUONO M., *Absoluto ma non arbitrario? Potere legittimo e leggi di natura in Hobbes*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2013, I, 3.
- CUPELLI C., *La legalità delegata. Crisi e attualità della riserva di legge nel diritto penale*, Napoli, 2012.
- D'ALBERTI M., *Autorità indipendenti (dir. amm.)*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, V, Roma, 1995.
- D'ALBERTI M. - PAJNO A. (a cura di), *Arbitri dei mercati. Le autorità indipendenti e l'economia*, Bologna, 2009.
- DALLA D. – LAMBERTINI R., *Istituzioni di diritto romano*, Torino, 2006.
- DE BOND T W., *Evidence based EU criminal policy making: in search of matching data*, in *European Journal of Criminal Policy and Research*, 2014, XX, 23.
- DE BOND T W. - MIETTINEN S., *Minimum Criminal Penalties in the European Union: In Search of a Credible Justification*, in *European Law Journal*, VI, 2015, 722.
- DE FRANCESCO G., *Funzioni della pena e limiti della coercizione: caratteri ed eredità del classicismo penale*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 2007, XXXVI, 611.
- DELMAS-MARTY M., *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987, 731.
- DEMURO G.P., *Ultima ratio. Alla ricerca di limiti all'espansione del diritto penale*, in

- Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, 1654.
- DEODATO C., *Nuove riflessioni sull'intensità del sindacato del Giudice amministrativo. Il caso delle linee guida dell'ANAC*, in *Federalismi*, 2017, II, 1.
- DIMATTEO R., *Il diritto penale tra principio di extrema ratio e realtà di overcriminalization* (tesi di dottorato), Trento, 2011.
- D'IPPOLITO G., *Le esenzioni*, in CASSANO G. - CATRICALÀ A. - CLARIZIA R. (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 533.
- DI RENZO VILLATA G., *Quale scienza penale? Prima e dopo Beccaria*, in AA.VV., *Dei delitti e delle pene a 250 anni dalla pubblicazione*, Milano, 2014, 133.
- DANI A. - DI SIMONE M.R. - DIURNI G. - FIORAVANTI M. - SEMERARO M., *Profilo di storia del diritto penale dal Medioevo alla Restaurazione*, Torino, 2012.
- DOLCINI E. - PALIERO C.E., *L'illecito amministrativo (Ordnungswidrigkeit) nell'ordinamento della Repubblica Federale di Germania: disciplina, sfera di attuazione, linee di politica legislativa*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1980, 1134.
- DOLCINI E. - PALIERO C.E., «Principi generali» dell'illecito amministrativo nel disegno di legge «modifiche al sistema penale», in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1980, 1154.
- DOLCINI E. - GIARDA A. - MUCCIARELLI F. - PALIERO C.E. - RIVA CRUGNOLA E. (a cura di) *Commentario delle "Modifiche al sistema penale"*, Milano, 1982.
- DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1984, 609.
- DOLCINI E., *Sui rapporti tra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1987, 777.
- DOLCINI E., *La commisurazione giudiziale della pena tra teoria e prassi*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1991, 55.
- DONINI M., *Il delitto contravvenzionale. "Culpa iuris" e oggetto del dolo nei reati a condotta neutra*, Milano, 1993.
- DONINI M., *Teoria del reato. Una introduzione*, Padova, 1996.
- DONINI M., *Selettività e paradigmi della teoria del reato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1997, 338.
- DONINI M., *Non punibilità e idea negoziale*, in *Indice Penale*, 2001, 347.
- DONINI M., *Ragioni e limiti della fondazione del diritto penale sulla Carta costituzionale*, in *Il Foro Italiano*, 2001, II, 29.
- DONINI M., *Sussidiarietà penale e sussidiarietà comunitaria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2003, 148.
- DONINI M., *Le tecniche di degradazione fra sussidiarietà e non punibilità*, in *Indice Penale* 2003, 75.

- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Milano, 2004.
- DONINI M., *Antigiuridicità e giustificazione oggi. Una “nuova” dogmatica o solo una critica per il diritto penale moderno?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2009, 1646.
- DONINI M., *L'eredità di Bricola e il costituzionale penale come metodo*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 2012, IV, 51.
- DONINI M., *Il principio di offensività. Dalla penalistica italiana ai programmi europei*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, IV, 2013, 20.
- DRAPER A.J., *Cesare Beccaria's influence on English discussions of punishment, 1764–1789*, in *History of European Ideas*, 2000, III-IV, 177.
- DUFF A.R., *Punishment, Communication and Community*, Oxford, 2001.
- DUFF R.A. - FARMER L. - MARSHALL S.E. - RENZO M. - TADROS V., *The boundaries of the criminal law*, Oxford, 2010.
- ELLEFSEN B., *Evaluating Crime Prevention. Scientific Rationality or Governmentality?*, in *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2011, XII, 103.
- EUSEBI L., *La funzione della pena. Il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989.
- EUSEBI L., *La pena in crisi. Il recente dibattito sulla funzione della pena*, Brescia, 1990.
- EUSEBI L., *Oltre la prospettiva del diritto penale “minimo”*, in CURI U. - PALOMBARINI G. (a cura di), *Il diritto penale minimo*, Roma, 2002, 195.
- EXNER F., *Funzione di tutela e la funzione retributiva della pena* (trad. it. ZANCHETTI M.), in EUSEBI L. (a cura di), *La funzione della pena. Il commiato da Kant e da Hegel*, Milano, 1989, 12.
- FASSÒ G., *Giusnaturalismo* (voce), in BOBBIO N. - MATTEUCCI N. - PASQUINO G. (diretto da) *Dizionario di politica*, Torino 2004, 390.
- FATTORI P., *I poteri dell'Autorità garante in materia di intese ed abusi di posizione dominante: diffide e sanzioni*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1997, 878.
- FATTORI P. – DE VITA M., *Il regime sanzionatorio delle intese restrittive della concorrenza e degli abusi di posizione dominante*, Roma, 1996.
- FAURE M. G. - SVATIKOVA K., *Criminal or Administrative Law to Protect the Environment? Evidence from Western Europe*, in *Journal of Environmental Law*, 2012 II, 253.
- FEINBERG J., *The expressive function of punishment*, in *The monist*, 1965, III, 397.
- FERRAJOLI L., *Il diritto penale minimo*, in *Dei delitti e delle pene*, 1985, III, 493.
- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari 2008.
- FERRAJOLI L., *L'attualità del pensiero di Cesare Beccaria*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, I 2015, 137.
- FERRARO F., *Legislazione e felicità. Dall'utilitarismo di Helvétius a quello di Bentham*, in

- Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, II, 315.
- FERRONE V. - FRANCONI G. (a cura di), *Cesare Beccaria. La pratica dei lumi*, Firenze, 2000.
- FIANDACA G., “Bene giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1982, I, 42.
- FIANDACA G., *Note sul principio di offensività e sul ruolo della teoria del bene giuridico tra elaborazione dottrinale e prassi giudiziaria*, in STILE A. M. (a cura di) *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, Napoli, 1991, 5.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Perdita di legittimazione del diritto penale?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1994, 23.
- FIANDACA G. - MUSCO E., *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014.
- FILICE M., *Il sindacato giurisdizionale sull'attività delle Autorità indipendenti*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2015, IV, 559.
- FIORELLA A., *Reato in generale* (voce), in *Enciclopedia del diritto*, XXVIII, Milano, 1988, 770.
- FORNACIARI M., *Note critiche in tema di abuso del diritto e del processo*, in *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 2016, II, 592.
- FORNASARI G., *Principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993.
- FORNASARI G., *Le alternative alla pena detentiva: un excursus nel sistema penale tedesco*, in *Diritto penale XXI Secolo*, 2008, 127.
- FORNASARI G., *Riserva di legge e fonti comunitarie. Spunti per una riflessione*, in FONDAROLI D. (a cura di), *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, Padova, 2009, 17.
- FORNASARI G., *L'attualità dell'invettiva di Beccaria contro la tortura*, in PICOTTI L. (a cura di), *Alle radici del diritto penale moderno: L'illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire*, Napoli, 2015, 87.
- FORNASARI G., *Argomenti per una riserva di legge rafforzata in materia penale*, in *Dir.Pen.Cont. – Rivista Trimestrale*, 2018, II, 162.
- FORNASARI G. - MENGHINI A., *Percorsi europei di diritto penale*, III Ed., Padova, 2012.
- FORNASARI G. - WENIN R. (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Napoli, 2017.
- FORSTHOFF E., *Lo stato di diritto in trasformazione*, Milano, 1973.
- FORTI G., *L'immane concretezza. Metamorfosi del crimine e controllo penale*, Milano, 2000.
- FOUCAULT M., *Sorvegliare e punire. La nascita della prigione* (trad. italiana di TARCHETTI A.), Torino, 2013.
- FRANCHINI C., *Le autorità amministrative indipendenti*, in *Rivista Trimestrale di Diritto*

Pubblico, 1988, 551.

FRATINI M. (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011.

FRENI F., *I poteri dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in FRATINI M. (a cura di), *Le sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*, Padova, 2011, 785.

FRIEDMAN D.D., *Hanged for a Sheep - The Economics of Marginal Deterrence*, *Journal of Legal Studies*, 1993, XXII, 345.

FRIGNANI A., *L’insufficienza dei modelli sanzionatori attuali: necessario un tertium genus?*, in RABITTI BEDOGNI C. - BARUCCI C. (a cura di), *20 anni di antitrust*, Torino I, 2010, 476.

FRIGO D., *Principe, giudici, giustizia: mutamenti dottrinali e vicende istituzionali fra Sei e Settecento*, in BERLINGUER L. - COLAO F. (a cura di), *Illuminismo e dottrine penali*, Milano, 1990, 5.

GAMBARDELLA F., *Programmi di clemenza: novità normative e possibili prospettive*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2017, III, 1119.

GARDNER J., *Introduction*, in HART H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law*, Oxford, 2008, xiii.

GARGANI A., *Tra sanzioni amministrative e nuovi paradigmi punitivi: la legge delega di riforma della disciplina sanzionatoria (art. 2 l. 28 aprile 2014, n. 67)*, in www.lalegislazionepenale.eu, 2015.

GARGANI A., *La depenalizzazione bipolare: la trasformazione di reati in illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie amministrative e civili*, in *Diritto Penale e Processo*, 2016, 577.

GAZZOLO T., *Il realismo giuridico americano come filosofia del diritto*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2017, II, 449.

GAVAZZI G., *Le sanzioni nel diritto. Problemi vecchi e nuovi*, in *Il Politico*, 1978, 395.

GAVAZZI G., *Sanzione I, Teoria generale (voce)*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXVIII, Roma, 1991, 1.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2013.

GERBER M. M. - JACKSON J., *Retribution as Revenge and Retribution as Just Deserts*, in *Social Justice Research*, 2013, I, 61.

GHEZZI F. – MARCHETTI B., *La proposta di Direttiva in materia di rete europea della concorrenza e la necessità di un giusto equilibrio tra efficienza e garanzie*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2017, I, 1015.

GIACCHETTI S., *Dalla “amministrazione di diritto pubblico” allo “amministrare nel pubblico interesse”*, in *Foro Amministrativo – Consiglio di Stato*, 2006, VII-VIII, 2349.

GIANNACCARI A., *Storie minime di sanzioni: delitto e (quale) castigo?*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, III, 473.

GIANNACCARI A., *In tema di private enforcement*, in *Mercato Concorrenza Regole*,

2017, I, 143.

GIANNACCARI A. - LANDI C., *Le sanzioni antitrust nella prassi applicativa: si va ne la città dolente*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2014, II, 201.

GIANNINI M. S., *Gli ordinamenti sezionali rivisitati*, in *Studi in onore di Gustavo Vignocchi*, Milano 1992, 125.

GIANNINI M. S., *Il nuovo T.U. delle leggi bancarie e l'ordinamento sezionale del credito*, in *Le banche. Regole e mercato, dopo il testo unico delle leggi bancarie*, Milano, 1995, 42.

GILARDONI A., *Logica e argomentazione*, Milano, 2005.

GIOVAGNOLI R., *Autorità indipendenti e tecniche di sindacato giurisdizionale*, Relazione al Convegno *Le Autorità Amministrative indipendenti, Bilancio e prospettive di un modello di vigilanza e regolazione dei mercati* (Roma, 28 febbraio 2013), in www.giustizia-amministrativa.it.

GIUNTA F., *Effetti e prospettive della depenalizzazione alla luce di una verifica empirica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1986, 729.

GOISIS F., *Un'analisi critica delle tutele procedimentali e giurisdizionali avverso la potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione, alla luce dei principi dell'art. 6 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il caso delle sanzioni per pratiche commerciali scorrette*, in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2013, III, 669.

GOISIS F., *Discrezionalità ed autoritatività nelle sanzioni amministrative pecuniarie, tra tradizionali preoccupazioni di sistema e nuove prospettive di diritto europeo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2013, I, 79.

GOISIS F., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei Diritti dell'uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2014, II, 337.

GOISIS F., *Nuove prospettive per il principio di legalità in materia sanzionatoria-amministrativa: gli obblighi discendenti dall'art. 7 CEDU*, in *Foro Amministrativo TAR*, 2014, 1228.

GOISIS F., *La full jurisdiction sulle sanzioni amministrative: continuità della funzione sanzionatoria v. separazione dei poteri*, in *Diritto Amministrativo*, 2018, I, 1.

GOLDSTEIN A. S., *White-Collar Crime and Civil Sanctions*, in *The Yale Law Journal*, 1992, VIII, 1895.

GÓMEZ TOMILLO M., *Punitive Damages: A European Criminal Law Approach. State Sanctions and the System of Guarantees*, in *European Journal of Criminal Policy and Resesarch*, 2013, III, 215.

GOZZI G., *Stato moderno* (voce) in BOBBIO N. - MATTEUCCI N. - PASQUINO G. (diretto da) *Dizionario di politica*, Padova, 1983, 930.

GRECO G., *La Convenzione europea dei diritto dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2000, I, 25.

- GRISI G., *Il danno (di tipo) esistenziale e la nomofilachia «creativa» delle Sezioni Unite*, in *Europa e Diritto Privato*, 2009, II, 400.
- GROSSI P., *Mitologie giuridiche della modernità*, Milano 2007.
- GUZMÁN D'ALBORA J. L., *Cultura y delito*, Bogotá, 2010.
- HARCOURT B. E., *The Collapse of the Harm Principle Redux: On Same-Sex Marriage, the Supreme Court's Opinion in United States v. Windsor, John Stuart Mill's essay On Liberty (1859), and H.L.A. Hart's Modern Harm Principle*, in *University of Chicago Law School, Public Law and Legal Theory Working Papers*, 2013.
- HARCOURT B. E., *Beccaria's On Crimes and Punishments: A Mirror on the History of the Foundations of Modern Criminal Law*, in DUBBER (a cura di) *Foundational texts in modern criminal Law*, Chicago, 2013, 433.
- HARCOURT B. E., "Dei delitti e delle pene" di Beccaria: uno strumento di riflessione sulla storia delle fondamenta del diritto penale moderno, in *Criminalia*, 2014, I, 149.
- HARDING C., *European Regimes of Crime Control: Objectives, Legal Bases and Accountability*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2000, I, 224.
- HART H. L. A., *The concept of law*, Oxford, 1961.
- HART H. L. A., *Punishment and Responsibility. Essays in the Philosophy of Law by H.L.A. Hart*, Oxford, 2008.
- HASSEMER W., *Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1984, 104.
- HASSEMER W., *Grundlinien einer personalen Rechtslehre*, in PHILIPPS L. - SCHOLLER H. (a cura di), *Jenseits des Funktionalismus (Fest. Kaufmann)*, 1989, 84.
- HASSEMER W., *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts*, in *Die Zeitschrift für Rechtspolitik*, 1992, XXV, 378.
- HASSEMER W., *Perché punire è necessario? Difesa del diritto penale*, Bologna, 2012.
- HERLIN-KARNELL E., *Effectiveness And Constitutional Limits In European Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, V, 267.
- HOBBS T., *Elementi filosofici sul cittadino*, in *Opere Politiche* (a cura di BOBBIO N.), Torino, 1988.
- HOLMES O. W., *The Path of the Law*, in *Harvard Law Review*, 1897, 991.
- HUOMO-KETTUNEN M., *EU Criminal Policy at a Crossroads Between Effectiveness and Traditional Restraints for the Use of Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, V, 301.
- HUSAK D., *The criminal law as a last resort*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, II, 207.
- HUSAK D., *Overcriminalisation. The limits of the criminal law*, Oxford, 2008.
- IANNOTTA L., *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di*

- amministrare), in *Diritto e Processo Amministrativo*, 2005, I, 1.
- IRTI N., *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016.
- JAHN M. - BRODOWSKI D., *Das Ultima Ratio-Prinzip als strafverfassungsrechtliche Vorgabe zur Frage der Entbehrlichkeit von Straftatbeständen*, in *Die Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2017, II, 366.
- JAKOBS G., *Kriminalisierung im Vorfeld einer Rechtsgutsverletzung*, in *Die Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, IV, 751.
- JERRE K., *Contradictory Expectations on Society's Reaction to Crime. A Qualitative Study of How People View the Objectives of Society's Reaction to Crime and How These Objectives Can Be Fulfilled*, in *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2013, II, 98.
- JERRE K., *More Sanctions – Less Prison? A Research Note on the Severity of Sanctions Proposed by Survey Participants and how it is Affected by the Option to Combine a Prison Term with Other Sanctions*, in *European Journal of Criminal Policy and Resesarch*, 2014, XX, 121.
- JOHNSON R. - RAPHAEL S., *How Much Crime Reduction Does the Marginal Prisoner Buy?*, in *The Journal of Law & Economics*, 2012, II, 275.
- KADISH S. H., *Some Observations on the Use of Criminal Sanctions in Enforcing Economic Regulations*, in *The University of Chicago Law Review*, 1963, III, 423.
- KADISH S. H., *The Crisis of Overcriminalization*, in *The Annals of the American Academy of Political and Social Science, Vol. 374, Combating Crime*, 1967, 157.
- KADISH S. H.– SCHULHOFER S. S. - STEIKER C.S. - BARKOW R. E., *Criminal Law and Its Processes: Cases and Materials*, London - New York, 2015.
- KAHAN D. N., *The Secret Ambition of Deterrence*, in *Harvard Law Review*, 1999, II, 414.
- KANT I., *La Metafisica dei costumi*, (trad. it. VIDARI G.), Bari, 2016.
- KAUFMANN A., *Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankens im Strafrecht*, in *Juristenzeitung*, 1967, 553.
- KAUFMANN A., *Der Alternativ- Entwurf eines Strafgesetzbuches und das Erbe Radbruchs*, in ID. (a cura di) *Gedächtnisschrift für Gustav Radbruch*, Göttingen, 1968, 324.
- KAUFMANN A., (a cura di), *Die Strafvollzugsreform. Eine kritische Bestandsaufnahme*, Karlsruhe, 1971.
- KAUFMANN A., *Subsidiaritätsprinzip und Strafrecht*, in ROXIN C. - BRUNS H.-J. - JÄGER H. (a cura di), *Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft : Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. September 1973*, Berlin-New York, 1974, 89.
- KAUFMANN A., *Tendenzen im Rechtsdenken der Gegenwart*, Tübingen, 1976.
- KENNEDY D., *Detterence and crime prevention. Reconsidering the prospect of sanctions*, London-New York, 2009.

- KISSEL O. R., *Minima non curat praetor*, in MAYER-MALI T. (a cura di) *Arbeitsleben und Rechtspflege: Festschrift für Gerhard Müller*, 1981, 849.
- KISSEL O. R., *Grenzen der rechtsprechenden Gewalt*, in *Die Neue Juristische Wochenschrift*, 1982, 1777.
- KLÜPFEL H. I., *Über einzelne Theile des bürgerlichen Rechts*, Stuttgart, 1917.
- KORSELL L. E., *Big Stick, Little Stick: Strategies for Controlling and Combating Environmental Crime*, in *Journal of Scandinavian Studies in Criminology and Crime Prevention*, 2001, I, 127.
- LAMBRINI P., *Dolo generale e regole di correttezza*, Padova, 2010.
- LAMARCA S., *Antritrust americano e antitrust europeo*, in CASSANO G. - CATRICALÀ A. - CLARIZIA R. (diretto da), *Concorrenza, mercato e diritto dei consumatori*, Milano, 2018, 4.
- LANZI A. - ALDROVANDI P., *Diritto penale tributario*, Padova, 2014.
- LARGUIER J., *Mort et transfiguration du droit pénal*, in *Aspects nouveaux de la pensée juridique. Recueil d'études en hommage à Marc Ancel*, Parigi, 1975, 147.
- LA TORRE M., *Sullo spirito mite delle leggi. Ragione, razionalità, ragionevolezza*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2011, II, 495.
- LEONI A., *Le sanzioni amministrative non pecuniarie* (Tesi di dottorato), Roma, 2015.
- LICCIARDELLO S., *Le sanzioni dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 1997, 381.
- LIPARI M., *Il sindacato pieno del giudice amministrativo sulle sanzioni secondo i principi della CEDU e del diritto UE. Il recepimento della direttiva n. 2014/104/EU sul private enforcement (decreto legislativo n. 3/2017): le valutazioni tecniche opinabili riservate all'AGCM*, in *Federalismi*, 2018, VIII, 2.
- LOCATELLI F., *L'accertamento incidentale ex lege*, Milano, 2008.
- LOMBARDO M., *Depenalizzazione versus sanzioni pecuniarie civili*, in *Digesto Discipline Penali*, X, Torino, 2018, 118.
- LONGOBARDI N., *Le autorità amministrative indipendenti nel diritto globale*, in *Diritto processo amministrativo*, 2009, III, 871.
- LONGOBARDI N., *Le autorità di regolazione dei mercati nel "tempo della crisi"*, in *Diritto processo amministrativo*, 2012, I, 41.
- LÜDERSSEN K., *Funzionalismo e controllo della devianza*, in MOCCIA S. (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, 215.
- LUNA E., *The Overcriminalization Phenomenon*, in *American University Law Review*, 2005, II, 703.
- LUZZATI C., *Il superamento pragmatico dell'opposizione tra regole e principi*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2016, I, 135.

- MAIWALD M., *Zum fragmentarischen Charakter des Strafrechts*, in SCHROEDER F.-C. (a cura di), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, 1972, 9.
- MANDRIOLI C., *Diritto Processuale Civile*, I, 21 Ed., Torino, 2011.
- MANES V., *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino, 2005.
- MANES V., *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, 739.
- MANES V., *La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento (e per il giudice) interno*, in MANES V. - ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2010, 49.
- MANES V., *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.
- MANES V., *Principi costituzionali in materia penale (diritto penale sostanziale)*, in *Giurisprudenza sistematica* (2014), in www.cortecostituzionale.it.
- MANN K., *Punitive Civil Sanctions: The Middleground Between Criminal and Civil Law*, in *The Yale Law Journal*, 1992, 1795.
- MANTOVANI F., *Principio di offensività del reato nella costituzione*, in *Aspetti tendenze del diritto costituzionale. Scritti in onore di Costantino Mortati*, Milano, 1977, 447.
- MANTOVANI F., *Criminalità sommersa e cecità politico-criminale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1999, 1201.
- MANTOVANI F., *Diritto Penale. parte generale*, Padova, 2016.
- MARCHETTI B., *Le garanzie procedurali e processuali delle imprese nella rete europea della concorrenza*, in *Rivista della Regolazione dei mercati*, 2014, I, 29.
- MARGARA S., *Il carcere utile. Il senso di un impegno*, in *Questione Giustizia*, III, 2000, 403.
- MARKS S., *False Contingency*, in *Current Legal Problems*, 2009, I, 1.
- MARINUCCI G. - DOLCINI E., *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012.
- MARONGIU G., *Le sanzioni amministrative tributarie: dall’unità al doppio binario*, in *Rivista di Diritto Tributario*, III, 2004, 373.
- MARRA R., *Sanzione (voce)*, in *Digesto Discipline Privatistiche – Sezione Civile*, XVIII, 1998, 153.
- MASSERA A., *I principi generali dell’azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Diritto Amministrativo*, 2005, IV, 707.
- MATTEI U., *Il modello di Common Law*, Torino, 2014.
- MATTEVI E., *Una giustizia più riparativa. Mediazione e riparazione in materia penale*, Trento, 2017.
- MATTEUCCI N., *Contrattualismo (voce)*, BOBBIO N. - MATTEUCCI N. - PASQUINO G.

- (diretto da) *Dizionario di politica*, Torino 2004, 176.
- MATTEUCCI N., *Costituzionalismo* (voce), in BOBBIO N. - MATTEUCCI N. - PASQUINO G. (diretto da) *Dizionario di politica*, Torino 2004, 207.
- MATTEUCCI N., *Sovranità* (voce), in BOBBIO N. - MATTEUCCI N. - PASQUINO G. (diretto da) *Dizionario di politica*, Torino 2004, 909.
- MAYER H., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1967, 54.
- MAZZACUVA N., *Diritto penale e riforma costituzionale: tutela penale di beni giuridici costituzionali e principio di offensività*, in *Indice Penale*, 1998, 324.
- MAZZACUVA F., *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2013, 1899
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.
- MCKEAN JR. F. G., *De minimis non curat lex*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 1927, 429.
- MELANDER S., *Ultima Ratio in European Criminal Law*, in *European Criminal Law Review*, 2013, I, 45.
- MELANDER S., *Effectiveness in EU Criminal Law and its Effects on the General Part of Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, III, 2014, 274.
- MERUSI F. - PASSARO M., *Autorità indipendenti* (voce), in *Enciclopedia del Diritto*, VI, 2002.
- MIETTINEN S., *Criminal Law and Policy in the European Union*, London-New York, 2013.
- MIETTINEN S., *The Europeanization of Criminal Law. Competence and its Control in the Lisbon Era*, Helsinki, 2015.
- MILETTI M. N., *Beccaria e la fondazione della scienza penale. Origine settecentesca di un equivoco*, in *Criminalia* 2013/2014, 179.
- MINKKINEN P., *‘If Taken in Earnest’: Criminal Law Doctrine and the Last Resort*, in *The Howard Journal*, 2006, V, 521.
- MITSOLEGAS V., *From Overcriminalisation to Decriminalisation The Many Faces of Effectiveness in European Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, III, 416.
- MOCCIA S., *Pena e colpevolezza nel pensiero di Claus Roxin*, in *Indice Penale* 1981, 155.
- MOCCIA S., *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992.
- MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, 2000.
- MOCCIA S., *Sul difficile rapporto tra principio di sussidiarietà, diritti fondamentali e politica criminale agli albori della postmodernità*, in ID. (a cura di) *Diritti dell'uomo e sistema penale*,

- Napoli, 2002, 135.
- MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, Libro XII, Cap. II, (trad. BOFFITO SERRA B.), Milano, 1967.
- MOORE M. S., *Placing Blame: A Theory of Criminal Law*, Oxford, 1997.
- MOSCONI G., *Crisi del diritto e critica della devianza*, in *Dei Delitti e delle Pene*, 1985, III, 269.
- MURPHY J. G. –HAMPTON J. E., *Forgiveness and Mercy*, Cambridge 1988.
- NAGIN D. N., *Criminal Deterrence Research at the Outset of the Twenty-First Century*, in AA. VV. *Crime and Justice*, XXIII, Chicago, 1998, 1.
- NAGIN D. N. - CULLEN F. T. – JONSON C. L., *Imprisonment and reoffending*, in AA. VV., *Crime and Justice*, XXXVIII, Chicago, 2009, 115.
- NASCIMBENE L. – BARDANZELLU A., *Linee Guida dell'Agcm sui criteri di quantificazione delle sanzioni antitrust. Buona la prima (o quasi)*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2015, III, 485.
- NAUCKE W., *Die Modernisierung des Strafrechts durch Beccaria*, in DEIMLING G. (a cura di) *Cesare Beccaria: die Anfänge moderner Strafrechtspflege in Europa.*, Hiedelberg, 1989, 37.
- NAUCKE W., *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1982, III, 525.
- NEMEROF SWKY J., *What is a "Trifle" Anyway?*, in *Gonzaga Law Review*, 2001, II, 315.
- NEPPI MODONA G., *L'utile sociale nella concezione penalistica di Cesare Beccaria*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1989, 477.
- NERVI A., *Danni punitivi e controllo sulla circolazione della ricchezza*, in *Responsabilità Civile e Previdenza*, 2016, I, 323.
- NEUMANN U., [intervento senza titolo], in STORTONI L. - FOFFANI L. (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, Milano, 2004, 300.
- NIGGLI M.A., *Ultima Ratio? Über Rechtsgüter und das Verhältnis von Straf- und Zivilrecht bezüglich der sogenannten "subsidiären oder sekundären Natur" des Strafrechts*, in *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 1993, 236.
- NUVOLONE P., *Depenalizzazione apparente e norme sostanziali*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1968, 63.
- NUVOLONE P., *Le principe de la légalité et les principes de la défense sociale*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 1956, II, 231.
- OLZEN D. – KERFACK R., *Zur gerichtlichen Durchsetzung von Minimalforderungen*, in *Juristische Rundschau*, 1991, IV, 133.
- ORECCHIO A., *Il sindacato di merito sulle sanzioni delle autorità amministrative indipendenti*.

- Il caso dell'antitrust*, in *Federalismi*, 2016, II, 2.
- OSS G., *La realtà applicativa delle sanzioni penali in Italia ed in Germania, tra tensioni rieducative ed istanze europee di armonizzazione. La pena detentiva*, Trento (tesi di dottorato), 2016.
- OTTO H., *Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit als eigenständige Deliktskategorien?*, in STREE W. (a cura di), *Gedächtnisschriften für Horst Schröder*, München, 1978, 53.
- OUWERKERK J. W., *Criminalisation as a Last Resort: a National Principle Under the Pressure of Europeanisation?*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2012, III-IV, 228.
- PADOVANI T., *La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni*, in *Dei delitti e delle pene*, 1984, I, 114.
- PADOVANI T., *La distribuzione di sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Indice Penale*, 1986, 952.
- PADOVANI T., *La disintegrazione attuale del sistema sanzionatorio e le prospettive di riforma: il problema della comminatoria edittale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, II, 419.
- PAGLIARI G., *Profili teorici della sanzione amministrativa*, Padova, 1988.
- PAGLIARO A., *Lo schema di legge delega per un nuovo codice penale: metodo di lavoro e principi ispiratori*, in *Indice Penale*, 1994, 255.
- PAGLIARO A., *Principi del diritto penale. Parte generale*, VIII, Milano, 2013.
- PALAZZO F., *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Indice Penale*, 1986, 35.
- PALAZZO F., *Principi costituzionali, beni giuridici e scelte di criminalizzazione*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvoletti*, I, Milano, 1991, 369.
- PALAZZO F., *Bene giuridico e tipi di sanzioni*, in *Indice Penale*, 1992, 209.
- PALAZZO F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, 453.
- PALAZZO F., *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1998, 350.
- PALAZZO F., *Intervento conclusivo* in STORTONI L. - FOFFANI L. (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte (Atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000)*, Milano, 2004, 435.
- PALAZZO F., *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture (a proposito della legge n. 67/2014)*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2014, 1693.
- PALAZZO F., *La depenalizzazione nel quadro delle recenti riforme sanzionatorie*, in *Diritto Penale e Processo*, 2016, 285.
- PALIERO C.E., *Il diritto penale-amministrativo: profili comparatistici*, in *Rivista Trimestrale*

di Diritto Pubblico, 1980, 1254.

PALIERO C.E., *La legge 689 del 1981: prima codificazione del diritto penale amministrativo in Italia*, in *Pol. Dir.*, 1983.

PALIERO C.E., *Minima non curat praetor, Ipertrofia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, Padova, 1985.

PALIERO C.E., *“Materia penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” a una svolta radicale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1985, 919.

PALIERO C.E., *Depenalizzazione* (voce), in *Digesto Discipline Penalistiche*, III, Torino, 1989, 425.

PALIERO C.E., *Il principio di effettività nel diritto penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1990, 430.

PALIERO C.E., *Diritto penale e consenso sociale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, 167.

PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa come moderno strumento di lotta alla criminalità economica*, in *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell’Economia*, 1993, 1027.

PALIERO C.E., *Ordnungswidrigkeiten*, in *Dig. disc. pen.*, IX, Torino, 1995, 125.

PALIERO C.E., *La Fabbrica del Golem. Progettualità e metodologia per la “Parte Generale” di un Codice Penale dell’Unione Europea*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000, 466.

PALIERO C.E. - TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.

PAMPANIN V., *Retroattività delle sanzioni amministrative, successione di leggi nel tempo e tutela del destinatario*, in *Diritto Amministrativo*, 2018, I, 141.

PANTALONE P., *Principio di legalità e favor rei nelle sanzioni amministrative*, ALLENA M. - CIMINI S. (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell’economia. Approfondimenti on line*, 2013, 27.

PAONESSA C., *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009.

PATERNOSTER R., *How much do we really know about criminal deterrence?*, in *Journal of Criminal Law & Criminology*, 2010, III, 765.

PAVARINI M., *Il sistema della giustizia penale tra riduzionismo e abolizionismo*, in *Dei e delitti delle pene*, 1985, III, 525.

PAVARINI M., *Il sistema sanzionatorio tra collasso e prospettive di riforma*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2000, I, 160.

PELLEGRINI T., *Danno conseguenza e danno non patrimoniale. Spunti di ricostruzione sistematica*, in *Europa e Diritto Privato*, 2016, II, 455.

PENSABENE LIONTI S., *L’amministrazione di risultati nella giurisprudenza amministrativa*,

- in *Foro Amministrativo TAR*, 2004, III, 907.
- PERA A., *Antitrust italiano: gli anni della fondazione (1990-1994)*, in *Concorrenza e Mercato*, 2011, X, 707.
- PERISTEDOU C., *The principle of legality in european criminal law*, Cambridge, 2015.
- PERILONGO G. - CORN E., *La tutela dell'ambiente nell'Europa del nord: le nuove sanzioni e i procedimenti estintivi dei reati ex legge n. 68/2015 alla prova della comparazione con i paesi scandinavi*, in *Diritto Penale del XXI Secolo*, II, 2016, 46.
- PERILONGO G., *Much ado about something? The PIF Directive Proposal and its impact on the Italian legal system*, in *European Criminal Law Review*, II, 2016, 264.
- PERŠAK N., *Criminalising Harmful Conduct. The Harm Principle, its Limits and Continental Counterparts*, New York, 2007.
- PIANIGIANI O., *Vocabolario Etimologico della Lingua Italiana*, Roma, 1926 (edizione online).
- PICOTTI L. (a cura di), *Alle radici del diritto penale moderno: l'Illuminismo giuridico di Cesare Beccaria di fronte al potere di punire*, Napoli, 2014.
- PIROZZOLI A., *Il potere di influenza delle Autorità delle amministrative indipendenti*, in *Federalismi*, 2017, XXIII, 2.
- PISAPIA G. D., *Presentazione a BECCARIA, Dei delitti e delle pene* Milano, 1973.
- PITCH T., *La devianza*, Firenze, 1975.
- PRITTWITZ C., *Das Strafrecht: Ultima ratio, propria ratio oder schlicht strafrechtliche Prohibition?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2017, II, 390.
- PRIMERANO G.A., *La pregiudizialità civile nel processo amministrativo*, Torino, 2017.
- PROVENZANO P., *La retroattività in mitius delle norme sulle sanzioni amministrative*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2012, V, 877.
- PROVENZANO P., *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 2016, III, 270.
- PULITANÒ D., *Obblighi costituzionali di tutela penale*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1983, 484.
- PULITANÒ D., *Bene giuridico e giurisprudenza costituzionale*, in STILE (a cura di) *Bene giuridico tutelato e riforma della parte speciale*, Napoli, 1985, 131.
- QUAGLIONI D., *La sovranità*, Roma-Bari, 2004.
- QUAGLIONI D., *Dal costituzionalismo medievale al costituzionalismo moderno*, in *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, 2007-2008, 53.
- RADBRUCH G., *Rechtsphilosophie*, Baden-Baden, 1932.
- RAGANELLI B., *Nota a Cons. di Stato, Sez. VI, 26 marzo 2015, nn. 1595 e 1596*, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2015, IV, 512.

- RESTA E., *La dismisura dei sistema penali*, in *Dei e delitti delle pene*, 1985, III, 475.
- RANDAZZO B., *Sanzioni amministrative e garanzie fondamentali: la prima parola della Consulta. L'inversione della "doppia pregiudizialità" alla prova*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2018, III, 368.
- RIONDATO, *Dallo Stato Costituzionale Democratico di Diritto allo Stato di Polizia? Attualità del "Problema penale"*, Padova, 2012.
- RIONDATO S. - ZANCANI S., *Le Autorità amministrative indipendenti nelle reti penali e punitivo-amministrative*, in CAVALERI P. - DALLE VEDOVE G. - DURET P. (a cura di) *Autorità indipendenti e Agenzie. Una ricerca giuridica interdisciplinare*, Padova, 2003, 129.
- ROBINSON P.H. - DARLEY J.M., *Does Criminal Law Deter? A Behavioural Science Investigation*, in *Oxford Journal of Legal Studies*, 2004, II, 173.
- ROMAGNOSI G., *Genesi del Diritto penale (1791)*, in DE GIORGI A. (a cura), *Opere di G.D. Romagnosi*, Milano, 1841, 127.
- ROMANO M., *Secolarizzazione, diritto penale moderno e sistema dei reati*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1981, II, 477.
- ROMANO M., *«Meritevolezza di pena» e «bisogno di pena» e teoria del reato*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1992, I, 39.
- ROMANO M., *Commentario sistematico al Codice penale*, Milano, 2004.
- ROMANO M. - STELLA F., *Teoria e prassi della prevenzione generale dei reati*, Bologna, 1980.
- RONCO M., *Il problema della pena. Alcuni profili relativi allo sviluppo della riflessione sulla pena*, Torino, 1996.
- ROSSI G. - ZANUSO F. (a cura di), *Attualità e storicità del "Dei delitti e delle pene" a 250 anni dalla pubblicazione*, Napoli, 2015
- ROUSSEAU J.-J., *Il contratto sociale* (trad. italiana BERTOLAZZI J.), Milano, 2014.
- ROSS A., *Colpa, responsabilità e pena*, 1972, Milano.
- ROXIN C., *Sinn und Grenzen staatlicher Strafe*, in *Juristische Schulung*, X, 1966, 377
- ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale* (a cura di MOCCIA S.), Napoli, 1986.
- RUDOLPHI H.-J., *Die pflichtgemäße Prüfung als Erfordernis der Rechtfertigung*, in STREE W. (a cura di), *Gedächtnisschriften für Horst Schröder*, München, 1978, 73.
- RUGA RIVA C., *I nuovi coreati, Commento alla legge 22 maggio 2015 n. 68*, Torino, 2015.
- RUSCHE G. - KIRCHHEIMER O., *Pena e struttura sociale*, Bologna, 1976.
- SALMOND J. W., *Jurisprudence or the Theory of the Law*, Londra, 1902.
- SANTANA VEGA D. M., *Diritto penale minimo e obblighi costituzionali taciti di tutela penale*, in *Dei delitti e delle pene*, 2000, 47.

- SANDULLI M.A., *Sanzione. IV) Sanzioni amministrative*, in *Enciclopedia Giuridica*, XXVIII, Roma, 1991.
- SBRICCOLI M., *Storia del diritto penale. Scritti editi ed inediti*, Milano, 2009.
- SCHAUER F., *Il ragionamento giuridico. Una introduzione*, Roma 2016.
- SCHIAFFO F., *Stato d'eccezione, diritti umani e sistema penale: la politica criminale negli "assiomi oscuri" dell'ordinamento costituzionale*, in MOCCIA S. (a cura di), *Diritti dell'uomo e sistema penale*, Napoli, 2002, 147.
- SCHIERA P., *Stato moderno* (voce), in BOBBIO N. - MATTEUCCI N. - PASQUINO G. (diretto da) *Dizionario di politica*, Torino 2004, 957.
- SCHIERA P., *Assolutismo* (voce), in BOBBIO N. - MATTEUCCI N. - PASQUINO G. (diretto da) *Dizionario di politica*, Torino 2004, 45.
- SHAUN N., *Brute Retributivism*, in NADELHOFFER T. A. (a cura di), *The Future of Punishment*, 2011, New York, 25.
- SHAVELL S., *Criminal Law and the Optimal Use of Nonmonetary Sanctions as a Deterrent*, in *Columbia Law Review*, 1985, VI, 1232.
- SHERMAN L. W., *Defiance, deterrence and irrelevances: a theory of criminal sanctions*, *Journal of Research in Crime and Delinquency*, 1993, IV, 445.
- SICILIANO D., *Il potere dell'insetto e l'insetto del potere. Ovvero: la questione democratica in "Dei delitti e delle pene" di Cesare Beccaria*, in *Quaderni Fiorentini*, 2015, XLIV, 929.
- SIRACUSA L., *La legge 22 maggio 2015, n. 68 sugli "ecodelitti": una svolta "quasi" epocale per il diritto penale dell'ambiente*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2015.
- SORDI B., *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia. La prospettiva storica*, in *Diritto Amministrativo*, 2008, I, 1.
- SOTIS C., *Obblighi comunitari e opzione penale. Una dialettica perpetua?*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2002, I, 171.
- SOTIS C., *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007.
- SOTIS C., *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione europea dopo Lisbona*, in *Diritto Penale Contemporaneo – Rivista Trimestrale*, 2012, 114.
- SOTIS C., *La "mossa del cavallo". La gestione dell'incoerenza nel sistema penale europeo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2012, 464.
- SOTIS C., *Le "regole dell'incoerenza". Pluralismo normativo e crisi postmoderna del diritto penale*, Roma, 2012.
- SOWELL R. E., *Deterrence and Morality: Interactions and Casual Connections*, Washington (Tesi di dottorato), 1998.
- SPASIANO M. R., *Il principio di buon andamento: dal metagiuridico alla logica del risultato in senso giuridico*, in *JusPublicum*, 2011.
- SPIRITO U., *Storia del diritto penale italiano da Cesare Beccaria ai giorni nostri*, Firenze,

1974.

SPOTO G., *Risarcimento e sanzione*, in *Europa e Diritto Privato*, 2018, II, 489.

STELLA F., *La teoria del bene giuridico e i c.d. fatti inoffensivi conformi al tipo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1973, I, 3.

STIGLER G. J., *The Optimum Enforcement of Laws*, in BECKER G. S. - LANDES W. M., *Essays in the Economics of Crime and Punishment*, New York - London, 1974, 65.

STORTONI L. - FOFFANI L. (a cura di), *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio di Secolo. L'analisi critica della scuola di Francoforte (Atti del Convegno di Toledo del 13-15 aprile 2000)*, Milano, 2004.

STUCKENBERG C.-F., *Rechtsgüterschutz als Grundvoraussetzung von Strafbarkeit?*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2017, II, 349.

SUOMINEN A., *Effectiveness and Functionality of Substantive EU Criminal Law*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2014, III, 388.

TARELLO G., *Storia della cultura giuridica moderna*, I. *Assolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, 1976.

TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, Napoli, 1925.

TIEDEMANN K., *Die Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität durch den Gesetzgeber*, in *Juristenzeitung*, 1986, 19, 865.

TOMEI R., *La problematica delle sanzioni amministrative nella dottrina del diritto penale amministrativo*, in *Rivista amministrativa della Repubblica italiana*, 2003, 883.

TORCHIA L., *Il diritto antitrust di fronte al giudice amministrativo*, in *Mercato Concorrenza Regole*, 2013, III, 501.

TRAVI A. - PALIERO C.E., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.

TRAVI A., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di "sanzione"*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2010, III, 2308.

TRAVI A., *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Diritto Amministrativo*, IV, 2014, 627.

TRIMARCHI M., *Funzione di regolazione e potere sanzionatorio delle Autorità indipendenti*, in ALLENA M. - CIMINI S. (a cura di), *Il potere sanzionatorio delle Autorità amministrative indipendenti*, in *Il diritto dell'economia. Approfondimenti on line*, 2013, 77.

TUZET G., *Effettività, efficacia, efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, I, 207.

UNGER R., *False necessity. Anti-necessitarian social theory in the service of radical democracy*, London-New York, 2001.

VALE MENDES S.M., *Criminal deterrence policy: theory, politics and practice*, New York, 2001.

VALENTINI F., *Il rapporto tra Diritto penale e Diritto amministrativo in punto di sanzioni*.

- “Ne bis in idem” ed “equo processo” alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo, in *Federalismi*, 2015, 12, 1.
- VALITUTTI D., *Retribuire, prevenire o riparare. Un particolare sviluppo del concetto moderno di pena*, in *Materiali per una Storia della Cultura Giuridica*, 2017, I, 3.
- VAN De KERCHOVE M., “Médicalisation” et “fiscalisation” du droit pénal: deux versions asymétriques de la dépenalisation, in *Déviance et société*, 1981, V, 1.
- VAN DEN HAAG E., *The Criminal Law as a Threat System*, in *The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1982, II, 769.
- VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1961, 297.
- VASSALLI G., *Principi generali del diritto nell’esperienza penalistica*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1991, 699.
- VASSALLI G., *Potestà punitiva* (voce), *Enciclopedia del Diritto*, XXXIV, 1985, 794.
- VEECH M.L. - MOON C.R., *De minimis non curat lex*, in *Michigan Law Review*, 1947, V, 537.
- VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 2007, I, 42.
- VOGIATZIS N., *The Admissibility Criterion under Article 35(3)b ECHR: a “significant disadvantage” to human rights protection?*, in *International and Comparative Law Quarterly*, I, 2016, 185.
- VOGLER T., *Möglichkeiten und Wege einer Entkriminalisierung*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1978, 132.
- VOLK K., *Entkriminalisierung durch Strafwürdigkeitskriterien jenseits des Deliktsaufbaus*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, IV, 871.
- VON BÜLOW F., *Practische Erörterungen aus allen Theilen der Rechtsgelehrsamkeit*, Hahn, 1806 (edizione online).
- VON LISZT F., *La teoria dello scopo nel diritto penale* (trad. di Calvi), Milano, 1962.
- VORMBAUM T., *Storia moderna del diritto penale tedesco. Una introduzione* (trad. it. OSS, PORRO), Padova, 2013.
- WENIN R., FORNASARI G. (a cura di), *Diritto penale e modernità. Le nuove sfide fra terrorismo, sviluppo tecnologico e garanzie fondamentali*, Trento, 2017.
- WELZEL H., *Zur Dogmatik im Strafrecht*, in SCHROEDER F.-C. - ZIPF H. (a cura di), *Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag*, Karlsruhe 1972, 3.
- WILNER A.S., *Detering Rational Fanatics*, Philadelphia, 2015.
- WOLFF E.A., *Das neuere Verständnis von Generalprävention und seine Tauglichkeit für eine Antwort auf Kriminalität*, in *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 1985, IV, 787.

YOON Y.-C., *Strafrecht als ultima ratio und Bestrafung von Unternehmen*, Frankfurt am Main, 2001.

ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, Torino, 1924.

ZIMRING F. E., *The Multiple Middlegrounds Between Civil and Criminal Law*, in *The Yale Law Journal*, 1992, VIII, 1901.

ZIPF H., *Politica criminale* (trad. it. BAZZONI A.), Milano, 1989.

ZIVIZ P., *Il danno non patrimoniale. Evoluzione del sistema risarcitorio*, Milano, 2011.

ZUCCALÀ G., *Sul preteso principio di necessaria offensività del reato*, in *Scritti in memoria di G. Delitala*, Milano, 1984, 168.

RINGRAZIAMENTI

Il primo e più sentito ringraziamento va al prof. Gabriele Fornasari, che ha guidato con saggezza, curiosità e pazienza la mia attività di ricerca in tutti questi anni.

Un grazie speciale ai miei genitori, per essere un esempio quotidiano di integrità e di forza. Tutto quello che di sbagliato ho fatto e certamente ancora farò *is on me*.

Grazie a Tommaso e Silvia, *the adults in the room*, e a Sebastiano, per ricordarci tutti i giorni cosa conta davvero nella vita.

Grazie a Carlo e a Daniela, la mia famiglia genovese.

Un grazie a tutti gli amici – padovani, trentini, friburghesi, milanesi e ginevrini – che mi hanno accompagnato in tutti questi anni; per fortuna, siete troppi per menzionarvi tutti. Un ringraziamento particolare a quelli che hanno reso il 1° settembre 2018 la giornata indimenticabile che è stata.

Grazie ai dottorandi trentini con cui ho condiviso lunghe giornate di studio in Facoltà, e in particolare a Marco e a Juan Pablo, *mi hermano de Chile*.

Grazie a Maria Antonietta, Elena, Orsola, Alessandra, Giovanna, Anna, Enrica, Damiano e a tutti gli altri colleghi che mi hanno mostrato la bellezza e la complessità del mestiere di giudice.

Grazie Bianca, mio guerriero fragile, per tutto quello che mi hai insegnato, perché mi hai insegnato tutto. *Sempre curiosi*.

