

SP

SISTEMA
PENALE

FASCICOLO

10/2021

COMITATO EDITORIALE Giuseppe Amarelli, Roberto Bartoli, Hervé Belluta, Michele Caianiello, Massimo Ceresa-Gastaldo, Adolfo Ceretti, Cristiano Cupelli, Francesco D'Alessandro, Angela Della Bella, Gian Paolo Demuro, Emilio Dolcini, Novella Galantini, Mitja Gialuz, Glauco Giostra, Antonio Gullo, Stefano Manacorda, Vittorio Manes, Luca Masera, Anna Maria Maugeri, Melissa Miedico, Vincenzo Mongillo, Francesco Mucciarelli, Claudia Pecorella, Marco Pelissero, Lucia Risicato, Marco Scoletta, Carlo Sotis, Costantino Visconti

COMITATO SCIENTIFICO (REVISORI) Alberto Alessandri, Silvia Allegranza, Ennio Amodio, Gastone Andreazza, Ercole Aprile, Giuliano Balbi, Marta Bargis, Fabio Basile, Alessandra Bassi, Teresa Bene, Carlo Benussi, Alessandro Bernardi, Marta Bertolino, Rocco Blaiotta, Manfredi Bontempelli, Renato Bricchetti, David Brunelli, Carlo Brusco, Silvia Buzzelli, Alberto Cadoppi, Lucio Camaldo, Stefano Canestrari, Giovanni Canzio, Francesco Caprioli, Matteo Caputo, Fabio Salvatore Cassibba, Donato Castronuovo, Elena Maria Catalano, Mauro Catenacci, Antonio Cavaliere, Francesco Centonze, Federico Consulich, Stefano Corbetta, Roberto Cornelli, Fabrizio D'Arcangelo, Marcello Daniele, Gaetano De Amicis, Cristina De Maglie, Alberto De Vita, Ombretta Di Giovine, Gabriella Di Paolo, Giandomenico Dodaro, Massimo Donini, Salvatore Dovere, Tomaso Emilio Epidendio, Luciano Eusebi, Riccardo Ferrante, Giovanni Fiandaca, Giorgio Fidelbo, Carlo Fiorio, Roberto Flor, Luigi Foffani, Désirée Fondaroli, Gabriele Fornasari, Gabrio Forti, Piero Gaeta, Marco Gambardella, Alberto Gargani, Loredana Garlati, Giovanni Grasso, Giulio Illuminati, Gaetano Insolera, Roberto E. Kistoris, Sergio Lorusso, Ernesto Lupo, Raffaello Magi, Vincenzo Maiello, Grazia Mannozi, Marco Mantovani, Marco Mantovani, Luca Marafioti, Enrico Marzaduri, Maria Novella Masullo, Oliviero Mazza, Claudia Mazzucato, Alessandro Melchionda, Chantal Meloni, Vincenzo Militello, Andrea Montagni, Gaetana Morgante, Lorenzo Natali, Renzo Orlandi, Luigi Orsi, Francesco Palazzo, Carlo Enrico Paliero, Lucia Parlato, Annamaria Peccioli, Chiara Perini, Carlo Piergallini, Paolo Pisa, Luca Pistorelli, Daniele Piva, Oreste Pollicino, Domenico Pulitanò, Serena Quattrocchio, Tommaso Rafaraci, Paolo Renon, Maurizio Romanelli, Gioacchino Romeo, Alessandra Rossi, Carlo Ruga Riva, Francesca Ruggieri, Elisa Scaroina, Laura Scomparin, Nicola Selvaggi, Sergio Seminara, Paola Severino, Rosaria Sicurella, Piero Silvestri, Fabrizio Siracusano, Andrea Francesco Tripodi, Giulio Ubertis, Antonio Vallini, Gianluca Varraso, Vito Velluzzi, Paolo Veneziani, Francesco Viganò, Daniela Vigoni, Francesco Zacchè, Stefano Zirulia

REDAZIONE Francesco Lazzeri (coordinatore), Enrico Andolfatto, Enrico Basile, Silvia Bernardi, Carlo Bray, Pietro Chiaraviglio, Stefano Finocchiaro, Beatrice Fragasso, Alessandra Galluccio, Cecilia Pagella, Tommaso Trinchera, Maria Chiara Ubiali

Sistema penale (SP) è una rivista *online*, aggiornata quotidianamente e fascicolata mensilmente, ad accesso libero, pubblicata dal 18 novembre 2019.

La *Rivista*, realizzata con la collaborazione scientifica dell'Università degli Studi di Milano e dell'Università Bocconi di Milano, è edita da Progetto giustizia penale, associazione senza fine di lucro con sede presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche "C. Beccaria" dell'Università degli Studi di Milano, dove pure hanno sede la direzione e la redazione centrale. Tutte le collaborazioni organizzative ed editoriali sono a titolo gratuito e agli autori non sono imposti costi di elaborazione e pubblicazione.

La *Rivista* si uniforma agli standard internazionali definiti dal *Committee on Publication Ethics* (COPE) e fa proprie le relative linee guida.

I materiali pubblicati su *Sistema Penale* sono oggetto di licenza CC BY-NC-ND 4.00 International. Il lettore può riprodurli e condividerli, in tutto o in parte, con ogni mezzo di comunicazione e segnalazione anche tramite collegamento ipertestuale, con qualsiasi mezzo, supporto e formato, per qualsiasi scopo lecito e non commerciale, conservando l'indicazione del nome dell'autore, del titolo del contributo, della fonte, del logo e del formato grafico originale (salvo le modifiche tecnicamente indispensabili).

Il testo completo della licenza è consultabile su <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>.

Peer review I contributi che la direzione ritiene di destinare alla sezione "Articoli" del fascicolo mensile sono inviati a un revisore, individuato secondo criteri di rotazione tra i membri del Comitato scientifico, composto da esperti esterni alla direzione e al comitato editoriale. La scelta del revisore è effettuata garantendo l'assenza di conflitti di interesse. I contributi sono inviati ai revisori in forma anonima. La direzione, tramite la redazione, comunica all'autore l'esito della valutazione, garantendo l'anonimato dei revisori. Se la valutazione è positiva, il contributo è pubblicato. Se il revisore raccomanda modifiche, il contributo è pubblicato previa revisione dell'autore, in base ai commenti ricevuti, e verifica del loro accoglimento da parte della direzione. Il contributo non è pubblicato se il revisore esprime parere negativo alla pubblicazione. La direzione si riserva la facoltà di pubblicare nella sezione "Altri contributi" una selezione di contributi diversi dagli articoli, non previamente sottoposti alla procedura di *peer review*. Di ciò è data notizia nella prima pagina della relativa sezione.

Di tutte le operazioni compiute nella procedura di *peer review* è conservata idonea documentazione presso la redazione.

Modalità di citazione Per la citazione dei contributi presenti nei fascicoli di *Sistema penale*, si consiglia di utilizzare la forma di seguito esemplificata: N. COGNOME, *Titolo del contributo*, in *Sist. pen.* (o *SP*), 1/2020, p. 5 ss.

LEGALITÀ ED EFFICACIA DETERRENTE DELLE SANZIONI AMMINISTRATIVE. RIFLESSIONI A PARTIRE DA CORTE COSTITUZIONALE N. 5 DEL 2021

La sentenza in commento offre la possibilità di riflettere su due grandi temi del diritto punitivo contemporaneo. Da un lato, gli “adattamenti” del principio di legalità penale al diritto sanzionatorio amministrativo nella cornice della materia penale costituzionale. Dall’altro la ricerca di una dimensione giuridica dell’efficacia, o secondo altra terminologia, dell’effettività, del diritto sanzionatorio amministrativo.

SOMMARIO: 1. La vicenda processuale: note introduttive. – 2. Il duplice statuto del principio di legalità applicabile al diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale nella cornice della materia penale costituzionale. – 2.1. Il diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale. – 2.3. Il nuovo corso delle sentenze Corte cost. n. 134/2019 e n. 5/2021. – 3. L’efficacia deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo. – 3.1. La sentenza n. 5 del 2021 e i limiti del sindacato della Corte sull’efficacia deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale. – 3.2. La struttura del giudizio d’efficacia sostanziale del diritto sanzionatorio amministrativo. – 3.3. Le basi giuridiche del principio d’efficacia sostanziale in relazione al diritto sanzionatorio amministrativo. – 3.4. Per un test costituzionale sull’efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo: un’ipotesi di *cross-fertilization*. – 3.5. Il test d’efficacia della disciplina sanzionatoria amministrativa nel prisma del principio di proporzionalità: risvolti sul piano della legittimità costituzionale. – 4. Conclusioni.

1. La vicenda processuale: note introduttive.

La sentenza in commento¹ è originata da un ricorso in via principale proposto dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri avverso la l. della Regione Veneto 16 luglio 2019, n. 25² recante: «norme per introdurre l’istituto della regolarizzazione degli adempimenti o rimozione degli effetti nell’ambito dei procedimenti di accertamento di violazioni di disposizioni che prevedono sanzioni amministrative».

La parte ricorrente censura l’endo-procedimento, previsto dalla legge regionale, che esclude l’irrogazione delle sanzioni amministrative sotto un duplice profilo: da un lato, la disciplina regionale sarebbe manifestamente irragionevole (*ex art. 3 Cost.*) e contraria al buon andamento dell’azione amministrativa (*ex art. 97, co. 2, Cost.*) perché indebolirebbe l’efficacia deterrente delle sanzioni amministrative applicabili; dall’altro, la disciplina di tale endo-procedimento violerebbe il principio di legalità (viene invocato, l’art. 25, co. 2, Cost.) perché rimetterebbe ad un atto normativo della Giunta regionale la fissazione dei presupposti per il non esercizio del potere sanzionatorio amministrativo. Infine, viene cesurata la non corrispondenza della disciplina regionale con la l. 689/1981

¹ Corte cost., sent. 18 gennaio 2021, Pres. Coraggio, Red. Viganò.

² D’ora in poi: l.r. 25/2019.

recante la disciplina generale nazionale in tema di illeciti amministrativi e sanzioni amministrative.

Le questioni sollevate offrono l'occasione per approfondire due temi al centro del dibattito sul diritto punitivo contemporaneo: da un lato, gli "adattamenti" del principio di legalità penale al diritto sanzionatorio amministrativo nella cornice della materia penale costituzionale³; dall'altro, la ricerca di una dimensione giuridica dell'efficacia, secondo altra terminologia, dell'effettività⁴, del diritto sanzionatorio amministrativo.

In via preliminare la Corte costituzionale dichiara manifestamente inammissibili le questioni di legittimità costituzionale fondate sul contrasto con la l. 689/1981 poiché essa non ha rango costituzionale né contiene norme interposte⁵.

La Corte prende, quindi, in esame i due gruppi di questioni di legittimità costituzionale.

Il primo gruppo di questioni censura l'inefficacia deterrente del regime sanzionatorio regionale apprestato dalla l.r. 25/2019.

Più nel dettaglio, l'art. 1 della legge regionale impugnata vieta l'irrogazione di sanzioni amministrative in materie di competenza esclusiva della Regione laddove non sia consentita la previa «regolarizzazione degli adempimenti o la rimozione degli effetti della violazione da parte del soggetto interessato». Secondo il ricorrente, ciò comporterebbe nella sostanza l'introduzione di una causa di non punibilità subordinata alla regolarizzazione della condotta o alla rimozione degli effetti della violazione da parte del trasgressore. Tale risultato farebbe venire totalmente meno l'efficacia deterrente della sanzione, con conseguente irragionevolezza della disposizione ai sensi dell'art. 3 Cost., nonché contrasto della stessa con il principio del buon andamento della pubblica amministrazione di cui all'art. 97 Cost.

La Corte dichiara infondate tali censure d'incostituzionalità perché il regime previsto dalla legge regionale risulta plausibile (non manifestamente irragionevole) come strumento di tutela efficace dei beni giuridici protetti della norma. Di conseguenza, la questione rientra nell'ambito della discrezionalità del legislatore regionale.

Quest'affermazione è sicuramente coerente con l'approccio tradizionale e prevalente della Corte costituzionale al sindacato sull'efficacia di una disciplina sanzionatoria sospettata di insanabile inefficacia: la Corte, a quanto consta, non ha mai riconosciuto l'illegittimità costituzionale di un dato regime sanzionatorio perché manifestamente inefficace ovvero ineffettivo o ancora del tutto criminogeno⁶. Tuttavia, la Corte conferma la possibilità di utilizzare anche il parametro di costituzionalità del buon andamento per valutare l'efficacia di un dato regime sanzionatorio amministrativo; la pronuncia offre, così, uno spunto, per vero non molto valorizzato

³ F. PALAZZO e F. VIGANÒ, *Diritto penale. Una conversazione*, Il Mulino, 2018, pp. 62-64.

⁴ F. VIGANÒ e F. PALAZZO, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., pp. 161-178.

⁵ N. PIGNATELLI, *Le norme interposte*, in R. ROMBOLI (a cura di), *L'accesso alla giustizia costituzionale: caratteri, limiti, prospettive di un modello*, Ed. Scientifiche italiane, 2006, pp. 299 ss.

⁶ Si è proceduto a ricercare sulla banca dati ufficiale della Corte costituzionale (cortecostituzionale.it) i seguenti termini all'interno del "diritto" sia delle sentenze che delle ordinanze: pen*, reat*, sanzion* amministrativ*, illecit* amministrativ*, efficac*, inefficac*, effettiv*, ineffettiv*, criminogen* e "efficacia deterrente". Sono stati, quindi, controllati i risultati relativi alle sentenze di accoglimento.

nell'economia della pronuncia, per un approccio maggiormente analitico al tema dell'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo, oltre il mero controllo di non manifesta irragionevolezza.

Porta, invece, ad una declaratoria di incostituzionalità il secondo gruppo di questioni d'illegittimità costituzionale riguardanti il rispetto del principio di legalità applicabile agli illeciti e alle sanzioni di tipo amministrativo.

L'art. 1 della l.r. 25/2019 impugnata rinvia, infatti, a successivi provvedimenti della Giunta regionale la definizione della «tipologia della violazione» e degli «adempimenti che la regolarizzazione o la rimozione degli effetti della violazione comportano», nonché l'individuazione delle «fattispecie per le quali non è possibile ricorrere alla regolarizzazione degli adempimenti o rimozione degli effetti, attesa la non sanabilità ad opera dell'autore o dell'obbligato in solido degli effetti dell'azione od omissione costituente la violazione sanzionata in via amministrativa».

Questa disciplina, a parere del ricorrente, risulterebbe incompatibile con il principio di legalità di cui all'art. 25 Cost., così come interpretato dalla giurisprudenza della Corte costituzionale perché il legislatore regionale non avrebbe potuto «concedere alla Giunta una così ampia discrezionalità nel disciplinare il procedimento irrogativo delle sanzioni amministrative e addirittura nell'individuare i casi in cui può essere esclusa – mediante il meccanismo della diffida al ripristino – la irrogazione stessa della sanzione».

La Corte accoglie questo gruppo di censure ritenendo violato non l'art. 25 Cost. quanto l'art. 23 Cost. che disciplina la riserva di legge applicabile agli illeciti e alle sanzioni di tipo amministrativo. Confermando la sentenza n. 134 del 2019⁷, la Corte pare aver inaugurato un condivisibile orientamento che distingue, in seno al principio di legalità applicabile alle sanzioni amministrative punitive, fra legalità-prevedibilità o legalità sostanziale, disciplinata dall'art. 25 Cost., e legalità-riserva di legge che, invece, trova la propria disciplina nell'art. 23 Cost.

2. Il duplice statuto del principio di legalità applicabile al diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale nella cornice della materia penale costituzionale.

Mutando l'ordine delle questioni trattate nella sentenza, pare preferibile avviare la riflessione a partire dal tema della legalità. Ogni questione giuridica in tema di illeciti e conseguenti pene, compresa quella dell'efficacia deterrente, ha, infatti, come presupposto imprescindibile la definizione dell'ambito d'applicazione e dei contenuti del principio di legalità.

Questo paragrafo riflette su quali siano i fondamenti giuridici, le conseguenze pratiche e le possibili antinomie dell'innovativa tesi, sostenuta dalla Corte costituzionale

⁷ A commento cfr. A. CONTIERI, *Principio di legalità e sanzioni amministrative: la Corte conferma la propria giurisprudenza a proposito di una legge della regione Abruzzo in materia di pesca*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2019, 3, pp. 1661 ss., e *Nota a Corte cost. sent. 134/2019*, in *Il Foro it.*, 2019, 7-8, parte I, coll. 2219 ss.

con le sentenze n. 134 del 2019 e n. 5 del 2021, che pare individuare per la legalità delle sanzioni amministrative punitive un duplice statuto costituzionale⁸.

È opportuno, tuttavia, far precedere tali considerazioni da due precisazioni preliminari.

2.1. Il diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale.

Ai fini dell'individuazione della disciplina costituzionale del principio di legalità applicabile in materia degli illeciti e delle sanzioni di tipo amministrativo, occorre distinguere fra legalità sostanziale, legalità procedimentale e legalità processuale⁹. Questa distinzione non è artificiosa poiché è la conseguenza della diversa disciplina che la Costituzione prevede per il principio di legalità applicabile al diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale, procedimentale e processuale¹⁰.

Nella sentenza n. 5 del 2021 la Corte costituzionale si occupa di legalità sostanziale in quanto sono oggetto di censura di legittimità costituzionale norme riconducibili alla categoria delle cause di non punibilità¹¹ in cui rientrano quelle valutazioni legislative che, per i motivi di politica sanzionatoria, escludono la punibilità di un illecito altrimenti integrato nei suoi elementi costitutivi¹². Il diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale, più in generale, ha ad oggetto, similmente a quanto accade nel diritto penale, l'illecito amministrativo, con tutti i suoi elementi costitutivi, la tipologia e il *quantum* della sanzione amministrativa e gli istituti che escludono il reato o la pena.

Il diritto sanzionatorio amministrativo procedimentale è invece costituito dagli istituti del procedimento sanzionatorio amministrativo, strumentali all'applicazione del diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale. La legalità procedimentale risponde essenzialmente agli artt. 23 e 97 Cost. e lascia un più ampio spazio all'autonomia

⁸ F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. di dir. e proc. pen.*, 2020, 4, p. 1818. In precedenza, sulla legalità a geometria variabile all'interno della nozione costituzionale di materia penale cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Giappichelli, 2018, pp. 241-244 e F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Giappichelli, 2017, pp. 264-274.

⁹ F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., 277-283 e C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, 1988, pp. 135-146.

¹⁰ Il diritto penale conosce assai meglio del diritto sanzionatorio amministrativo questa distinzione fra penale sostanziale e penale processuale. Anche nel diritto penale, tuttavia, tale distinzione non è scevra da tensioni: il tema più dibattuto è quello della retroattività del diritto penale processuale. Sul punto cfr. G. TRINTI, [Principio del tempus regit actum nel processo penale ed incidenza sulle garanzie dell'imputato. Possibili prospettive di mitigazione](#), in *Dir. pen. cont.*, 14 settembre 2017.

¹¹ Esplicitamente la Corte qualifica come causa di non punibilità (punto 3 del diritto) e come esimente (punto 5.1. del Considerato in diritto) l'endo-procedimento previsto dalla normativa regionale oggetto di sindacato di legittimità costituzionale.

¹² Sulla nozione di punibilità, recentemente: G. COCCO, [La difesa della punibilità quale elemento autonomo del reato](#), in *Dir. pen. cont.*, 26 marzo 2014.

normativa dell'amministrazione rispetto alla legalità sostanziale¹³ con l'osservanza, tuttavia, delle garanzie "processuali" connesse alla nozione di materia penale sia a livello costituzionale che sovranazionale¹⁴.

Infine, il diritto sanzionatorio amministrativo processuale che regola il processo d'opposizione all'ordinanza-ingiunzione rientra nell'ambito del giusto processo regolato dalla legge *ex art.* 111 Cost.¹⁵

Tenere presenti queste distinzioni è importante non solo per individuare correttamente i contenuti e i limiti del principio di legalità sostanziale che in questa sede si vuole approfondire ma anche per affrontare il seguente tema dell'efficacia deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo.

2.2. Il "carattere punitivo" dell'illecito e della sanzione di tipo amministrativo e l'applicazione delle garanzie penalistiche.

L'altra precisazione preliminare riguarda il rapporto fra diritto sanzionatorio amministrativo e la nozione costituzionale di materia penale¹⁶.

Perché la nozione costituzionale di materia penale risulti integrata occorre accertare, in concreto, il "carattere punitivo" dell'illecito e della sanzione ad esso connessa.

Con un metodo sostanzialista in parte analogo a quello dei criteri *Engel*, promosso dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, la giurisprudenza della Corte costituzionale richiede all'interprete di verificare *a)* se la legge qualifichi formalmente la misura afflittiva come pena, *b)* che la misura afflittiva non abbia funzione preventiva e cioè di neutralizzazione o controllo di una situazione pericolosa anche non conseguente alla commissione di un illecito e *c)* che la misura afflittiva non abbia funzione ripristinatoria o risarcitoria e cioè di ripristino della situazione anteriore al verificarsi del danno con conseguente spostamento del costo del danno da chi l'ha subito a chi l'ha cagionato¹⁷.

Di conseguenza, si ricade nell'area della materia penale quando la misura limitativa dei diritti e delle libertà della persona consegue necessariamente ad un illecito, infligge all'autore di quest'ultimo una conseguenza sfavorevole ulteriore e distinta rispetto all'obbligo risarcitorio o ripristinatorio e tutela solo indirettamente il bene giuridico protetto.

¹³ C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., pp. 141-146.

¹⁴ F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 1806-1809. Oggi il novero delle garanzie "processuali" da estendere al diritto sanzionatorio amministrativo procedimentale comprende anche il diritto al silenzio: Corte cost. n. 84/2021.

¹⁵ S. CHIARLONI, voce *Giusto processo (dir. proc. civ.)*, in *Enc. dir.*, Ann. II-1, 2008, pp. 410-411.

¹⁶ La dottrina ha dato una sistemazione ormai solida a questo tema: F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 4, pp. 1780 ss. e 1814 ss., L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., p. 193 e F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., pp. 7 ss.

¹⁷ F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 1790-1791.

Applicando questi criteri, è chiaro che gli illeciti amministrativi assistiti da sanzione amministrativa pecuniaria disciplinati dalla l. 689/1981 hanno sempre “carattere punitivo” in quanto la sanzione amministrativa pecuniaria è una misura afflittiva che “consegue necessariamente ad un illecito, infligge all’autore di quest’ultimo una conseguenza sfavorevole ulteriore e distinta rispetto all’obbligo risarcitorio o ripristinatorio e tutela solo indirettamente il bene giuridico protetto. Di fatti, secondo l’orientamento largamente maggioritario, la sanzione amministrativa pecuniaria, formalizzata dalla l. 689/1981, è sempre una pena in senso tecnico¹⁸.

Più complesso è il caso dell’illecito assistito da sanzioni amministrative non pecuniarie¹⁹ giacché, in mancanza di una disciplina generale di riferimento, dovrà escludersi in concreto che la sanzione abbia una funzione preventiva o ripristinatoria/risarcitoria.

Un analogo ragionamento di matrice sostanzialista sarà poi egualmente percorso per accertare sia se la misura afflittiva rientri nella materia penale convenzionale secondo i criteri *Engel*, con la conseguente applicazione delle garanzie penalistiche convenzionali, sia se, vertendosi in una materia regolata dal diritto eurounitario, la misura afflittiva rientri nella materia penale unionale con la conseguente applicazione delle garanzie previste dalla Carta dei diritti e delle libertà fondamentali dell’Unione europea. Con la precisazione che sia le garanzie penalistiche convenzionali che quelle unionali costituiscono norme interposte ai sensi dell’art. 117, co. 1, Cost. e rappresentano, dunque, parametro interposto di legittimità costituzionale.

Con riferimento all’estensione delle garanzie penalistiche tradizionali agli illeciti e alle sanzioni di tipo amministrativo la questione più attuale è se sia necessario estendere agli illeciti amministrativi punitivi tutte le garanzie penalistiche previste dalle fonti sovraprimarie succitate oppure se sia possibile applicare tali garanzie in maniera più flessibile estendendo agli illeciti amministrativi punitivi solo quei principi che rappresentano il nucleo fondamentale della garanzia penalistica²⁰.

La sentenza in commento che fa un’applicazione “modulata” delle garanzie penalistiche sembra andare in questa seconda direzione perché non estende alle sanzioni amministrative nella sua interezza la riserva tendenzialmente assoluta di legge statale tipicamente penalistica di cui all’art. 25, co. 2, Cost.

In proposito, v’è da dire che la Carta costituzionale in un certo senso impone questa soluzione a geometria variabile nell’applicazione delle garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative perché la Costituzione non si occupa solamente delle garanzie

¹⁸ Già questa era l’idea dell’autore che per primo teorizzò in Italia il concetto di illecito e sanzione di tipo amministrativo: G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, F.lli Bocca ed., 1924, p. 10 ss. Conforme la dottrina successiva: P. CERBO, *Le sanzioni amministrative*, Giuffrè, 1999, pp. 3-10; C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., pp. 1-6; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Jovene, 1983, pp. 1-14.

¹⁹ M.A. SANDULLI e A. LEONI, [Sanzioni non pecuniarie della p.a.](#), in *Libro dell’anno del Diritto 2015*, Treccani online.

²⁰ F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 1814 ss.; L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., pp. 226-235 e F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., pp. 56, 73 e 284-285.

della persona collegate alla nozione costituzionale di materia penale ma disciplina il diritto sanzionatorio amministrativo anche sotto altri profili. Si pensi alla disciplina in tema di riparto di competenze legislative fra Stato e Regioni ricavata dalla Corte costituzionale in via interpretativa dall'art. 117 Cost.²¹ oppure alla disciplina in tema di imparzialità e buon andamento, applicabile anche all'attività sanzionatoria amministrativa²².

L'interprete è, dunque, chiamato a "conciliare" questi diversi regimi costituzionali che regolano il medesimo oggetto: il diritto sanzionatorio amministrativo. In questo senso, l'estensione delle garanzie penalistiche costituzionali può anche divergere da quella operata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali²³.

Il limite a questa operazione di "conciliazione" fra diverse discipline costituzionali del diritto sanzionatorio amministrativo è costituito dal rispetto del "nucleo duro"²⁴ delle garanzie connesse alla materia penale costituzionale. Ma ciò che costituisce tale "nucleo duro" con riferimento alla materia in esame è questione ancora in via d'evoluzione giurisprudenziale²⁵.

La sentenza in commento dichiaratamente si occupa di diritto sanzionatorio amministrativo a carattere punitivo, dunque si ricade nell'ambito d'applicazione della materia penale costituzionale.

2.3. Il nuovo corso delle sentenze Corte cost. n. 134/2019 e n. 5/2021.

La sentenza n. 134 del 2019²⁶, in linea con un orientamento dottrinale²⁷ innovativo, profila una distinzione fra principio di legalità-prevedibilità e legalità-riserva di legge in relazione al diritto sanzionatorio amministrativo punitivo²⁸.

Il primo, trova fondamento costituzionale nell'art. 25, co. 2, Cost. ed è inteso, da una parte, ad evitare, in virtù del corollario della determinatezza, che l'autorità amministrativa o il giudice assumano un ruolo creativo individuando, al posto del

²¹ Il *seminal case* è: Corte cost. n. 28/1996.

²² C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., pp. 135 ss.

²³ Cfr. Corte cost. 264/2012, n. 264, punti 4 e 5 del considerato in diritto, in cui la Corte sottolinea ripetutamente che la tutela dei diritti fondamentali deve essere «sistemica e non frazionata» in una serie di norme in potenziale conflitto. Nello stesso senso anche Corte Cost. nn. 85/2013, 191/2014 e 49/2015.

²⁴ O. SCARCELLO, *Preserving the 'Essence' of Fundamental Rights under Article 52(1) of the Charter: A Sisyphean Task?*, in *EU Const. Law*, 2020, 16, pp. 649-651.

²⁵ F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 1814 ss.

²⁶ Corte cost. n. 134/2019, punti 3.1. e 3.2. del diritto.

²⁷ F. VIGANÒ, [Recensione a F. Mazzacova, Le pene nascoste, Giappichelli, Torino 2017 e L. Masera, La nozione costituzionale di materia penale, Giappichelli, Torino 2018](#), 8 ottobre 2018.

²⁸ La distinzione fra le diverse anime del principio di legalità è patrimonio comune a partire dalla manualistica: T. PADOVANI, *Diritto penale*, Giuffrè, 2019, pp. 23-24 e G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Giuffrè, 2018, pp. 44-45. Anche il diritto amministrativo conosce una distinzione analoga fra legalità c.d. sostanziale e legalità-riserva di legge cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, il Mulino, 2019, pp. 70 ss.

legislatore, il confine fra lecito e illecito. Dall'altra, a garantire la libertà di autodeterminazione della persona «permettendo al destinatario della norma penale di apprezzare *a priori* le conseguenze giuridico-penali della propria condotta»²⁹.

Il principio di legalità-riserva di legge, invece, svolge, in materia punitiva, la funzione di limitare l'intervento di fonti di rango secondario affinché le scelte sul "se" e sul "come" punire siano il prodotto di un confronto fra maggioranza e minoranza all'interno dell'organo maggiormente rappresentativo dei cittadini³⁰.

Tale distinzione è confermata e riproposta nella sentenza n. 5 del 2021.

La distinzione, interna al principio di legalità, fra legalità-prevedibilità e legalità-riserva di legge, trova, dunque, un rinnovato campo d'applicazione nel diritto sanzionatorio amministrativo punitivo e viene utilizzata dalla Corte costituzionale per "adattare" le garanzie penalistiche tradizionali all'autonoma tecnica di controllo sociale rappresentata dal diritto sanzionatorio amministrativo.

La Corte costituzionale, dunque, afferma che il principio di legalità ex art. 25, co. 2, Cost. si applica anche al diritto sanzionatorio amministrativo a carattere punitivo³¹ al fine di garantire la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli. Ciò porta con sé l'applicazione dei corollari minimi della legalità penale: principio d'irretroattività dell'illecito e della pena³², principi di tipicità e di determinatezza³³ e divieto d'analogia *in malam partem*³⁴.

Si segnala che la sentenza in commento prende posizione a favore della tesi secondo cui il principio di legalità inteso quale limite alla discrezionalità del soggetto si applichi anche alle cause di esclusione del reato e della pena³⁵ al fine, anche qui, di impedire l'arbitrio di chi deve punire.

In conclusione, anche rispetto al diritto sanzionatorio amministrativo punitivo – di fonte statale o regionale –, afferma la Corte costituzionale, «si pone un'esigenza di predeterminazione legislativa dei presupposti dell'esercizio del potere sanzionatorio, con riferimento sia alla configurazione della norma di condotta la cui inosservanza è soggetta a sanzione, sia alla tipologia e al *quantum* della sanzione stessa, sia – ancora – alla struttura di eventuali cause esimenti. E ciò per ragioni analoghe a quelle sottese al principio di legalità che vige per il diritto penale in senso stretto, trattandosi, pure in questo caso, di assicurare al consociato tutela contro possibili abusi da parte della pubblica autorità (sentenza n. 32 del 2020, punto 4.3.1. del Considerato in diritto): abusi

²⁹ Corte cost. n. 134/2019, punti 3.1. e 3.2 del diritto e F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1993, par. 8, consultabile in banca dati *Leggi d'Italia*.

³⁰ F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1993, par. 6, consultabile in Banca dati *Leggi d'Italia*.

³¹ F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., 4, pp. 1791-1794.

³² Corte cost. nn. 196/2010, 104/2014, 68/2017 e 223/2018.

³³ Corte cost. n. 134/2019 punto 3.2. del diritto e Corte cost. n. 121/2018, punti 15.3. e 15.4. del diritto.

³⁴ M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, cit., p. 76.

³⁵ Se (ed eventualmente quali) esimenti rientrano nell'ambito di applicazione del principio di legalità penale è in realtà questione dibattuta: F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1993, par. 3, consultabile in banca dati *Leggi d'Italia*.

che possono radicarsi tanto nell'arbitrario esercizio del potere sanzionatorio, quanto nel suo arbitrario non esercizio»³⁶.

La conclusione è perfettamente coerente con quella proposta nella sentenza n. 134 del 2019 secondo cui: «anche le leggi regionali che stabiliscono sanzioni amministrative debbono garantire ai propri destinatari [...] la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie: requisiti questi ultimi che condizionano la legittimità costituzionale di tali leggi regionali, al cospetto del diverso principio di determinatezza delle norme sanzionatorie aventi carattere punitivo-afflittivo, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost.»³⁷

Venendo, adesso, al principio di legalità-riserva di legge applicabile alle sanzioni amministrative, anche sostanzialmente punitive, esso trova la propria disciplina nell'art. 23 Cost. La disposizione prevede una riserva relativa di legge non necessariamente statale. L'art. 25, co. 2, Cost., invece, contempla una riserva di legge tendenzialmente assoluta e necessariamente statale.

Il ricorso all'art. 23 Cost. consente di ritenere costituzionalmente legittimi quegli atti normativi regionali o dell'Unione europea che, nell'ambito delle rispettive competenze, introducono direttamente illeciti e sanzioni di tipo amministrativo.

A questo punto, l'interrogativo che si pone è se la riserva relativa ex art. 23 Cost. lasci alle fonti secondarie (*in primis* ai regolamenti)³⁸ un maggior spazio nella definizione del precetto (o della pena) rispetto alla riserva tendenzialmente assoluta ex art. 25, co. 2, Cost.³⁹

La risposta della Corte è nel senso di interpretare in maniera rigorosa la riserva relativa di legge ex art. 23 Cost. di modo che sul piano contenutistico tende a sfumare la distinzione con la riserva di legge tendenzialmente assoluta di cui all'art. 25, co. 2, Cost.

Anche con riferimento al diritto sanzionatorio amministrativo a carattere punitivo, infatti, s'impone un'interpretazione rigorosa della riserva di legge per assicurare il rispetto dei principi di democraticità e trasparenza nella definizione delle politiche sanzionatorie e la conoscibilità del precetto e della sanzione⁴⁰. In quest'ottica, un atto amministrativo generale della giunta regionale non è idoneo ad assicurare il rispetto di tali principi in quanto adottato dall'organo di governo senza il necessario confronto con le minoranze che si può avere all'interno dell'assemblea legislativa sia essa statale o regionale⁴¹.

Ciò precisato, la Corte afferma, anche per il diritto sanzionatorio amministrativo, il divieto di norme punitive in bianco, richiamandosi alla nota sentenza n. 115 del 2011

³⁶ Corte cost. n. 5/2021, punto 5.1. del diritto, cit.

³⁷ Corte cost. n. 134/2019 punto 3.2. del diritto, cit.

³⁸ Per un'individuazione delle fonti secondarie: G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale*, Cedam, 2017, pp. 269 ss.

³⁹ F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 1818 e C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., p. 140.

⁴⁰ Si pone il problema della scusabilità dell'ignoranza del precetto amministrativo F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., pp. 274-277.

⁴¹ Corte cost. n. 5/2021, punto 5.1. del diritto, cit.

in tema di ordinanze contingibili e urgenti (cfr. punto 5.1. del considerato in diritto). È, infatti, necessario che la legge determini, anche in maniera non dettagliata, i contenuti e i modi dell'azione amministrativa limitativa della sfera generale di libertà dei cittadini: «tale principio implica dunque che – laddove la legge rinvii a un successivo provvedimento amministrativo generale o ad un regolamento – sia comunque la legge stessa a definire i criteri direttivi destinati a orientare la discrezionalità dell'amministrazione (sentenza n. 174 del 2017; in senso analogo, sentenze n. 83 del 2015 e n. 435 del 2001)»⁴².

Pur essendo chiara la direzione che intende indicare, la Corte costituzionale non offre conclusioni precise in tema di rapporto fra fonti secondarie e integrazione del precetto, della sanzione amministrativa e delle cause di esclusione dell'illecito e della sanzione amministrativa. In questa sede, conviene allora cercare di analizzare partitamente il ruolo integrativo delle fonti secondarie rispetto al precetto, alla pena e alle cause di esclusione dell'illecito e della pena.

Quanto al precetto, per il diritto sanzionatorio amministrativo sembrano maggiori gli spazi di integrazione rispetto a quanto accade nel diritto penale⁴³ ma non tali da consentire ampio spazio alla normazione regolamentare «richiedendo che il legislatore fissi con sufficiente determinatezza i poteri e i criteri per l'esercizio delle potestà regolamentare da parte dell'autorità amministrativa cui è rimessa la definizione della previsione sanzionatoria»⁴⁴.

Tenuto conto di quanto affermato nella sentenza in commento al punto 5.1. del considerato in diritto, si può unicamente ammettere che la fonte secondaria specifichi un elemento del precetto già individuato nel suo disvalore dalla fonte primaria. Ci si può chiedere, poi, se quest'integrazione debba avere solo carattere di specificazione tecnica (come avviene nel diritto penale) oppure se la specificazione possa riguardare anche contenuti non strettamente tecnici⁴⁵. Valorizzando il carattere comunque relativo della riserva di legge di cui all'art. 23 Cost, si può sostenere che la specificazione del precetto possa riguardare anche elementi non strettamente tecnici. Si pensi, ad esempio, alla precisa identificazione, mediante regolamento, dei procedimenti amministrativi autorizzatori cui si applica un illecito amministrativo il cui precetto fa riferimento alla generale categoria dei procedimenti autorizzatori. In questo modo, da una parte, la scelta su che cosa è meritevole di pena rimane oggetto di confronto nell'organo rappresentativo dei cittadini e costituisce un vincolo insuperabile per l'amministrazione. D'altra parte, si consente all'amministrazione d'integrare il precetto mediante fonti secondarie anche rispetto ad elementi non strettamente tecnici per garantire la certezza, l'effettiva capacità selettiva del precetto e il suo coordinamento con le funzioni d'amministrazione attiva. Risulta, quindi, ragionevole che l'amministrazione possa meglio coordinare le funzioni d'amministrazione attiva con l'attività sanzionatoria

⁴² Corte cost. n. 5/2021, punto 5.1. del diritto, cit.

⁴³ F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., p. 1818.

⁴⁴ C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., p. 140.

⁴⁵ Certamente la sentenza n. 134 del 2019 ammette l'integrazione di tipo tecnico costituita dalla "carta ittica regionale" che identifica nello spazio e nel tempo le specie pescabili.

mediante un'integrazione del precetto non limitata ad elementi esclusivamente tecnici. Questa conclusione è rafforzata dalla necessità di apprezzare la fattispecie dell'illecito amministrativo anche alla luce dell'art. 97, co. 2, Cost., in particolare con riferimento al principio di buon andamento.

Con riguardo al precetto, dunque, la riserva relativa di legge ex art. 23 Cost. rappresenta un *quam minus*⁴⁶ rispetto alla riserva di legge tendenzialmente assoluta ex art. 25, co. 2, Cost. perché consente un'integrazione del precetto non esclusivamente tecnica (la stessa Corte costituzionale richiama la sentenza 115 del 2011 sulle ordinanze contingibili e urgenti). Rappresenta, tuttavia, un *quam pluris* rispetto al principio di legalità-riserva di legge applicabile alle altre misure amministrative ablatorie in quanto condizionato dalla materia penale costituzionale e, quindi, dalla necessità di soddisfare, sul piano sostanziale, le esigenze di determinatezza sottese all'art. 25, co. 2, Cost.

Per quanto riguarda, invece, la sanzione amministrativa, pare preferibile, ragionando in analogia col diritto penale, ritenere che la sanzione debba essere integralmente definita dalla fonte primaria senza spazio alcuno d'integrazione: la Corte costituzionale ha puntualmente confermato questa lettura⁴⁷. Questo per garantire che la scelta sulla sanzione amministrativa, e più precisamente la scelta sulla tipologia e sul *quantum* della sanzione minacciata, sia oggetto di confronto all'interno dell'organo maggiormente rappresentativo dei cittadini.

Discorso diverso deve farsi, invece, per i criteri di commisurazione della sanzione amministrativa graduabile fra un minimo ed un massimo: tali criteri non rientrano nella legalità sostanziale ma nella legalità procedimentale⁴⁸. Pare coerente con la riserva di legge prevista dagli artt. 23 e 97 Cost., che si applica al diritto sanzionatorio amministrativo procedimentale, ritenere che l'amministrazione, mediante fonti di rango secondario, possa non solo specificare i criteri previsti per legge (si pensi, ad esempio, all'art. 11 della l. 689/1981) ma anche individuarne di nuovi, senza ovviamente porsi in contrasto con quelli indicati dalla fonte di rango primario⁴⁹.

Venendo, infine, alla categoria delle cause di esclusione dell'illecito e della pena, la Corte costituzionale con la sentenza in commento afferma che esse debbano essere previste dalla fonte primaria (punto 5.2. del considerato in diritto).

Più nel dettaglio, la Corte osserva: «tale disciplina [quella introdotta dalla legge regionale] – lungi dal limitarsi ad affidare all'autorità amministrativa un ruolo “meramente compilatorio”, come sostenuto dalla difesa regionale, e lungi dal riservare alla stessa semplici specificazioni di carattere tecnico del precetto, come nel caso deciso da questa Corte con la sentenza n. 134 del 2019– omette infatti radicalmente di definire

⁴⁶ Questa pare essere la conclusione leggendo le sentenze n. 134/2019 e n. 5/2021.

⁴⁷ Corte cost. n. 121/2018, punto 15.4. del diritto, cit.

⁴⁸ Si è ragionato in analogia col diritto processuale penale: E. DOLCINI, voce *Potere discrezionale del giudice (dir. proc. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1985, vol. XXXIV, par. 5, consultabile sulla banca dati *De Jure*.

⁴⁹ Si pensi alla Delibera AGCM 22 ottobre 2014, n.25152, recante *linee guida per la commisurazione delle sanzioni pecuniarie* e consultabile in *agcm.it*. In dottrina v. P. LAZZARA, *Funzione antitrust e potestà sanzionatoria. Alla ricerca di un modello nel diritto dell'economia*, in *Dir. amm.*, 2015, n. 4, pp. 767 ss., e L. NASCIBENE e A. BARDANZELLU, *Linee Guida dell'Agcm sui criteri di quantificazione delle sanzioni antitrust: buona la prima (o quasi)*, in *Mercato concorrenza regole*, 2015, 3, pp. 485 ss.

il preciso ambito di applicazione dell'istituto, ivi compresi i casi in cui la sanabilità della violazione è da escludere; né indica il termine entro il quale il trasgressore è ammesso a "regolarizzare gli adempimenti" o a "rimuovere gli effetti" della violazione, nonché – non da ultimo – le conseguenze delle medesime condotte, dal momento che la legge regionale non precisa in alcun luogo se la conseguenza della regolarizzazione o rimozione degli effetti sia effettivamente il venir meno di qualsiasi sanzione, ovvero una mera riduzione di quella originariamente prevista».

La conclusione, del tutto condivisibile e meritevole di essere segnalata, è che le cause che escludono l'illecito o la sanzione amministrativa debbano essere anch'esse previste per legge sia per garantire il rispetto del principio di democrazia e trasparenza nelle scelte di politica punitiva sia per garantire, attraverso la determinatezza di tali cause, l'imparzialità dell'agire amministrativo in materia punitiva.

La Corte non ricorre all'argomento gerarchico⁵⁰ ma sicuramente anch'esso può essere portato a supporto della tesi da essa sostenuta: la scelta sull'individuazione del sottoinsieme "non meritevole di pena", all'interno del più ampio insieme "meritevole di pena", non può che essere definita da una norma di pari rango a quella che definisce l'area dell'illecito.

In conclusione, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 134 del 2019, specialmente dedicata al principio di legalità-prevedibilità, e la sentenza n. 5 del 2021, che si occupa prevalentemente del principio della legalità-riserva di legge, offre un quadro del principio di legalità del diritto sanzionatorio amministrativo punitivo ispirato alla modulazione delle garanzie penalistiche. Tale cornice è meritevole di stabilizzazione ed ulteriore affinamento.

Fra i diversi profili ancora da chiarire, uno certamente riguarda il richiamo agli atti amministrativi generali che compare al punto 5.1. della sentenza in commento: possono essi integrare il precetto?

La questione deve essere risolta in analogia agli approdi della dottrina penalistica sui rapporti fra precetto e provvedimento amministrativo concreto⁵¹.

Gli atti amministrativi generali non qualificabili come fonti del diritto⁵² non possono integrare il precetto perché ciò violerebbe il principio di riserva di legge relativa in materia di diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale che comunque presuppone che il precetto venga specificato da una fonte del diritto in senso proprio. L'atto amministrativo, che non è fonte del diritto, sia esso generale o puntuale, può, invece, venir descritto da un elemento del precetto. In questo caso si potrà porre un problema di sufficiente determinatezza della fattispecie dell'illecito amministrativo ma non una questione di rispetto del principio della riserva di legge.

⁵⁰ F.C. PALAZZO, voce *Legge penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1993, par. 3, consultabile in banca dati *Leggi d'Italia*.

⁵¹ G. DE VERO, voce *Inosservanza di provvedimenti di polizia e manifestazioni sediziose e pericolose (Contravvenzioni)*, in *Dig. disc. pen.*, 1993, par. 5, consultabile presso la banca dati *Leggi d'Italia*.

⁵² Sulla nozione di fonte del diritto: Cons. Stato, Ad. plen. n. 9/2012, consultabile in *giustizia-amministrativa.it*.

3. L'efficacia deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo.

Riflettendo sul tema dell'efficacia deterrente della sanzione amministrativa sollevato nella sentenza in commento, questo terzo paragrafo ipotizza una possibile evoluzione del sindacato costituzionale sull'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo.

L'esigenza di comprendere quale sia lo statuto giuridico del principio d'efficacia applicabile al diritto sanzionatorio amministrativo assume una particolare rilevanza per tre principali motivi: a) il diritto sovranazionale, ed in particolare quello eurounitario, richiede l'introduzione di un diritto sanzionatorio amministrativo efficace⁵³, b) l'intero processo di depenalizzazione si fonda sull'assunto che il sistema sanzionatorio amministrativo sia di efficacia almeno pari, se non superiore, a quello penale⁵⁴ e c) in sé il diritto sanzionatorio amministrativo si giustifica, come ogni regime punitivo, in base al principio di proporzionalità, se è in grado di tutelare in maniera adeguata i beni giuridici protetti dal precetto⁵⁵.

Il tema dell'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo assume particolare interesse perché connesso con due macro-fenomeni che caratterizzano la contemporaneità del diritto punitivo.

Da un lato: le politiche di depenalizzazione avviate nei paesi di *civil law* a partire dagli anni '60 del Novecento⁵⁶ e fondate su una formalistica assunzione di maggior efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo⁵⁷.

Alcune riflessioni⁵⁸ hanno mostrato quanto sia fallace l'idea di una maggiore efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo fondata solo sulle argomentazioni

⁵³ In termini problematici: A. BERNARDI, *Il costo "di sistema" delle opzioni europee sulle sanzioni punitive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2018, 2, pp. 557 ss. V. inoltre F. CAFAGGI e P. IAMICELI, [The Principles of Effectiveness, Proportionality and Dissuasiveness in the Enforcement of EU Consumer Law: The Impact of a Triad on the Choice of Civil Remedies and Administrative Sanctions](#), (January 13, 2017), consultabile in *ssrn.com*.

⁵⁴ Cfr. C.E. PALIERO, *Le alternative alla tutela penale: l'illecito amministrativo*, in G. BORRÈ e G. PALOMBARINI (a cura di), *Il sistema sanzionatorio penale e le alternative di tutela*, Atti del Convegno di Venezia, 8-9 maggio 1992, Franco Angeli, 1998, pp. 75-76.

⁵⁵ È l'argomentazione sulla pena come arma a doppio taglio: cfr. F. VON LISZT, *La teoria dello scopo nel diritto penale*, trad. it. a cura di A. CALVI, Giuffrè, 1962, p. 46 Sulla valutazione di idoneità del mezzo rispetto allo scopo nell'applicazione del principio di proporzionalità: N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, Giappichelli, 2020, pp. 164-166 e F. COPPOLA, *Le scelte sanzionatorie alla prova del principio di proporzionalità. Un'ipotesi di "valorizzazione" dal confronto con il "Sentencing System" inglese*, in G. DODARO e E.M. MANCUSO (a cura di), [Uguaglianza, proporzionalità e solidarietà nel costituzionalismo penale contemporaneo](#), Convegno Nazionale del Laboratorio Permanente di Diritto e Procedura Penale Modena, 28-29 settembre 2017, Edizioni Dip. Lap., 2018, p. 131.

⁵⁶ C.E. PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, parr. 1 ss., consultabile presso banca dati *Leggi d'Italia*.

⁵⁷ Sull'effettività come paradigma della depenalizzazione C.E. PALIERO, *Le alternative alla tutela penale: l'illecito amministrativo*, cit., pp. 75-76.

⁵⁸ T. PADOVANI, *Ridurre l'area penale non ha effetti deflattivi ed è poco efficace*, in *Guida al diritto*, 2 gennaio 2016, 2, consultabile presso la banca dati *Guida al diritto*; G. LOSAPPIO, [Depenalizzazione, tranquillità personale e inquinamento acustico](#), in *Dir pen. cont.*, 28 ottobre 2015; A. BERNARDI e I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, Cedam, 2008, pp. 85-90 e pp. 145 ss. Mantiene una maggiore fiducia nelle potenzialità del sistema

formalistiche (ad esempio: minori garanzie procedurali per la persona, assenza della sospensione condizionale della sanzione amministrativa) su cui è basata la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 gennaio 1983 recante “*Criteri orientativi per la scelta tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*”⁵⁹. La predetta Circolare non tiene conto di elementi più sostanziali ma egualmente importanti per garantire l’efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo quali: l’attribuzione delle competenze sanzionatorie, i poteri d’indagine attribuiti alla pubblica amministrazione (senza dubbio minori di quelli attribuiti al p.m. e alla polizia giudiziaria) e gli aggiustamenti organizzativi che dovrebbero accompagnare ogni scelta di depenalizzazione.

Dall’altro lato: l’estensione delle garanzie penalistiche agli illeciti e alle sanzioni di tipo amministrativo.

In effetti, si è posta la questione se l’espandersi delle garanzie penalistiche al diritto sanzionatorio amministrativo annulli la sua “formalistica” maggior efficacia⁶⁰, canonizzata dalla già citata circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 19 dicembre del 1983, facendone venir meno la ragion d’essere come tecnica autonoma di politica sanzionatoria. La dottrina⁶¹ ha messo in evidenza come la risposta a quest’interrogativo risieda nelle possibilità di adattare in via giurisprudenziale le garanzie penalistiche tradizionali alle misure punitive non formalmente penali assicurando le specificità e l’autonomia funzionale di queste ultime.

Entrambe queste linee evolutive mostrano come sia necessaria una riconcettualizzazione dell’efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo capace di fondarsi non solo su dati formali (si pensi all’idea secondo cui il diritto sanzionatorio amministrativo sarebbe più efficace perché quantitativamente meno imbrigliato, rispetto al diritto penale, da norme procedurali di garanzia) ma che prenda in considerazione anche dati sostanziali secondo un approccio globale al tema

sanzionatorio amministrativo: A. GARGANI, [Sanzioni pecuniarie civili e sanzioni amministrative quali alternative alla tutela penale: problemi e prospettive](#), in *La leg. pen.*, 2018, 12, p. 5.

⁵⁹ La circolare ha comunque rappresentato un fondamentale punto di partenza per favorire la razionalità e la qualità delle scelte di politica punitiva: F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *L’indice penale*, 1986, 1, pp. 35 ss.; M. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. trim. dir. e proc. pen.*, 1984, pp. 589 ss.; T. PADOVANI, *La distribuzione fra sanzioni penali e sanzioni amministrative secondo l’esperienza italiana*, in *Riv. trim. dir. e proc. pen.*, 1984, pp. 952 ss.

⁶⁰ Cfr. G. VASSALLI, *I principii generali del diritto nell’esperienza penalistica*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1991, 724, secondo il quale “se si vuole veramente realizzare un proficuo largo ricorso a sanzioni amministrative in luogo di quelle penali, occorre anche una certa cautela prima di asserire l’estensione di tutte le garanzie proprie del diritto penale al diritto punitivo amministrativo. Non esiste solo il rischio tante volte sottolineato della “truffa delle etichette”; bisogna anche considerare quello attinente ad una totale perdita di funzionamento del sistema nel suo complesso”; nel senso che la maggior efficienza della sanzione amministrativa dipenderebbe dal discostamento della relativa disciplina sostanziale e processuale dai fondamentali principi penalistici; v. anche F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e amministrative*, cit., pp. 54 ss. Di recente la problematica è segnalata da S. MILONE, *Un nuovo limite al potere amministrativo punitivo: la Corte di Giustizia riconosce il diritto al silenzio nei procedimenti amministrativi per l’accertamento degli abusi di mercato*, nota a Corte di Giustizia dell’Unione Europea; Grande Sezione; sentenza 2 febbraio 2021, causa C-481/19, in *Il Foro it.*, 2021 7-8, pt. IV, coll. 400-405.

⁶¹ F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 1814 ss.

dell'efficacia. In quest'ottica si propone un percorso culturale che tenti una contaminazione tra la riflessione della sociologia del diritto⁶² e della criminologia⁶³ sul tema dell'efficacia dei sistemi sanzionatori, già mediata dall'opera di autorevoli studiosi⁶⁴, e l'efficacia come principio giuridico sovraprimario⁶⁵ capace di conformare il diritto sanzionatorio amministrativo.

Sebbene il tema dell'efficacia del diritto punitivo (ma nella dottrina italiana prevale l'uso del termine *effettività*⁶⁶) non sia oggetto di studi sistematici da parte della scienza giuridica in quanto il tema è prevalentemente considerato terreno d'indagine dei sociologi del diritto, la dottrina penalistica ha, nel tempo, cercato di tematizzare il problema dell'effettività del diritto punitivo. Accanto ai già citati inquadramenti generali sul principio di *effettività* nel diritto penale, si possono individuare due temi di ricerca: quello, più indagato, sull'effettività delle pene⁶⁷ che si interseca inestricabilmente⁶⁸ col tema della prescrizione⁶⁹, della sospensione della pena⁷⁰ e, più in

⁶² R. BETTINI, *Sociologia del diritto positivo*, Milano, Franco Angeli, 2008, pp. 30 ss.; R. TREVES, *Sociologia del diritto. Origini, ricerche e problemi*, Einaudi, 1985, p. 236. Sull'efficacia, in particolare, della pena di morte e della pena carceraria: M. BARBAGLI, A. COLOMBO, E. SAVONA, *Sociologia della devianza*, Il Mulino, 2003, p. 249, 251.

⁶³ H. ZIPF, *Politica criminale*, trad. it. di A. BAZZONI, Giuffrè, 1989, pp. 90-93.

⁶⁴ M. PAVARINI, voce [Pena](#), in *Enciclopedia delle scienze sociali*, Treccani online. Per un articolato confronto fra la sociologia del diritto e il diritto penale (che tocca anche il tema dell'efficacia del diritto penale) cfr. C.E. PALIERO, *Geiger "criminalista": profitti e perdite di un approccio giusrealistico al diritto penale*, in A. Febbrajo, C.E. Paliero, E. Fittipaldi e R. Mazzola (a cura di), *L'eredità di Theodore Geiger per le scienze giuridiche*, Giuffrè, 2015, pp. 208-211, 218, 248-249. Per una riflessione sull'ineffettività del diritto penale codicistico prima "in diritto" e poi alla stregua di un'analisi empirica: M. PAVARINI, *L'altro diritto penale. Percorsi di ricerca sociologica sul diritto penale complementare nelle norme e nei fatti*, Giappichelli, 2004, pp. 36 e 46-56.

⁶⁵ I due contributi fondamentali sul tema sono: C.E. PALIERO, *Il principio d'effettività nel diritto penale*, Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pp. 30-37 e ID., *Il principio di effettività del diritto penale*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1990, fasc. 2, pp. 430 ss. Questa concezione dell'efficacia (nel linguaggio corrente: *effettività*) come principio di rango sovra primario è ben nota ai processual civilisti e negli studi sulla giustizia amministrativa: I. PAGNI, voce *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, 2017, Ann. X, pp. 355 ss.

⁶⁶ Basti il riferimento a C.E. PALIERO, *Il principio d'effettività nel diritto penale*, cit.

⁶⁷ E. DOLCINI, *Il paradosso della giustizia penale del giudice di pace. Non punire come scelta razionale, non punire per ineffettività della pena*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2020, 3, pp. 1245-1246; E. DOLCINI, *Il castigo sia moderato ma certo*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, Giuffrè, 2002, pp. 31 ss. P. PITTARO, *Effettività della sanzione penale: un'introduzione*, in F. Giunta, R. Orlandi, P. Pittaro e A. Presutti (a cura di), *L'effettività della sanzione penale*, Kluwer-Ipsa, 1998, pp. 3 ss. e F. GIUNTA, *L'effettività della pena nell'epoca del dissolvimento del sistema sanzionatorio*, in F. Giunta, R. Orlandi, P. Pittaro e A. Presutti (a cura di), *L'effettività della sanzione penale*, cit., pp. 11 ss. Il tema è stato poi declinato con particolare riguardo alle sanzioni pecuniarie penali: E. DOLCINI, [Verso una pena pecuniaria finalmente viva e vitale? Le proposte della Commissione Lattanzi](#), in questa *Rivista*, 4 giugno 2021, parr. 1 e 2, e L. GOISIS, [L'effettività \(rectius ineffettività\) della pena pecuniaria in Italia, oggi](#), in *Dir. pen. cont.*, 13 novembre 2012, p. 24.

⁶⁸ Lo spiega chiaramente: T. PADOVANI, *Fuga dal carcere e ritorno alla sanzione. La questione delle pene sostitutive tra efficacia della sanzione ed efficienza dei meccanismi processuali*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, cit., pp. 73-74.

⁶⁹ V. GREVI, *Prescrizione del reato ed effettività del processo tra sistema delle impugnazioni e prospettive di riforma*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, cit., pp. 189 ss.

⁷⁰ D. PULITANÒ, *La sospensione condizionale della pena: problemi e prospettive*, in *Sistema sanzionatorio: effettività e certezza della pena*, cit., pp. 115 ss.

generale, del diritto processuale penale⁷¹ e quello, non meno interessante, sull'effettività delle fattispecie incriminatrici⁷².

Muovendo dalla sentenza n. 5 del 2021, in questa sede si propone di affrontare il tema dell'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo nella prospettiva dello scrutinio di legittimità costituzionale⁷³.

3.1. La sentenza n. 5 del 2021 e i limiti del sindacato della Corte sull'efficacia deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale.

Nel contesto appena descritto, la sentenza n. 5 del 2021 si segnala per alcune aperture nella direzione di una valutazione più analitica sull'efficacia deterrente delle sanzioni amministrative pur nell'ambito di un approccio tradizionale caratterizzato da un ampio *self restraint* verso le scelte di politica sanzionatoria del legislatore.

La Presidenza del Consiglio dei Ministri lamenta che la causa di non punibilità introdotta dalla legge della Regione Veneto n. 15 del 2019 senza prevedere alcun tipo di conseguenza svantaggiosa per l'autore dell'illecito, una volta regolarizzati gli adempimenti o ripristinati i luoghi, vanifica l'efficacia deterrente delle sanzioni amministrative regionali disciplinate dalla legge della Regione Veneto n. 10 del 1977 «con conseguente irragionevolezza intrinseca della disciplina e connesso pregiudizio al buon andamento della pubblica amministrazione».

I parametri di legittimità costituzionale invocati dal ricorrente per legittimare questo scrutinio sull'efficacia deterrente della sanzione amministrativa sono, a ben vedere, l'art. 3 Cost., in funzione di test di ragionevolezza e l'art. 97 Cost., considerato quale bene giuridico leso da un sistema sanzionatorio amministrativo inefficace.

La Regione Veneto, di contro, esclude la censura di irragionevolezza sostenendo che la fase endo-procedimentale introdotta dalla legge regionale *sub iudice* non costituisce una rinuncia alla pretesa punitiva bensì uno strumento di collaborazione con l'autore dell'illecito che non esclude la sanzione laddove gli adempimenti non siano regolarizzati e gli effetti dell'illecito rimossi. Inoltre, questo meccanismo collaborativo nella fase d'accertamento ha la finalità di promuovere la «massima consapevolezza della

⁷¹ R. ORLANDI, *Effettività della sanzione penale e principi processuali*, in F. Giunta, R. Orlandi, P. Pittaro e A. Presutti (a cura di), *L'effettività della sanzione penale*, cit., pp. 37 ss.

⁷² Con riferimento all'ineffettività di talune fattispecie incriminatrici che rendono estremamente difficoltosa la prova dell'illecito: E. LO MONTE, *Considerazioni sulla (in)applicabilità delle fattispecie di cui agli artt. 727-bis e 733-bis c.p.*, in *Riv. dir. pen. cont.*, 2015, 1, pp. 222-223; C. PATERNITI, *La ineffettività della norma incriminatrice*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2010, 1-2, pp. 215 ss. Riflette sul rapporto fra diritto penale e un comportamento antidoveroso che si fa prassi: M. GALLI, *“Cattive” prassi e limiti dell'intervento penale: serbatoi GPL, concessioni demaniali marittime e tassa di soggiorno*, in *Arch. pen.*, 2021, 2, pp. 1 ss.

⁷³ Un ulteriore punto di vista, ad avviso di chi scrive fondamentale, per studiare il tema dell'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo è quello della qualità della legislazione: M. MOUSMOUTI, *Making Legislative Effectiveness an Operational Concept: Unfolding the Effectiveness Test as a Conceptual Tool for Lawmaking*, in *Eur. J. Risk regulation*, 2018, 9, pp. 445 ss., N. RANGONE, *Tools for effective law: a “focus” on nudge and empowerment*, in *Concorrenza e mercato*, 2017, 1, pp. 195 ss. e M. D'AMICO, *Qualità della legislazione, diritto penale e principi costituzionali*, in *Riv. dir. cost.*, 2000, pp. 3 ss.

sussistenza della previsione sanzionatoria attraverso una opportuna interlocuzione preventiva tra pubblica amministrazione e destinatario del precetto; finalità tanto più rilevante a fronte della crescente complessità normativa che rende più difficoltoso, per il cittadino, comprendere il significato delle previsioni legislative e ad esse adeguarsi»⁷⁴. Questa fase endo-procedimentale, secondo la difesa regionale, potrebbe risultare anzi più efficace in termini di tutela degli interessi sostanziali protetti dalla norma sanzionatoria giacché essa mira a ottenere l'osservanza, seppur tardiva, del precetto anziché l'indefettibilità della sanzione.

La Corte costituzionale si esprime nel senso della non fondatezza della questione di legittimità costituzionale. Le prospettazioni del ricorrente e della difesa regionale, infatti, appaiono alla Corte entrambe plausibili e, quindi, in tale situazione, deve prevalere la salvaguardia della discrezionalità del legislatore regionale.

La Corte perviene a questa conclusione facendo riferimento ad esempi analoghi tratti dal diritto penale e considerando che l'indefettibilità della sanzione amministrativa può essere discrezionalmente temperata dal legislatore qualora egli scelga di dare prevalenza ad altri strumenti di tutela dei medesimi beni giuridici⁷⁵ come, appunto, accade nel caso siano previsti procedimenti che escludono la pena e apprestano tutela diretta ai beni giuridici protetti.

Pur nell'ambito di una pronuncia di infondatezza, orientata al rispetto della discrezionalità del legislatore, la pronuncia in esame si segnala perché individua espressamente quali limiti delle scelte di politica sanzionatoria la manifesta irragionevolezza (nel senso che la scelta del legislatore deve essere plausibile sul piano dell'efficacia deterrente) e il divieto di evidenti pregiudizi al buon andamento della pubblica amministrazione (punto 4.3. del diritto). In questo senso la sentenza in esame traccia un percorso per giuridificare l'efficacia deterrente del diritto punitivo chiarendo che essa non è solo un criterio orientativo della politica sanzionatoria⁷⁶. E ciò trova riscontro nell'emergere di un certo interesse da parte del Giudice delle leggi per il tema dell'effettività (meglio: efficacia) del diritto punitivo: si rammentano due moniti in tema d'ineffettività della disciplina delle sanzioni penali pecuniarie⁷⁷.

⁷⁴ Corte cost. 5/2021, par. 2.1.

⁷⁵ Nell'ottica della poliedricità della pena: F. VIGANÒ e F. PALAZZO, *Diritto penale. Una conversazione*, cit., pp. 108-110.

⁷⁶ Studia l'effettività anche come criterio orientativo della politica sanzionatoria C.E. PALIERO, *Il principio d'effettività nel diritto penale*, cit., pp. 14 ss.

⁷⁷ Corte cost. n. 15/2020 in cui al punto 3 del diritto si legge: «le considerazioni poc'anzi svolte inducono, comunque, questa Corte a formulare l'auspicio che il legislatore intervenga a porre rimedio alle incongruenze evidenziate (supra, 2.1.), nel quadro di un complessivo intervento – la cui stringente opportunità è stata anche di recente segnalata (sentenza n. 279 del 2019) – volto a restituire effettività alla pena pecuniaria, anche attraverso una revisione degli attuali, farraginosi meccanismi di esecuzione forzata e di conversione in pene limitative della libertà personale. E ciò nella consapevolezza che soltanto una disciplina della pena pecuniaria in grado di garantirne una commisurazione da parte del giudice proporzionata tanto alla gravità del reato quanto alle condizioni economiche del reo, e assieme di assicurarne poi l'effettiva riscossione, può costituire una seria alternativa alla pena detentiva, così come di fatto accade in molti altri ordinamenti contemporanei» e Corte cost. n. 179/2019.

Ciò detto, la sentenza si espone ad alcuni rilievi critici perché non ha messo in comunicazione la questione del rispetto del principio di legalità-riserva di legge con quello dell'efficacia deterrente della disciplina sanzionatoria che sono, invece, connessi: nel diritto punitivo sostanziale il livello minimo di efficacia necessario si esprime mediante la fonte di rango primario.

Gli argomenti utilizzati al punto 5.2. del diritto secondo cui: «tale disciplina [...] omette infatti radicalmente di definire il preciso ambito di applicazione dell'istituto, ivi compresi i casi in cui la sanabilità della violazione è da escludere; né indica il termine entro il quale il trasgressore è ammesso a «regolarizzare gli adempimenti» o a «rimuovere gli effetti» della violazione, nonché – non da ultimo – le conseguenze delle medesime condotte, dal momento che la legge regionale non precisa in alcun luogo se la conseguenza della regolarizzazione o rimozione degli effetti sia effettivamente il venir meno di qualsiasi sanzione, ovvero una mera riduzione di quella originariamente prevista» utilizzati per affermare la violazione del principio di legalità-riserva di legge rilevano, infatti, anche per affermare la manifesta inefficacia, secondo una valutazione giuridica *ex ante*, del regime sanzionatorio amministrativo così come modificato dall'endo-procedimento introdotto dalla legge regionale impugnata.

La creazione di una causa di non punibilità vaga nei suoi presupposti applicativi, nei suoi limiti temporali (nel senso che non viene definito entro quanto tempo la regolarizzazione ovvero il ripristino debbano considerarsi non adempiuti per far luogo all'applicazione delle sanzioni amministrative) e nei suoi effetti (perché non chiarisce se la regolarizzazione o il ripristino facciano venir meno qualsiasi sanzione) indebolisce in maniera irragionevole l'elemento della certezza della pena (rendendone l'applicazione giuridicamente incerta) così annichilendo l'efficacia deterrente della misura sanzionatoria. Né si può ammettere che la certezza della pena possa essere recuperata in via di autonomia normativa da parte dell'amministrazione stessa e ciò per gli stessi argomenti sviluppati dalla Corte costituzionale per affermare che anche le cause di esclusione della pena ricadono nell'ambito di applicazione del principio di riserva di legge.

La fonte di rango primario, in sostanza, deve predeterminare anche i presupposti di non applicazione della sanzione amministrativa. Si apprezza, sotto quest'aspetto, un'ulteriore funzione della legalità-riserva di legge che è quella di garantire, con la forza propria della fonte di rango primario, l'efficacia della scelta di politica sanzionatoria effettuata dell'organo maggiormente rappresentativo della comunità nazionale o regionale.

In conclusione, un maggiore coordinamento fra le due questioni di legittimità costituzionale affrontate nella sentenza in commento avrebbe potuto condurre anche a riconoscere la manifesta inefficacia deterrente del regime sanzionatorio come modificato dalle cause d'esclusione della pena previste dalla l.r. Veneto n. 15/2019.

A questo punto, proseguendo nel percorso di giuridificazione dell'efficacia del diritto punitivo tracciato dalla sentenza in commento, è interessante chiedersi se l'ordinamento costituzionale offra basi giuridiche su cui fondare un sindacato di costituzionalità sull'efficacia delle scelte di politica sanzionatoria che vada oltre lo scrutinio di non manifesta irragionevolezza che non ha mai condotto a dichiarare

l'illegittimità costituzionale di una disciplina punitiva sospettata di manifesta inefficacia.

3.2. La struttura del giudizio d'efficacia sostanziale del diritto sanzionatorio amministrativo.

Chiedersi in che cosa consista l'efficacia deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo richiede di distinguere fra alcuni concetti limitrofi: quello di efficacia in senso formale che riguarda l'idoneità di un certo atto o fatto a produrre effetti secondo l'ordinamento⁷⁸, quello di effettività⁷⁹ che riguarda il fatto dell'osservanza di una certa norma⁸⁰ e quello di efficacia in senso sostanziale che riguarda, invece, l'idoneità della norma giuridica, intesa quale mezzo, a raggiungere lo scopo giuridico per cui è stata posta, con l'avvertenza che nella dottrina si usa normalmente il concetto di effettività per indicare quello, diverso e più ampio, di efficacia sostanziale⁸¹.

Ciò detto, è evidente che l'efficacia deterrente della sanzione amministrativa di cui si occupa la sentenza in commento deve essere studiata nell'ambito dell'efficacia sostanziale giacché chiedersi se la disciplina giuridica di una certa misura sanzionatoria riesce a sviluppare efficacia deterrente significa chiedersi se essa è idonea a raggiungere lo scopo per cui è posta dall'ordinamento.

A questo punto, occorre cercare di chiarire, sul piano della teoria generale del diritto, quale sia l'oggetto di un giudizio d'efficacia in senso sostanziale e perché tale giudizio sia ancora classificabile come giudizio di diritto e non come giudizio di fatto.

Nella materia punitiva, l'oggetto di un giudizio d'efficacia sostanziale è costituito dalle norme giuridiche che veicolano il precetto, la sanzione e i procedimenti necessari per assicurare l'*enforcement* del diritto sostanziale. Tali norme giuridiche costituiscono il "mezzo" di cui si valuta l'idoneità. Il parametro del giudizio d'efficacia, cioè lo "scopo" da raggiungere, è costituito dalla finalità sostanziale individuata da una norma o una serie di norme "sul fine".

⁷⁸ A. FALZEA, voce *Efficacia giuridica*, in *Enc. dir.*, vol. XIV, 1965, pp. e F. MODUGNO, voce *Efficacia*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, Giuffrè, 2006, vol. III, pp. 2135-2143, spec. alle pp. 2142-2143

⁷⁹ Sul principio d'effettività *ex multis*: Cfr. P.B. HELZEL, voce *Effettività*, in *Dig. disc. priv.*, Torino, Utet, 2014, Agg. IX, pp. 257-258; P. PIOVANI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. dir.*, 1965, XIV, pp. 420 ss.; G. GAVAZZI, voce *Effettività (principio di)*, in *Enc. giur.*, 1989, XIII, pp. 1 ss.; A. CATANIA, *Manuale di teoria generale del diritto*, Roma-Bari, Laterza, 1998, pp. 93-102; a cura di A. CATANIA, *Dimensioni dell'effettività. Tra teoria generale e politica del diritto*, Atti del Convegno, Salerno, 2-4 Ottobre 2003, Milano, Giuffrè, 2005, *passim* e N. IRTI, *Il significato giuridico dell'effettività*, Napoli, Editoriale scientifica, 2009, *passim*.

⁸⁰ Cfr. G. TUZET, *Effettività, efficacia ed efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2016, 1, pp. 207 ss.

⁸¹ Cfr. M. LUCIANI, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in *Rivista AIC*, 2014, 4, pp. 12-13. La dottrina utilizza oggi in via prevalente il termine effettività per esprimere quel "dover essere" che più correttamente dovrebbe esprimersi col concetto d'efficacia che in questa sede si preferisce adottare. Sull'efficacia in senso sostanziale cfr. Cfr. G. TUZET, *Effettività, efficacia ed efficienza*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, cit., pp. 207 ss. e G. PINO, *Sul concetto di efficacia*, in F. Mancuso, G. Peterossi e A. Tucci (a cura di), *Le metamorfosi del diritto. Studi in onore di Alfonso Catania*, Milano-Udine, Mimesis ed., 2013, p. 181 ss. e V. FERRARI, *Funzioni del diritto*, Laterza, 1993, pp. 145-149.

L'obiettivo del giudizio normativo d'efficacia è quello di verificare se sussista sul piano giuridico delle relazioni fra norme un nesso di causalità ragionevole fra le norme-mezzo e le norme-scopo di modo che sia razionale aspettarsi che, nella realtà, l'osservanza delle norme-mezzo conduca al soddisfacimento delle norme-scopo⁸².

In sostanza, il giudizio d'efficacia sostanziale è un giudizio a razionalità debole il cui scopo è quello di verificare se sussiste in astratto un nesso causale razionalmente spiegabile tra l'impiego di certi mezzi (veicolati da norme) e il raggiungimento di certi fini (anch'essi fissati da norme giuridiche).

Tale giudizio d'efficacia non dev'essere solo un giudizio meramente strutturale o formalistico ma, per avere una qualche utilità euristica, deve essere calato nella realtà empirica: l'interprete deve contestualizzare nella realtà sia le norme-mezzo che le norme-scopo e verificare se il nesso di causalità fra mezzo e scopo sia sorretto da massime d'esperienza⁸³.

Queste operazioni richiedono al giurista di utilizzare i criteri d'interpretazione teleologico e naturalistico⁸⁴ e di situare le massime d'esperienza nell'ambito di saperi quali la sociologia del diritto, l'analisi economica del diritto o, più recentemente, le scienze comportamentali che cercano di spiegare come il diritto contribuisce a indirizzare i comportamenti umani⁸⁵.

Un siffatto giudizio d'efficacia è ancora un giudizio di diritto? La risposta è positiva: «l'“essere” non può inficiare il “dover essere”. Corretto, ma anche Hume subordina il principio ad una condizione: che il “dover essere” indichi una possibilità realisticamente perseguibile»⁸⁶.

Dunque, il giudizio d'efficacia è un giudizio di diritto e quindi, in definitiva, un giudizio sulla validità di una norma se si limita a spiegare perché una norma non ha possibilità di essere realisticamente perseguita o meglio se spiega perché lo scopo che essa pone non è realisticamente perseguibile con i mezzi tipici (in ipotesi: la sanzione amministrativa) che l'ordinamento mette a disposizione. In questo contesto, l'inefficacia può essere semplicemente il prodotto di un irragionevole rapporto fra norme (si pensi al caso della cornice edittale del reato meno grave che non disincentiva dal compimento del reato omogeneo più grave) oppure può avere una genesi più fattuale⁸⁷ quando risulta

⁸² C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., pp. 32-33.

⁸³ Cfr. M. TARUFFO, voce *Libero convincimento del giudice (diritto processuale civile)*, in *Enc. giur.*, Roma, Treccani, 1990, XXI, pp. 3-4. In particolare, laddove l'A. osserva che le massime d'esperienza possono essere utilizzate anche per un giudizio di diritto. Cfr. anche M. TARUFFO, *Senso comune, esperienza e scienza nel ragionamento del giudice*, in *Sui confini. Scritti sulla giustizia civile*, Bologna, Il Mulino, 2002, pp. 123 ss., pp. 132 ss., pp. 140 ss.

⁸⁴ P. CHIASSONI, *Tecnica dell'interpretazione giuridica*, Il Mulino, 2007, pp. 93-96, E. DICIOTTI, *Interpretazione della legge e discorso razionale*, Torino, Giappichelli, 1999, pp. 411-424. V. anche D. MIERS e W. TWINING, trad. it. di C. GARBARINO, *Come far cose con regole. Interpretazione e applicazione del diritto*, cit., pp. 256-272.

⁸⁵ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., p. 52.

⁸⁶ M. DONINI e M. PAVARINI, *Silete poenologi in munere alieno!*, in M. PAVARINI (a cura di), *Silete poenologi in munere alieno! Teoria della pena e scienza penalistica, oggi*, Monduzzi editore, 2006, p. 11.

⁸⁷ Sull'apertura ai fatti del giudizio di ragionevolezza: E. OLIVITO, [Il fatto nel giudizio sulle leggi](#), in Gruppo di Pisa, 2017, pp. 16 ss.

ictu oculi falsificabile la massima d'esperienza su cui riposa il nesso fra norme-mezzo e norme-scopo.

Rispetto al sindacato di manifesta irragionevolezza cui si è, in concreto, limitata la Corte costituzionale nella sentenza in commento, il sindacato sull'efficacia di una misura punitiva dovrebbe avere un carattere maggiormente analitico perché il principio d'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo risponde a specifiche norme di rango sovra-primario che conformano tale principio in maniera autonoma e più stringente rispetto ad altri settori dell'ordinamento.

Ricercare tali norme e comprendere dove si collochi il limite del sindacato costituzionale sull'efficacia per assicurare il rispetto della discrezionalità del legislatore è l'obiettivo del prossimo paragrafo.

3.3. Le basi giuridiche del principio d'efficacia sostanziale in relazione al diritto sanzionatorio amministrativo.

Dopo aver cercato di comprendere, sul piano della teoria generale del diritto, in che cosa consista il giudizio d'efficacia sostanziale del diritto sanzionatorio amministrativo occorre fare, per così dire, un passo indietro per individuare il fondamento giuridico di tale giudizio d'efficacia.

A questo scopo è necessaria una precisazione preliminare: il giudizio d'efficacia ha un'estensione diversa a seconda abbia ad oggetto norme di diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale ovvero procedimentale o processuale. Nel senso che nel diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale (come in ogni diritto punitivo sostanziale) minori sono i margini del sindacato giudiziale di legittimità sia per il peculiare contenuto principio di riserva di legge che garantisce un ampio margine di discrezionalità al legislatore sia perché un nesso di causalità fra norma procedimentale o processuale e corrispondente risultato è più agevole da identificare⁸⁸ rispetto ad un nesso di causalità fra norme del diritto punitivo sostanziale.

Ciò detto, è possibile individuare a livello costituzionale uno statuto giuridico d'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo che si compone di sette distinte basi normative.

Il principio del finalismo preventivo⁸⁹, desumibile dalla necessaria prevedibilità della pena ex art. 25, co. 2, Cost., individua lo scopo del diritto sanzionatorio amministrativo⁹⁰ e costituisce, quindi, il parametro finalistico di ogni valutazione d'efficacia riguardante il diritto sanzionatorio amministrativo.

⁸⁸ Non a caso il principio d'effettività è stato indagato soprattutto dalla dottrina nell'ambito del diritto processuale civile e amministrativo. I. PAGNI, voce *Effettività della tutela giurisdizionale*, in *Enc. dir.*, Milano Giuffrè, Ann. X, 2017, 355 ss.

⁸⁹ A. PAGLIARO, voce *Prevenzione generale e specifica (o speciale)*, in *Enc. dir.*, 2007, Ann. I, pp. 895 ss.

⁹⁰ G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, Giappichelli, 2011, pp. 5-6. A. BERNARDI e I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, cit., p. 77. La tesi è stata sostenuta ricavando la finalità preventiva della sanzione amministrativa pecuniaria dai criteri di commisurazione della stessa cfr. C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., p. 106.

Occorre precisare che nell'ordinamento italiano la sanzione amministrativa persegue esclusivamente finalità preventive⁹¹: general preventive al momento della minaccia astratta della pena, e special preventive al momento dell'applicazione della sanzione al caso concreto (si pensi al criterio di commisurazione della sanzione pecuniaria alle condizioni economiche dell'autore della violazione di cui all'art. 11 della l. 689/1981 e all'istituto della reiterazione della violazione di cui all'art. 8 bis della medesima legge) e nella fase d'esecuzione.

Questa presa di posizione a favore della monofunzionalità preventiva della sanzione amministrativa (opposta alla polifunzionalità della sanzione penale) trova la sua giustificazione di fondo nel fatto che la sanzione amministrativa non deve colpire la libertà personale⁹², cui si accompagna l'intrinseca ambiguità funzionale della minaccia del carcere⁹³.

A conferma di questa distinzione sulla finalità della sanzione amministrativa, la stessa Corte costituzionale afferma che la sanzione amministrativa non persegue finalità di rieducazione-risocializzazione⁹⁴ perché la sanzione amministrativa non è idonea ad evocare le impegnative componenti positive che coinvolgono direttamente la persona alla quale vengono proposti programmi di risocializzazione orientati ai valori del sistema costituzionale. Né, tantomeno, persegue una finalità retributiva per due essenziali ragioni: da una parte, la sanzione amministrativa non possiede lo stigma della sanzione penale⁹⁵; dall'altra, essa non incide, nemmeno indirettamente, sul bene della libertà personale comune a tutte le persone e, quindi, non può giustificarsi in termini assoluti, *quia peccatum est*, come invece richiede la teoria retributiva.

L'esclusivo finalismo preventivo della sanzione amministrativa semplifica enormemente la riflessione sull'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo rispetto a quella sull'efficacia del diritto penale perché la sanzione amministrativa è pena monofunzionale. Di qui, la possibilità di studiare la sanzione amministrativa in un'ottica utilitarista e di interpretare il sistema sanzionatorio amministrativo utilizzando modelli conoscitivi riconducibili all'analisi costi-benefici e raffinabili, ad esempio, attraverso l'analisi economica del diritto⁹⁶.

⁹¹ C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., pp. 102 ss., 106, 309.

⁹² Sul declino dell'*argumentum libertatis* come criterio discrezionale fra diritto penale e diritto sanzionatorio amministrativo cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, cit., pp. 25 ss. Il principio di sussidiarietà esterna e di *extrema ratio*, di contro, danno un'innegabile giustificazione all'*argumentum libertatis*.

⁹³ D. PULITANÒ, *Minacciare e punire*, in C.E. Paliero, F. Viganò, F. Basile e G.L. Gatta (a cura di), *La pena ancora: fra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, Giuffrè, 2018, vol. I, pp. 9-13.

⁹⁴ Corte cost. n. 112 del 2019, punto 8.2.1. del diritto e cfr. anche Corte cost. n. 281 del 2013 e Corte cost., ord., n. 169 del 2013. Per una disamina completa della questione: L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 2018, pp. 16-19. In dottrina favorevoli alla non estensione della finalità rieducativa alle sanzioni amministrative: P. CERBO, *La depenalizzazione fra giudice penale e amministrazione (e giudice dell'opposizione)*, *Dir. amm.*, 2018, 1, pp. 55 ss. e G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, Giappichelli, 2012, vol. I, p. 52. *Contra*: G. DE FRANCESCO, *Diritto penale. I fondamenti*, cit., pp. 22-23. L'A. afferma che può fornirsi un'interpretazione riduttiva dell'art. 27, co. 3, Cost. applicabile anche alle sanzioni non penali.

⁹⁵ C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., p. 23.

⁹⁶ G. CHIRICHELLO, *Ottimalità della pena, principio di proporzionalità ed il sistema delle "guidelines" nell'approccio*

Il fatto che la sanzione amministrativa non abbia né una funzione retributiva né rieducativa⁹⁷ costituisce la differenza sostanziale fra sanzione penale e sanzione amministrativa e ciò, a ben vedere, dovrebbe indurre sul piano della tecnica legislativa a non considerare la sanzione amministrativa uno strumento buono per ogni politica di depenalizzazione (la cui efficacia pare misurarsi più in termini di sgravio della giustizia penale) ma a considerarla strumento utilizzabile solo per punire comportamenti che sono influenzabili nella loro dimensione soggettiva da questa logica economica di calcolo costi/benefici.

Se il principio costituzionale del finalismo preventivo individua lo “scopo” general e special preventivo del diritto sanzionatorio amministrativo, vi sono altri principi di rango costituzionale che rendono giuridicamente necessaria l’efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo.

Il principio di proporzionalità richiede che la lesione del patrimonio o di altre libertà della persona (come la libertà d’impresa), conseguenti all’applicazione della sanzione amministrativa, siano ragionevolmente “compensate” dall’idoneità della pena a tutelare il bene giuridico protetto dal precetto (si tratta della prima fra le tre fasi in cui si articola il giudizio di proporzionalità finalizzata a valutare l’adeguatezza della misura)⁹⁸.

Il principio d’eguaglianza sostanziale, riconducibile all’art. 3, co. 2, Cost., è violato da una diffusa ineffettività della misura punitiva giacché quest’ultima, nei pochi casi in cui verrà applicata, costituirà, di fatto, una discriminazione e verrà percepita come ingiusta dalla persona cui verrà applicata⁹⁹. L’efficacia come non discriminazione trova altresì fondamento costituzionale nel principio d’imparzialità della pubblica amministrazione ex art. 97, co. 2, Cost.¹⁰⁰.

Il principio di riserva di legge ex art. 23 Cost., come si è già osservato a commento della sentenza n. 5 del 2021, richiede che sia la fonte di rango primario a garantire il livello minimo di efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo senza che le fonti secondarie possano incidere *in peius* su tale livello minimo d’efficacia.

Il principio di sussidiarietà esterna¹⁰¹ fra le misure punitive impone che la sanzione amministrativa intervenga solo laddove strumenti diversi da quello punitivo amministrativo non siano idonei a tutelare il bene giuridico protetto dal precetto (il fondamento in sussidiarietà esterna ha acquisito particolare pregnanza all’indomani dell’introduzione dell’illecito civile punitivo)¹⁰².

di teoria economica del crimine, in *Arch. pen.*, 2019, 1, pp. 91 ss.; L. MEOLI e P. SORBELLO, [Il rischio della sanzione ed il comportamento del contribuente. riflessioni sull’analisi economica del diritto](#), 2015, in *Dir. pen. cont.*, 10 luglio 2015; C.E. PALIERO, *L’economia della pena (un work in progress)*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2005, 4, pp. 1336 ss.

⁹⁷ P. CERBO, *La depenalizzazione fra giudice penale e amministrazione (e giudice dell’opposizione)*, *Dir. amm.*, 2018, 1, pp. 55 ss.

⁹⁸ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, cit., pp. 164-166.

⁹⁹ C.E. PALIERO, *Il principio di effettività nel diritto penale*, cit., pp. 12-13.

¹⁰⁰ C.E. PALIERO e A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, cit., pp. 140-143.

¹⁰¹ A. BERNARDI e I. ZODA, *Depenalizzazione. Profili teorici e pratici*, cit., pp. 17-18.

¹⁰² A. GARGANI, voce *Illecito civile punitivo*, in *Enc. dir.*, 2017, Ann. X, pp. 487 ss.

Il principio del buon andamento della pubblica amministrazione, riconducibile all'art. 97, co. 2, Cost., è assai poco esplorato dalla dottrina con riferimento all'attività sanzionatoria amministrativa e meriterebbe un'analisi più approfondita. A prima lettura, il principio di buon andamento dovrebbe richiedere che il diritto sanzionatorio amministrativo non osti alla funzionalità dell'attività sanzionatoria amministrativa¹⁰³ e dovrebbe trovare particolare applicazione con riferimento alle norme organizzative e procedurali del diritto sanzionatorio amministrativo. Il principio di buon andamento viene molto spesso (ma con scarso risultato) utilizzato come parametro di legittimità costituzionale per sindacare la ragionevolezza delle scelte del legislatore in tema di sanzioni amministrative¹⁰⁴. Come dimostra la sentenza in commento, la Corte costituzionale non sembra assegnare a questo principio un ruolo molto diverso da un generico scrutinio di ragionevolezza (cfr. punto 4 del diritto).

Infine, l'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo trova un penetrante fondamento giuridico nel diritto sovranazionale, per mezzo dell'art. 117, co. 1, Cost., allorché vengono previsti obblighi sovranazionali d'introdurre misure punitive amministrative¹⁰⁵. In particolare, il diritto eurounitario¹⁰⁶ ha assunto un ruolo guida nello sviluppo di una teoria dell'efficacia delle misure punitive giacché, normalmente mediante direttive, richiede che gli stati membri introducano sanzioni «efficaci, proporzionate e dissuasive».

Se queste sono le specifiche basi giuridiche del principio d'efficacia rispetto al diritto sanzionatorio amministrativo, sia sostanziale che procedimentale (in senso ampio), è possibile giungere già ad una prima ed importante conclusione.

L'efficacia sostanziale del diritto sanzionatorio amministrativo dovrà essere valutata non genericamente utilizzando come parametro di legittimità costituzionale la "non manifesta irragionevolezza", come sino ad ora si è fatto, bensì, in forza del principio di specialità, utilizzando i più analitici parametri di legittimità costituzionale derivabili dai principi sopra menzionati.

Questo processo di giuridificazione dell'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo deve, tuttavia, trovare un punto d'equilibrio con la necessaria garanzia della discrezionalità del legislatore in materia di politica sanzionatoria, garantita dalla riserva di legge di cui all'art. 23 Cost.¹⁰⁷.

¹⁰³ F.G. SCOCA, voce *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, 2002, Agg. VI, p. 97.

¹⁰⁴ Cfr. anche Corte cost. 151/2021, punto 5 del diritto.

¹⁰⁵ S. MANACORDA, "Dovere di punire"? Gli obblighi di tutela penale nell'era della internazionalizzazione del diritto, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, 4, pp. 1364 ss. e C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. la discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, ETS, 2009, pp. 57 ss.

¹⁰⁶ A. BERNARDI, *L'uropeizzazione del diritto e della scienza penale*, Giappichelli, 2004, pp. 30-34.

¹⁰⁷ Sul punto d'equilibrio fra sindacato della Corte costituzionale e discrezionalità legislativa in materia penale cfr. G. LATTANZI, *Relazione del Presidente della Corte costituzionale sulla giurisprudenza costituzionale del 2018*, pp. 14-19 con nota di C. CUPELLI, [Sindacato costituzionale e discrezionalità legislativa. Le prospettive penalistiche nella relazione del presidente Lattanzi sulla giurisprudenza costituzionale del 2018](#), entrambi in *Dir. pen. cont.*, 27 marzo 2019.

Come insegna la giurisprudenza della Corte costituzionale¹⁰⁸ per salvaguardare la discrezionalità del legislatore è necessario introdurre il filtro del “carattere manifesto” della violazione. In altre parole, dovrebbe ritenersi integrata una violazione del principio d’efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo solo quando questa appaia “manifesta” e cioè evidente per il suo carattere estremo di tal che la norma sospettata di illegittimità costituzionale impedisca con alta probabilità il raggiungimento dello scopo preventivo del diritto sanzionatorio amministrativo.

3.4. Per un test costituzionale sull’efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo: un’ipotesi di cross-fertilization.

Fissati questi punti di partenza con riferimento sia ai parametri specifici di legittimità costituzionale sia al filtro del carattere “manifesto” dell’inefficacia, è utile guardare al diritto eurounitario per cercare di comprendere, nell’ottica di una virtuosa *cross-fertilization*¹⁰⁹, come potrebbe funzionare un test di legittimità costituzionale sull’efficacia sostanziale del diritto sanzionatorio amministrativo. La Corte di Giustizia, nell’ambito dei procedimenti di rinvio pregiudiziale, ha, infatti, elaborato un pregnante test d’efficacia sostanziale delle misure punitive, interpretando la formula «sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive» che normalmente compare nelle direttive dell’Unione europea¹¹⁰.

In premessa occorre rilevare che la giurisprudenza sull’interpretazione della formula «sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive» nasce nell’ambito delle procedure d’infrazione e cioè nell’ambito di giudizi di verifica *ex post* di un adempimento¹¹¹. Nel trasporre tale interpretazione all’interno giudizi di legittimità come il giudizio di legittimità costituzionale o l’uso alternativo del rinvio pregiudiziale è

¹⁰⁸ In materia penale cfr. Corte cost. 313/1995 secondo cui: «perché sia dunque possibile operare uno scrutinio che direttamente investa il merito delle scelte sanzionatorie operate dal legislatore, è pertanto necessario che l’opzione normativa contrasti in modo manifesto con il canone della ragionevolezza, vale a dire si appalesi, in concreto, come espressione di un uso distorto della discrezionalità che raggiunga una soglia di evidenza tale da atteggiarsi alla stregua di una figura per così dire sintomatica di “eccesso di potere” e, dunque, di sviamento rispetto alle attribuzioni che l’ordinamento assegna alla funzione legislativa».

¹⁰⁹ V. MANES, *I principi penalistici nel “network” multilivello: trapianto, palingenesi, “cross-fertilization”*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2012, fasc. 3, p. 862. Sull’uso dei metodi di altre Corti proprio con riferimento al principio di proporzionalità cfr. G. DE VERGOTTINI, *Diritto costituzionale comparato*, Cedam, 2013, pp. 44-45.

¹¹⁰ Sulla nozione in esame cfr. *Opinion of Advocate General Ruiz-Jarabo Colomer* del 26 maggio 2005 in C-76/03 *Commission of the European Communities v Council of the European Union*, par. 45 e *Opinion of Advocate General Geelhoed* del 23 settembre 2004 in C-494/01 *Commission of the European Communities v Ireland*, par. 28, tutte consultabili in *curia.europa.eu*. Nella dottrina italiana cfr. A. BERNARDI, *L’armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1, pp. 76 ss. e A. BERNARDI, *Profili di incidenza del diritto comunitario sul diritto penale agroalimentare*, in *Annali dell’Università di Ferrara – Scienze giuridiche*, vol. XI, Ferrara, 1997, 127 ss.

¹¹¹ C-68/88 *Commission v Greece*, C-382/92, *Commission v United Kingdom*, C-494/01 *Commission v Ireland*, C-189/07, *Commission v Kingdom of Spain*, tutte consultabili in *curia.europa.eu*.

necessario depurare l'interpretazione della formula di cui sopra dall'approccio *ex post* che caratterizza i procedimenti d'infrazione.

Quest'operazione di traduzione in una dimensione *ex ante* dell'interpretazione della formula «sanzioni efficaci, proporzionate e dissuasive» è stata autorevolmente condotta in alcune opinioni relative a procedimenti di rinvio pregiudiziale.

Può ancora essere presa a riferimento la lettura della formula «*sanction effective, proportionate and dissuasive*» che ha dato l'avvocato generale presso la Corte di Giustizia, Juliane Kokott, sia nel caso C-387/02, *Berlusconi e altri* che nel caso C-105/14, *Taricco e altri*¹¹² (in questo caso, con riferimento ai concetti analoghi di dissuasività e protezione efficace degli interessi finanziari dell'Unione che compaiono all'art. 325 TFUE).

L'ordinamento giuridico dell'Unione europea ha, infatti, percepito in maniera peculiare l'esigenza di dare una veste giuridica al principio d'efficacia per poter realizzare un controllo che potesse essere anche sostanziale sulle scelte degli Stati membri attuative degli obblighi eurounitari d'introdurre misure punitive. La mancanza di un sistema istituzionale capace di garantire un *enforcement* diretto e diffuso del diritto europeo ha, infatti, condotto tale ordinamento a sviluppare dei principi giuridici capaci di vincolare e rendere controllabile non solo formalisticamente l'attuazione del diritto punitivo da parte degli Stati membri¹¹³.

In particolare, nel caso C-387/02, *Berlusconi e altri*, al punto 88 dell'opinione dell'Avvocato generale¹¹⁴, viene definito il concetto di efficacia (ma taluni traducono con effettività il termine inglese *effectiveness*) della sanzione: «efficace è una disciplina sanzionatoria strutturata in modo tale che l'irrogazione della sanzione prevista (e quindi la realizzazione degli scopi previsti dal diritto comunitario) non venga resa praticamente impossibile o eccessivamente difficile. [...] Il principio di efficacia [chiarisce l'avvocato generale] non si applica solo quando un soggetto fa valere i suoi diritti derivanti dall'ordinamento comunitario nei confronti di uno Stato membro, ma anche al contrario, quando uno Stato membro applica nei confronti di un soggetto i precetti del diritto comunitario».

Al punto 89 dell'Opinione in commento, viene, invece, definitivo il concetto di sanzione dissuasiva: «dissuasiva è una sanzione che induce l'individuo ad astenersi dal violare gli scopi e le norme di diritto comunitario. A tal proposito non contano solo il tipo e la misura della sanzione [variabile della capacità dissuasiva della sanzione secondo una logica d'analisi costi/benefici], ma anche la probabilità con la quale la stessa può essere irrogata [variabile della certezza della pena]: chi commette un'infrazione deve temere di essere effettivamente punito con una sanzione. Sotto questo profilo il criterio della capacità dissuasiva si sovrappone a quello dell'efficacia.»

¹¹² Cfr. *Opinion of Advocate General Juliane Kokott* del 30 aprile 2015, in C-105/14, Ivo Taricco e altri, consultabile in curia.europa.eu.

¹¹³ A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, 1, pp. 76 ss.

¹¹⁴ *Opinion of Advocate General Juliane Kokott* del 14 ottobre 2004, in C-387/02, Berlusconi e altri, consultabile in curia.europa.eu.

Infine, al punto 90, l'Avvocato generale affronta il concetto di sanzione proporzionata: «una sanzione è proporzionata quando è idonea (quindi in particolare efficace e dissuasiva) e necessaria per il conseguimento degli scopi da essa legittimamente perseguiti. Qualora sia possibile una scelta tra più misure (ugualmente) appropriate, si deve ricorrere alla meno gravosa. Inoltre, gli effetti della sanzione sull'interessato non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti».

Quanto al metodo per l'accertamento del carattere efficace, proporzionato e dissuasivo della sanzione, al punto 91 dell'Opinione in esame, l'Avvocato generale propone una valutazione di legittimità *ex ante* che prenda in considerazione sia il diritto sostanziale che quello procedimentale: «il problema se una disposizione di diritto nazionale contenga una sanzione in tal senso efficace, proporzionata e dissuasiva dev'essere esaminato, in tutti i casi in cui sorge, tenendo conto del ruolo di detta norma nell'ordinamento giuridico complessivo ivi compreso lo svolgimento della procedura e delle peculiarità di quest'ultima dinanzi alle diverse autorità nazionali».

Guardando, adesso, all'ordinamento costituzionale, l'esclusiva finalità preventiva della sanzione amministrativa e il principio di proporzionalità impongono al giudice costituzionale di fare valutazioni analoghe a quelle di efficacia, dissuasività e proporzionalità proprie del test eurounitario appena analizzato. Di conseguenza, il test d'efficacia sostanziale elaborato dalla Corte di Giustizia può costituire un modello per l'evolversi di un autonomo test costituzionale sull'efficacia sostanziale quantomeno del diritto sanzionatorio amministrativo.

Infine, il confronto con il diritto eurounitario mostra come controllo sull'efficacia sostanziale di una norma del diritto sanzionatorio amministrativo abbia, metodologicamente, la necessità di essere globale poiché l'efficacia è il prodotto finale sia di norme sostanziali che procedimentali (in senso ampio). Questa multifattorialità dell'efficacia garantisce, a ben vedere, un ulteriore spazio di scelta riservato al legislatore. Tuttavia, siccome lo scrutinio di legittimità costituzionale sull'efficacia della misura punitiva deve accertare, per le ragioni già chiarite, il carattere manifesto della violazione, esso censura profili disfunzionali talmente gravi che possono riguardare anche uno soltanto dei fattori dell'efficacia (efficacia in senso stretto, dissuasività o proporzionalità) senza che l'eventuale legittimità degli altri fattori sia idonea a compensare il vizio. Si pensi, ad esempio, ad una misura punitiva assolutamente certa nella sua applicazione ma criminogena quanto agli effetti perché produce anche indirettamente incentivi a tenere il comportamento vietato.

3.5. Il test d'efficacia della disciplina sanzionatoria amministrativa nel prisma del principio di proporzionalità: risvolti sul piano della legittimità costituzionale.

Per comprendere quali possano essere gli spazi di un sindacato di legittimità costituzionale sull'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo occorre innanzi tutto riprendere la distinzione fra diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale e procedimentale o processuale.

Ebbene, l'accoglimento di una questione di legittimità costituzionale che faccia valere la manifesta inefficacia di una norma del diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale non può mai avere un effetto *in malam partem*¹¹⁵, altrimenti verrebbero violati sia il principio della necessaria prevedibilità della pena di cui all'art. 25., co. 2, Cost. sia il principio della riserva di legge¹¹⁶. L'unico caso, valevole anche al diritto sanzionatorio amministrativo punitivo, in cui, solo apparentemente, si potrebbe parlare di un effetto *in malam partem* è quello dell'eliminazione della norma penale di favore, con contestuale riespansione della norma generale meno favorevole¹¹⁷.

Da ciò consegue che l'esito naturale dell'accoglimento di una questione di legittimità costituzionale di manifesta inefficacia che abbia ad oggetto il diritto sanzionatorio amministrativo sostanziale deve essere favorevole al destinatario della sanzione e ciò si realizza, in linea di massima, mediante l'eliminazione di norme sfavorevoli con il conseguente rischio della creazione di vuoti normativi.

Un divieto di pronunciare *in malam partem*, invece, non si pone nell'ambito del diritto sanzionatorio amministrativo procedimentale o processuale. Anche in questo caso, tuttavia, si dà il rischio della creazione di vuoti normativi: non sempre, infatti, l'intervento della Corte costituzionale elimina una norma che costituisce un ostacolo all'efficacia del procedimento; può anche accadere che la pronuncia elimini una norma che è fonte di manifesta inefficacia ma senza la quale il procedimento non può funzionare (si pensi all'eliminazione di una norma sulla competenza).

Più in generale, la tutela dell'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo mediante la pronuncia di illegittimità costituzionale sembra condurre ad un paradosso tutte le volte in cui l'intervento della Corte crea un vuoto normativo eliminando direttamente il (o impendendo il funzionamento del) mezzo punitivo di tutela del bene giuridico protetto. Com'è possibile garantire l'efficacia sostanziale di una norma eliminandola¹¹⁸?

Si può costruire una risposta a quest'interrogativo collocando l'efficacia del diritto sanzionatorio nel prisma del principio di proporzionalità¹¹⁹: fra la lesione attuale di un diritto della persona e la tutela altamente improbabile di un bene giuridico, il principio di proporzionalità impone di dare prevalenza alla prima situazione. La pena deve essere, infatti, uno strumento di tutela efficace del bene giuridico protetto dal

¹¹⁵ M. GAMBARDILLA, *Il "caso Taricco": obblighi di disapplicazione "in malam partem" e compatibilità con i principi costituzionali della riserva di legge e di irretroattività* in *Rivista AIC*, 2016, 4, pp. 1 ss.

¹¹⁶ Innanzi alla richiesta di un intervento *in malam partem* in materia in senso ampio penale la Corte normalmente dichiara l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale. Interessante in proposito l'ordinanza n. 282 del 2019 che argomentava circa l'illegittimità costituzionale della depenalizzazione del reato d'ingiuria ricavando un obbligo di tutela penale dal diritto sovranazionale.

¹¹⁷ L. ROMANO, [Sindacato sulle norme penali di favore](#), in *Libro dell'anno del Diritto 2015*, Treccani online.

¹¹⁸ Ovviamente il problema in questi termini si pone solo in casi estremi ma il paradosso aiuta ad arrivare al nocciolo del problema.

¹¹⁹ Nel diritto europeo la formula sanzioni "effettive, proporzionate e dissuasive" non è altro che un adattamento alla materia punitiva del più generale principio di proporzionalità: ciò emerge chiaramente dal già citato punto n. 90 della *Opinion of Advocate General Juliane Kokott* del 14 ottobre 2004, in C-387/02, Berlusconi e altri, consultabile in [curia.europa.eu](#).

precetto altrimenti non v'è motivo per giustificare la limitazione delle libertà della persona che la pena di per sé comporta¹²⁰.

Tecnicamente, dunque, questo test specifico sull'efficacia sostanziale costituisce la prima fase (quella normalmente definita "d'idoneità" o "d'adequatezza") all'interno del più ampio giudizio di proporzionalità¹²¹ che Corte costituzionale oggi utilizza per il sindacato sul diritto penale e sul diritto sanzionatorio amministrativo punitivo¹²².

A ciò si aggiunga che l'eliminazione della norma manifestamente inefficace si giustifica anche sul piano funzionalista della tutela del bene giuridico protetto.

Un diritto sanzionatorio manifestamente inefficace, infatti, costituisce una tutela meramente apparente del bene giuridico protetto. La sanzione dell'illegittimità costituzionale per manifesta inefficacia pone il legislatore dinanzi all'opportunità di valutare, *in primis*, se il bene giuridico merita davvero una tutela di tipo punitivo e, in caso di scelta positiva, lo condiziona al fine d'introdurre una disciplina sanzionatoria maggiormente efficace.

Tracciato così il senso al contempo garantista e funzionalista di un ipotetico test costituzionale sull'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo è interessante riflettere sui possibili rimedi al vuoto di tutela creato da una pronuncia d'illegittimità costituzionale per manifesta inefficacia della disciplina sanzionatoria¹²³.

Si pone un problema di "vuoto di tutela" allorché la pronuncia d'illegittimità costituzionale travolge la tutela giuridica apprestata a garanzia del bene giuridico protetto dall'illecito. Innanzi ad un vuoto di tutela assume particolare interesse la nuova tecnica decisoria della Corte costituzionale dell'incostituzionalità differita¹²⁴. Tale tecnica decisoria, ancora in fase di sperimentazione, comporta l'accertamento dell'illegittimità costituzionale di una certa norma e, contestualmente, il differimento a data futura della declaratoria d'illegittimità costituzionale per dar modo al legislatore di emendare il vizio riscontrato¹²⁵.

In via generale, la richiesta d'intervento al legislatore è, infatti, un rimedio particolarmente utile in materia di sindacato sull'efficacia perché favorisce quell'intervento correttivo, normalmente aggiuntivo, necessario per assicurare l'efficacia minima della norma (o del sistema di norme) rimettendo l'iniziativa all'organo fisiologicamente destinato a costruire una normativa efficace. La Corte costituzionale, in

¹²⁰ C.E. PALIERO, *Il principio d'effettività nel diritto penale*, cit., pp. 11-12.

¹²¹ N. RECCHIA, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale. Scelte di criminalizzazione e ingerenza nei diritti fondamentali*, cit., pp. 164-166.

¹²² Corte cost. 151/2021 con nota di L. TOMASI, [Nuove prospettive per il sindacato costituzionale sulla proporzionalità del trattamento sanzionatorio](#), in questa Rivista, 4 ottobre 2021. In dottrina: F. VIGANÒ, *Garanzie penalistiche e sanzioni amministrative*, cit., pp. 1801-1806 e A. MACCHIA, *Il controllo costituzionale di proporzionalità e ragionevolezza*, in *Cass. pen.*, 2020, 1, pp. 40-44.

¹²³ Nella recentissima sentenza Corte cost. 151/2021 la Corte costituzionale opta per un'eliminazione secca della sanzione amministrativa punitiva manifestamente sproporzionata creando certo un vuoto di tutela rispetto al bene giuridico protetto ma che si giustifica nella logica del principio di proporzionalità.

¹²⁴ M. RUOTOLO, [L'evoluzione delle tecniche decisorie della Corte costituzionale nel giudizio in via incidentale. Per un inquadramento dell'ord. n. 207 del 2018 in un nuovo contesto giurisprudenziale](#), in *Rivista AIC*, 2019, 2, e M. D'AMICO, [Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale](#), in *Rivista AIC*, 2016, 4.

¹²⁵ R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Giappichelli, 2021, pp. 144-146.

casi che potrebbero essere ricondotti al concetto di manifesta inefficacia, ha, infatti, dichiarato la questione inammissibile o infondata per poi inviare un monito al legislatore¹²⁶. Tuttavia, il semplice monito non dà tutela immediata al diritto della persona leso da una misura punitiva inefficace e pertanto non rappresenta una tecnica decisoria ottimale.

Il problema è che neanche la tecnica decisoria dell'incostituzionalità differita, allo stato, evita che al soggetto ritenuto responsabile della violazione venga applicato un regime sanzionatorio che è stato accertato essere in contrasto con la Carta costituzionale¹²⁷.

Ne consegue che, ad oggi, l'opzione più in linea con l'anima garantista del principio di proporzionalità comporta l'immediata declaratoria dell'illegittimità costituzionale della norma o della serie di norme manifestamente inefficaci.

4. Conclusioni.

La sentenza n. 5 del 2021, confermando la precedente sentenza n. 134 del 2019, consente di fare il punto sul duplice statuto costituzionale del principio di legalità applicabile al diritto sanzionatorio amministrativo punitivo: la legalità-prevedibilità è regolata dall'art. 25, co. 2, Cost. mentre la legalità-riserva di legge è regolata dall'art. 23 Cost. Ciò consente l'intervento diretto del legislatore regionale o eurounitario in materia di illeciti e sanzioni di tipo amministrativo e autorizza le fonti secondarie ad una specificazione non solamente tecnica del precetto.

In questo modo, la Corte costituzionale ha adattato le garanzie penalistiche tradizionali riguardanti il principio di legalità penale al diritto sanzionatorio amministrativo punitivo. In particolare, sembra che il "nucleo duro" del principio di legalità penale che deve essere applicato anche al diritto sanzionatorio amministrativo punitivo sia costituito, da un lato, dalla conoscibilità del precetto e dalla prevedibilità delle conseguenze sfavorevoli e, dall'altro, dalla necessità che sia l'organo maggiormente rappresentativo della comunità territoriale di riferimento ad esprimersi sugli elementi essenziali dell'illecito e della sanzione amministrativa.

Se, con riferimento al principio di legalità, la sentenza n. 5 del 2021 è una sentenza che consolida un percorso, con riferimento alla questione dell'efficacia deterrente del diritto sanzionatorio amministrativo e, più in generale, delle misure punitive, potrebbe essere l'occasione per aprire un dibattito.

In particolare, sembra possibile calare all'interno dello scrutinio di proporzionalità sulla pena un sindacato analitico sull'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo che si giustifica in forza del principio di specialità rispetto ad un generico controllo di non manifesta irragionevolezza.

¹²⁶ Il riferimento è alle già citate sentenze Corte cost. n. 279/2019 e n. 15/2020.

¹²⁷ E. DOLCINI, [L'ordinanza della Corte costituzionale n. 97 del 2021: eufonie, dissonanze, prospettive inquietanti](#), in questa Rivista, 25 maggio 2021.

Per dar corpo a questo sindacato di legittimità costituzionale sull'efficacia del diritto sanzionatorio amministrativo la proposta è quella di confrontarsi con l'interpretazione che la Corte di Giustizia fornisce della formula sanzioni "efficaci, proporzionate e dissuasive" e che, per l'appunto, individua una nozione di efficacia della pena all'interno del principio di proporzionalità.

I limiti di quest'operazione sono rappresentati, essenzialmente, dal divieto, per la Corte costituzionale, di pronunciare *in malam partem*, dall'esigenza di rispettare la discrezionalità del legislatore in materia di politica punitiva e dal problema della creazione di eventuali vuoti normativi mediante pronunce d'illegittimità costituzionale.

Il fatto di calare il principio d'efficacia all'interno del principio di proporzionalità dovrebbe aiutare a leggere il problema dell'efficacia della pena nella giusta prospettiva rispetto alle tematiche sia della discrezionalità del legislatore che del vuoto normativo: ogni applicazione di una pena manifestamente inefficace comporta un'ingiustificata e quindi sproporzionata compressione dei diritti e delle libertà della persona.

La proposta di superare il test di manifesta irragionevolezza del diritto punitivo per approdare ad un test analitico d'efficacia è coerente con l'evoluzione verso un moderno controllo di proporzionalità del diritto punitivo e sebbene possa apparire ispirata ad un ingenuo razionalismo costituisce un tentativo per dare un volto giuridico al problema dell'inefficacia della pena.