

**STEFANO EMANUELE GIORDANO**

### **Principio di legalità europeo e applicabilità retroattiva dei *punitive damages* in via transitoria: una “svista” del legislatore?**

Com'è noto, il legislatore, con l'emanazione dei decreti legislativi 15 gennaio 2016, n. 7 e n. 8, ha inteso attuare la cosiddetta “nuova depenalizzazione”, che - in conformità alla legge delega 28 aprile 2012, n. 67 - ha espunto alcune fattispecie di reato dall'ordinamento penale *stricto sensu* inteso.

La scelta di politica criminale che emerge con evidenza è quella di una “rimodulazione” della qualità e della quantità dell'illecito, giacché i fatti previsti nei due decreti legislativi non elidono il carattere di illiceità delle condotte previamente comprese fra le ipotesi di reato, bensì comportano la “mera trasmigrazione”<sup>1</sup> delle fattispecie di cui agli originari illeciti penali in altrettanti illeciti denominati rispettivamente civili ed amministrativi.

In particolare, il decreto n. 8 trasforma alcune figure delittuose e contravvenzionali in altrettante figure di illecito amministrativo, mostrando dimestichezza con un modello trasmissivo di depenalizzazione appunto “amministrativa” ben collaudato da diversi decenni, a partire dalla nota l. 24 novembre 1981, n. 689; il tutto secondo il modello classico di “degiurisdizionalizzazione” dell'illecito, ben noto allo studioso<sup>2</sup>, con chiari intenti deflattivi del carico

---

<sup>1</sup> PITTARO, *La “depenalizzazione/trasmigrazione” del reato in illecito civile: dubbi dogmatici ed incertezze applicative*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it).

<sup>2</sup> In relazione al tema della depenalizzazione cfr. PALIERO, «*Minima non curat practor*», Padova, 1985; ROSSI, VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo*, Milano, 1990; SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, Bologna, 1983; TRAVI, *Sanzione amministrativa e pubblica amministrazione*, Padova, 1983. V. anche DOLCINI, *Depenalizzazione e tipologia delle sanzioni*, in *Temi rom.*, 1977, 371; ID., *Sanzione penale e sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, 589; ID., *Sui rapporti tra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, 1987, 777; ID., «*Il diritto penale amministrativo: profili comparatistici*», in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, 1254; MAZZA, *Depenalizzazione e «ragionevolezza» della sanzione*, in *Giur. merito*, 1979, 517; PETRONE, *Aspetti cost. della depenalizzazione*, in *Cass. pen.*, 1979, 1046; DOLCINI-PALIERO, «*I principi generali dell'illecito amministrativo nel disegno di legge «modifiche al sistema penale»*», in *Riv. it. dir. e Proc. pen.*, 1980, 1154; RAMACCI, *Principi ispiratori della depenalizzazione*, in *Studi senesi*, 1980, 158; LARIZZA, *Aspetti critici della depenalizzazione*, in *Riv. it.*, 1981, 61; BRICOLA, *La depenalizzazione della L. n. 689/81: una svolta reale nella politica criminale*, in *Politica dir.*, 1982, 367; AZZALI, *L'alternativa amministrativa: lineamenti di un sistema sanzionatorio*, ne *L'indice penale*, 1986, 581; GIUNTA, *Depenalizzazione*, in *Diz. dir. giur. pen.*, a cura di Vassalli, Milano, 1986, 191 ss.; MOCCIA, *Considerazioni di politica criminale sull'illecito depenalizzato*, in *questa Rivista*, 1986, 615; SINISCALCO, *Depenalizzazione*, in *Enc. Giur.*, X, 1988; PALIERO, *Depenalizzazione*, in *Dig. Pen.*, III, 1989, 425. Sull'intervento del d. lgs. n. 507 del 1999, cfr. DE GIOIA, GARGIULO, GRAZIANO, *La depenalizzazione dei reati minori nel d. lgs. n. 507/1999*, Padova, 2000; LUPO, *Uno sguardo generale sull'ultimo intervento legislativo in materia di*

giudiziario e attenuazione (per lo meno in linea di principio) delle garanzie per l'incolpato.

Viceversa, il decreto n. 7 (rubricato "Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'art. 2 co. 3, l. 28 aprile 2012 n. 67") traccia una strada sensibilmente diversa. Infatti, esso provvede ad una formale abrogazione delle fattispecie di reato in esso elencate, introducendo tuttavia nell'ordinamento nuove figure (sostanzialmente corrispondenti) di "illecito civile"; cui si accompagnano sanzioni tipiche e predeterminate (a dispetto dell'atipicità caratteristica dell'illecito aquiliano<sup>3</sup>) che - nell'ambito della causa civile instaurata dalla persona offesa per ottenere il risarcimento del danno - il giudice adito dovrà comminare quale sanzione punitiva nei confronti del convenuto soccombente a vantaggio delle casse dello Stato, in aggiunta alle pronunce risarcitorie/restitutorie a favore dell'attore. Si tratta della prima applicazione, nel nostro ordinamento, della figura della sanzione punitiva civile, su cui in dottrina e in giurisprudenza erano state sollevate (già in tempi non sospetti) notevoli perplessità anche con riferimento alla compatibilità dell'istituto con l'ordine pubblico italiano<sup>4</sup>.

Il presente lavoro intende mostrare come - a prescindere dalla nomenclatura ufficiale - sia stata in effetti disposta una mera depenalizzazione formale, mantenendo invece, nella sostanza, il carattere intrinsecamente punitivo delle sanzioni sostitutive, spesso addirittura in forma più penetrante ed afflittiva rispetto a quelle sostituite, con conseguenti problemi di spinosa gravità in ordine alla legittimità del regime intertemporale per le fattispecie che da reati vengono trasformate in "illeciti civili".

In effetti, non vi sarebbe stato bisogno dell'intervento del legislatore, com'è evidente, per colorare di illiceità civile comportamenti già annoverati quali

depenalizzazione (D.lgs. n. 507 del 1999), in *Stud. iur.*, 2000, 755 Sulla più recente depenalizzazione cfr. anche BOVE, CIRILLO, *L'esercizio della delega per la riforma della disciplina sanzionatoria: una prima lettura*, in [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it); LEOPIZZI, *Depenalizzazioni: i reati trasformati in illeciti amministrativi (D.lgs. 15 gennaio 2016, n. 8)*, in [www.ilpenalista.it](http://www.ilpenalista.it); PITTARO, *La "depenalizzazione/trasmigrazione"*, cit.

<sup>3</sup> MASIERI, *Decriminalizzazione e ricorso alla "sanzione pecuniaria civile"*, in [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it); PALAZZO, *Nel dedalo delle riforme recenti e prossime venture. (A proposito della legge n. 67/2014)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 1693 ss. e spec. 1718 ss. Sul "sistema punitivo di diritto pubblico", costituito dal diritto penale sostanziale, dal diritto amministrativo punitivo e dall'illecito depenalizzato cfr. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, II edizione, Bologna, 1995; inoltre, PITTARO, *Sub art. 25, commi 2 e 3*, in BARTOLE, BIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 2008, 265 ss.

<sup>4</sup> Cass. civ., Sez. I, 19 gennaio 2007, n. 1183, con nota di PONZANELLI, *Danni punitivi: no grazie*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1461 ss., e Id., Sez. I, 8 febbraio 2012, n. 1781, con nota di PONZANELLI, *La Cassazione bloccata dalla paura di un risarcimento non riparatorio*, in *Danno e resp.*, 12012, 609 ss., hanno rifiutato di introdurre nel nostro ordinamento, tramite riconoscimento di sentenze straniere, i cc.dd. *punitive damages*.

fattispecie di reato abrogate; da questo punto di vista, com'è ovvio, il comportamento (ancorché divenuto penalmente irrilevante) rimane illecito sotto il profilo civilistico, quale fatto ingiusto produttivo di danno, cosicché la persona offesa ha - ed avrebbe avuto in ogni caso - la possibilità di ricorrere al giudice civile per ottenere il risarcimento del danno ingiusto subito e/o le restituzioni dovute.

L'intento del legislatore - prendendo spunto dal diritto nordamericano in cui, al risarcimento del danno a favore della persona offesa, si affianca altresì una sanzione pecuniaria specifica (c.d. *criminal private punishment*) da versare nelle casse dello Stato, con scopi tipici di afflizione ed emenda - è stato invece quello di non lasciare impuniti fatti che, seppur penalmente ormai non più rilevanti, rappresentano comunque condotte che la coscienza sociale continua a stigmatizzare.

Più che ad una tipica depenalizzazione, ci troviamo dunque di fronte ad una "rimodulazione" dell'illecito che, attraverso il cambio della mera etichetta, verrà sanzionato (peraltro con costi più esosi, sia per la persona offesa che per il reo) dal giudice civile anziché da quello penale, attraverso un procedimento diverso per la eterogeneità del rito e con garanzie difensive modellate sulle meno incisive - per il contraddittorio - regole del contenzioso civile rispetto al giusto processo penale.

Senza entrare nel merito delle singole disposizioni del decreto n. 7, è importante rilevare che tra le fattispecie abrogate e riscritte, vi sono reati di non poco momento quali, per esempio, alcuni reati di falso, il delitto di ingiuria, il danneggiamento semplice ed altre fattispecie. Prescindendo qui dalle *technicalities* (per le quali si rinvia a commenti più analitici<sup>5</sup>), si può pertanto concludere nel senso che la normativa in oggetto ha provveduto alla rimozione sanzionatoria, sia in senso quantitativo che in senso qualitativo, dei reati di falso, di danneggiamento e di ingiuria.

L'art. 3<sup>6</sup> del decreto dispone che i nuovi "illeciti civili":

- a) sono rilevanti soltanto se dolosi, con esclusione sia della colpa lieve che della colpa grave;
- b) mantengono comunque l'obbligo alla restituzione e al risarcimento del danno (a riprova della loro natura non sostitutiva, bensì cumulativa rispetto all'illecito civile aquiliano);

V'è da precisare pure che tali illeciti civili "tipici" prevedono anche la sanzio-

---

<sup>5</sup> LEOPIZZI, *Depenalizzazioni: i reati trasformati in illeciti amministrativi*, cit.

<sup>6</sup> «Art. 3- Responsabilità civile per gli illeciti sottoposti a sanzioni pecuniarie: 1. I fatti previsti dall'articolo seguente, se dolosi, obbligano, oltre che alle restituzioni e al risarcimento del danno secondo le leggi civili, anche al pagamento della sanzione pecuniaria civile ivi stabilita. 2. Si osserva la disposizione di cui all'articolo 2947, primo comma, del codice civile».

ne del pagamento della “pena civile” *ivi* stabilita (che, peraltro, nel minimo e nel massimo risulta sempre essere superiore rispetto alla multa originariamente prevista per i delitti “trasfigurati”).

Inoltre, l’art. 5 del decreto in esame stabilisce i criteri di commisurazione delle sanzioni pecuniarie che il giudice civile adito è tenuto ad osservare. Essi sono:

- a) la gravità della violazione;
- b) la reiterazione dell’illecito;
- c) l’arricchimento del soggetto responsabile;
- d) l’opera svolta dall’agente per l’eliminazione o attenuazione delle conseguenze dell’illecito;
- e) la personalità dell’agente;
- f) le condizioni economiche dell’agente.

Tale disposizione richiama quanto già previsto dall’art. 133 c.p. per ciò che concerne la commisurazione della pena criminale.

Se si confronta il criterio della gravità della violazione *sub a)* con quello della gravità del reato *ex art. 133, co. 1, c.p.* e si considera che il n. 3 di quest’ultima disposizione contempla altresì l’intensità del dolo e il grado della colpa, è peraltro possibile, giusta la somiglianza tra le due disposizioni, ritenere che – anche nell’ipotesi normativa di cui all’art. 5 d.lgs. n. 7 – possa assumere rilievo l’intensità dell’elemento volitivo dell’agente.

Di particolare significanza risulta poi essere la previsione *sub b)*: la reiterazione dell’illecito. Essa è dettagliatamente disciplinata dall’art. 5 d.lgs. n. 7, che ne prevede la configurazione laddove l’illecito sottoposto a sanzione pecuniaria civile sia compiuto entro quattro anni dalla commissione, da parte dello stesso soggetto, di un’altra violazione sottoposta a sanzione pecuniaria civile della stessa indole e che sia stata accertata con provvedimento esecutivo. In particolare, si considerano della stessa indole le violazioni della medesima disposizione nonché di disposizioni diverse che tuttavia, per natura dei fatti o modalità della condotta, presentano caratteri comuni o omogeneità sostanziale.

È quasi superfluo sottolineare come quanto disposto richiami la definizione penalistica della recidiva, *ex art. 99 c.p.*, con la variante del limite temporale (quattro anni e non cinque), nonché la disposizione dell’art. 101 c.p. per quel che concerne la stessa indole: seppure, nel nuovo testo normativo, le modalità della condotta sostituiscano, in più ampio senso, i motivi che determinarono i fatti in oggetto, mentre la omogeneità sostanziale dei fatti si aggiunge ai loro caratteri fondamentali comuni (questi ultimi previsti anche dalla disposizione penale).

È significativo altresì che, relativamente al pagamento della sanzione, l’art. 9

del d.lgs. n. 7 preveda che il giudice possa disporre, così come stabilito dall'art. 133-ter c.p., la dilazione del pagamento in rate mensili da due a otto, in base alle condizioni economiche del condannato. Inoltre, per il pagamento della sanzione pecuniaria civile non è ammessa alcuna forma di copertura assicurativa e il relativo obbligo non si trasmette agli eredi: elementi che sottolineano la natura personale e punitiva della sanzione stessa. A conferma poi di tale ipotesi, l'art. 10 d.lgs. n. 7 dispone che il provento della sanzione pecuniaria civile sia devoluto (non alla persona offesa, ma) in favore della Cassa delle ammende.

Quanto finora descritto mostra in maniera inequivocabile come il modello di illecito, così delineato, sia definibile soltanto nominalmente - mediante una facilmente smascherabile frode delle etichette - di natura civile, rivestendo viceversa esso, coerentemente con la sua matrice anglosassone, natura eminentemente personale, afflittiva e punitiva.

Se poi si considera che, nella maggior parte dei casi, la trasformazione da illecito penale a illecito civile ha determinato un aumento della sanzione pecuniaria a carico del reo, il problema della natura dell'illecito così configurato refluisce su questioni costituzionalmente rilevanti e pone problemi di compatibilità con l'art. 7 CEDU, nella elaborazione giurisprudenziale che eminentemente svolge la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, unico, autentico interprete della Convenzione stessa.

È noto che l'approccio della Corte Europea, ai fini definitivi della nozione di materia penale<sup>7</sup>, sia di natura prettamente sostanzialistica e si contrapponga alla prospettiva dell'ordinamento giuridico penale italiano, quest'ultimo rigidamente declinato sul concetto formale di reato e sul principio nominalistico accolto dal codice penale (v. artt. 17, 39 c.p.). Secondo l'orientamento consolidato della giurisprudenza di Strasburgo, la corretta ermeneutica della nozione di materia penale (*Matière Pénale / Criminal Offence*), di cui agli artt. 6 e 7 CEDU, impone di estendere quest'ultima sino a ricomprendere tutte le infrazioni e le sanzioni che, al di là della nomenclatura formale utilizzata negli Stati membri, risultino caratterizzate da un contenuto sostanzialmente punitivo e/o da una dimensione intrinsecamente afflittiva<sup>8</sup>; così ampliando il campo di ap-

<sup>7</sup> Sulla natura sostanzialistica della norma penale cfr. MANES, *La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zagrebelsky, Milano, 2011, 34 ss.; sui rapporti tra diritto convenzionale e diritto penale interno cfr. MILITELLO, *Der Einfluss der Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte auf die italienische Strafrechtsordnung*, in *Festschrift für K. Tiedemann*, Muenchen, 2008, 1421-1434.

<sup>8</sup> Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, Engel e altri c. Paesi Bassi; il carattere intrinsecamente afflittivo della norma penale è messo in risalto, come tratto distintivo - insieme a quello dell'emenda - della sua "sostanza" rispetto al diritto "non eminentemente punitivo", da PAGLIARO, *Principi di diritto penale-*

plicazione ed i margini di operatività delle garanzie a tale nozione riconnesse e consentendo in svariati casi di smascherare parecchie ipotesi di “truffa delle etichette”<sup>9</sup>.

Ragionevolmente, la Corte ha fatto leva su autonomi criteri (e sottocriteri) di regola considerati alternativi e non cumulativi, ma spesso apprezzati in maniera congiunta e complessiva. Tali criteri, denominati nella prassi criteri *Engel* (per effetto, appunto, della più nota delle decisioni in cui essi sono stati elaborati<sup>10</sup>), vengono fondamentalmente distinti in un triplice ordine:

- 1) la qualificazione della infrazione nel diritto interno (che però ha un valore formale e relativo, a detta della Corte);
- 2) la natura dell'infrazione o dell'illecito (che fa leva sul carattere e la struttura della norma trasgredita in termini di generalità del precetto e dei destinatari, nonché sulla significatività della trasgressione, anche alla luce di un confronto comparatistico);
- 3) la natura e la gravità della sanzione, dove l'elemento della gravità incentra l'analisi principalmente su principi contenutistici (per esempio la natura custodiale o meno della sanzione), mentre per natura si intende un concetto imperniato sulla pertinenzialità rispetto ad un fatto di reato, sia alla luce dello scopo (repressivo in caso penale) della sanzione stessa, sia alla luce delle procedure correlate alla sua adozione ed esecuzione.

Nel progressivo sviluppo della sua giurisprudenza, peraltro, la Corte EDU ha accentuato, ai fini della identificazione della natura penale del precetto e della sanzione, il criterio dello scopo della sanzione<sup>11</sup>. Alcune recenti decisioni della Corte di Strasburgo hanno smascherato la natura penale di alcune sanzioni qualificate come amministrative nel diritto interno; si pensi all'ipotesi italiana

*Parte generale*, VII, Milano, 2000, 27.

<sup>9</sup> La giurisprudenza della Corte EDU (sintetizzata, da ultimo, nella sentenza *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006) sull'ambito di applicazione delle disposizioni della Convenzione relative agli illeciti penali si è essenzialmente sviluppata in occasione di ricorsi basati sull'art. 6 ovvero sull'art. 7 della Convenzione. In dottrina, BERNARDI, *Commento all'articolo 7*, in *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da Bartole, Conforti, Raimondi, Padova, 2001, 256; NICOSIA, *Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006, 39 ss.; A. ESPOSITO, *Il diritto penale "flessibile"*, Torino, 2008, 307 ss.; VAN DIJK, VAN HOOF, *Theory and Practice of the European Court of Human Rights*, III ediz., L'Aia, 1998, 409 ss.; HARRIS-O'BOYLE-WARBRICK, *Law of the European Convention on Human Rights*, II ed., Oxford University Press, 2009, 204 ss.

<sup>10</sup> Corte Edu, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit.

<sup>11</sup> Il paradigma è offerto dalla decisione della Corte eur. dir. uomo, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, cit., ulteriormente approfondita da Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 2014, *Oztürk c. Repubblica Federale Tedesca*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1985, 894 ss., con nota di PALIERO, *"Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" e una svolta radicale*. Per ulteriori approfondimenti, cfr. BERNARDI, *Art. 7 "Nessuna pena senza legge"*, cit.; cfr. altresì, CONSULICH, *«Materia penale» e tutela dei beni giuridici comunitari*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 2006, 65 ss.

della cosiddetta confisca urbanistica<sup>12</sup>, in cui si è riconosciuta la natura sostanzialmente penale della stessa, in ragione della stretta connessione con l'illecito penale a cui accedeva e, soprattutto, del contenuto prevalentemente punitivo piuttosto che preventivo della misura.

Orbene, i criteri cui si è fatto riferimento e, in particolare, il carattere e la natura della norma trasgredita, la significatività della trasgressione, la generalità del precetto e dei destinatari, ma soprattutto la natura della sanzione (tipicamente repressiva e non preventiva e la gravità della stessa (che risulta, come si è osservato, essere superiore nel nuovo illecito modellato dal legislatore), sembrano non lasciare dubbi sulla natura eminentemente penalistica dell'illecito "civile", così come configurato dalla dichiarata "depenalizzazione".

Tutto ciò crea una rete di spinosi problemi in ordine alla legittimità convenzionale di varie norme del decreto *de quo* (sia sostanziali, sia processuali, alla luce degli artt. 6 e 7 CEDU).

Quello che peraltro ci si propone di analizzare in questa sede è, in particolare, il rispetto delle garanzie sostanziali che vengono offerte al reo nell'applicazione della nuova disciplina transitoria (che, per molti versi, va oltre il dettato - assai più garantista - dell'art. 2 c.p.<sup>13</sup>); rispetto che verrà parametrato sullo statuto europeo di modello convenzionale di cui all'art. 7 CEDU.

In particolare, il primo co. dell'art. 12 del decreto legislativo qui commentato prevede che le disposizioni relative alle sanzioni pecuniarie civili si applichino anche "ai casi commessi prima" del 6 febbraio 2016, data di entrata in vigore della disciplina, "salvo che il procedimento sia stato definito con sentenza o con decreto passato in giudicato".

Orbene, se il processo è stato definito con provvedimento passato in cosa giudicata, sarà agevole, per il reo, agire ai sensi dell'art. 673 c.p.p. e chiedere, pertanto, la revoca delle sentenze o dei decreti penali di condanna in relazione a tali fattispecie; ciò, peraltro, oltre a non introdurre nulla di nuovo rispetto a quanto già sancito dall'art. 2 c.p., non recherà alcuna conseguenza signifi-

---

<sup>12</sup> Corte eur. dir. uomo, 30 agosto 2007, Sud Fondi e a. c. Italia; analogamente, nel merito, Id., 20 gennaio 2009, Sud fondi e a. c. Italia; cfr. altresì Cass., Sez. III, 24 settembre 2008, Canisto, in *Cass. pen.*, 2009, 9, 3417 ss., con nota di MAZZACUVA F., *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*.

<sup>13</sup> Per un approfondimento sulla disciplina prevista dall'art. 2 c.p., cfr. fra i tanti FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale - Parte generale*, VI ed., Bologna, 2010, 95 ss; PADOVANI, *Diritto Penale*, Milano, X ed., 2012, 40 ss; PAGLIARO, *Principi di diritto penale, Parte Generale*, cit., 114 ss.; ROMANO B., *Diritto penale, Parte generale*, II ed., Padova, 2013, 45 ss. Cfr. anche il nostro *Riforma dell'abuso di ufficio e diritto transitorio*, in *Giust. pen.*, 1998, 321 ss.

cativa sulle eventuali statuizioni civili risarcitorie o restitutorie già divenute definitive<sup>14</sup>.

Nel diverso caso di applicazione delle nuove norme ai procedimenti pendenti, si assisterà invece all'applicazione retroattiva della nuova sanzione "civile", addirittura più afflittiva nella sostanza rispetto a quella precedentemente formulata e poi abrogata. Manca infatti, nel d.lgs. n. 7, una disposizione analoga al co. 3 dell'art. 8 d.lgs. n. 8, in base al quale ai fatti commessi prima dell'entrata in vigore del decreto medesimo non può essere applicata una sanzione pecuniaria di importo superiore al massimo della pena originariamente inflitta per il reato.

*Quid iuris*, dunque, nell'ipotesi in cui il giudice civile applichi una sanzione pecuniaria superiore, in concreto, rispetto a quella che sarebbe stata irrogata secondo le norme del codice penale abrogate, per fatti avvenuti anteriormente all'entrata in vigore del d.lgs. n. 7?

Orbene, anche in questo caso viene in risalto il concetto di "legalità" secondo la previsione dell'art. 7 CEDU e l'interpretazione resane dalla Corte Europea: i profili della irretroattività, della tassatività e della conoscibilità del precetto si trovano ad essere coinvolti in un tutt'uno e si perdono confluendo «nel valore garantistico fondamentale dell'esclusione di imprevedibili sorprese da parte delle autorità pubbliche, giudici compresi, nei confronti dei diritti e delle libertà individuali»<sup>15</sup>.

Qui infatti, seguendo le categorie dogmatiche tipiche del diritto convenzionale, la "porta" della legalità viene garantita attraverso il divieto di accesso della norma penale incriminatrice successiva al fatto, in uno con la conoscibilità del precetto sotto il profilo della colpevolezza (come indicato anche dalla nostra Corte costituzionale con la sentenza n. 364 del 1988) e della prevedibilità delle conseguenze delle proprie condotte, sul presupposto di una "base legale"<sup>16</sup>

<sup>14</sup> Cass., Sez. V, 20 dicembre 2005, Colacito, in *Mass. Uff.*, n. 233598, secondo cui «La revoca della sentenza di condanna per *abolitio criminis* (art. 2, co. 2, c.p.) - conseguente alla perdita del carattere di illecito penale del fatto - non comporta il venir meno della natura di illecito civile del medesimo fatto, con la conseguenza che la sentenza non deve essere revocata relativamente alle statuizioni civili derivanti da reato, le quali continuano a costituire fonte di obbligazioni efficaci nei confronti della parte danneggiata».

<sup>15</sup> ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, cit., 107.

<sup>16</sup> CHIAVARO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, 86 ss.; NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, cit., 58 ss.; ZAGREBELSKY, *La Convenzione Europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, cit. Per un approfondimento sul concetto di legalità penale nella CEDU, cfr. *La Convenzione dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes, Zabrebelsky, Milano, 2011, *passim*; CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Roma, 2011; GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano, 2010, 7 ss. e 81 ss.; KLIP, *European Criminal Law*, Antwerp-Oxford-Portland, 2009, 67 ss. Sul diritto di creazione giurisprudenziale, cfr. altresì DONINI, *Europei-*

che funga da orientamento di valutazione *ex ante* delle condotte dei consociati.

Pertanto, sarà facile che il giudice non attento al concetto di “base legale” convenzionale cada nel rischio della “frode delle etichette” suindicata, non tenendo conto della sostanziale natura penale della sanzioni introdotte per gli illeciti “civili”; e applichi quindi al reo una sanzione in concreto più elevata, dal punto di vista pecuniario, di quella che quest’ultimo avrebbe avuto inflitta nell’ipotesi di vigenza della norma penale abrogata.

Come sempre, è perciò il giudice interno il primo “guardiano” della conformità alla Convenzione delle norme di diritto interno e -d’ufficio o investito dalla parte interessata- potrà/dovrà procedere (com’è ormai pacifico dalle note sentenze gemelle in poi<sup>17</sup>) ad una reinterpretazione convenzionalmente orientata del dato normativo (in ausilio, nella fattispecie, anche con l’eventuale applicazione analogica della norma di diritto transitorio di cui al d.lgs. n. 8, laddove si voglia ritenere che la mancanza della disposizione *de qua* sia nel decreto n. 7 sia frutto di una mera dimenticanza, e non di una scelta mirata del legislatore); giungendo per l’effetto ad una determinazione della sanzione inflitta che non superi, per i fatti commessi prima dell’entrata in vigore del d.lgs. n. 7, i limiti edittali previsti dalle disposizioni penali abrogate.

Ma v’è a nostro parere un ulteriore intervento che il giudice nazionale deve operare, pena la possibile declaratoria di incostituzionalità delle nuove disposizioni legislative ai sensi dell’art. 117 Cost. e 7 CEDU come norma interposta. Quest’ultimo dovrà infatti applicare il d.lgs. n. 7 - ai fini della commisurazione della sanzione “civile” - tenendo conto del grado di colpevolezza e dell’oggettiva entità del fatto ai sensi dell’art. 133 c.p., nonché delle dovute diminuzioni di pena nel caso in cui intraveda una lieve entità del danno patrimoniale o alcun altro dei profili che avrebbe dovuto considerare il giudice penale (come la presenza di attenuanti generiche o di qualsiasi fattispecie riconducibile all’art. 62 c.p.). Sarebbe del tutto irragionevole e censurabile ai sensi dell’art. 3 Cost., infatti, che di questa moltitudine di circostanze attenuanti possa giovare colui che ha commesso i fatti sotto il vigore della precedente legge e non anche colui che, avendo confidato nel precetto vigente prima dell’entrata in vigore del decreto in commento, sia stato “colpito” dallo *ius superveniens* degli effetti transitori sfavorevoli della nuova disciplina, non

---

*smo giudiziario e scienza penale. Dalla dogmatica classica alla giurisprudenza-fonte*, 2011, p. 52ss.. Sul concetto di prevedibilità e di accessibilità della norma penale nella portata dell’art. 7 CEDU, sia consentito il rinvio al nostro *Il “concorso esterno” al vaglio della Corte EDU: prime riflessioni sulla sentenza Contrada contro Italia*, in questa Rivista online.

<sup>17</sup> Corte cost., n. 348 del 2007; Id., n. 349 del 2007.

essendosi (per cause estranee alla sua volontà o possibilità) il relativo processo penale concluso con sentenza definitiva.

Nell'ipotesi in cui il giudice irroghi una sanzione "civile" più consistente in termini pecuniari di quella in concreto applicabile secondo i parametri della legge penale non più vigente, ovvero ritenga non fruibili istituti di *favor* di matrice penalistica (si pensi all'esimente della cosiddetta provocazione nell'ingiuria), così discostandosi dai parametri convenzionali sopra citati, si verificherà di fatto una violazione del principio di legalità penale, nel senso onnicomprensivo in cui viene inteso in ambito europeo, che comprende l'ultrattività della *lex mitior*.

In questo caso, l'unico effetto della norma transitoria in esame (derogatoria rispetto ai criteri di cui all'art. 2 c.p.) potrebbe essere quello di rendere retroattiva una sanzione punitiva più sfavorevole in concreto per il reo; sanzione irrogata per fatti che, al momento in cui sono stati commessi, avrebbero potuto costituire un'ipotesi di reato assai lieve o addirittura un fatto non punibile ai sensi dell'art. 131-*bis* c.p. per la loro particolare tenuità o per l'applicazione di una causa di non punibilità. Fattispecie tutte, che, secondo un'interpretazione di tipo formalistico, non sarebbero più applicabili in un ordinamento sanzionatorio retto dal rito civile; *massime* considerando che i tetti edittali pecuniari delle "nuove" sanzioni sono ben superiori rispetto a quelli corrispondenti ai "vecchi" illeciti penali.

Solo nei casi in cui tale strada non risultasse praticabile, giacché la *dictio* letterale della norma non ne dovesse consentire l'interpretazione convenzionalmente orientata, il giudice adito dovrebbe sollevare questione di costituzionalità della disposizione transitoria per contrarietà agli artt. 3, 25 cpv., 117 Cost. e 7 CEDU (infatti, nell'ambito del diritto convenzionale, a differenza di quanto accade in quello comunitario, non residuano spazi per una disapplicazione della norma incompatibile con quella convenzionale sovraordinata).

Per quanto concerne, invece, l'applicabilità delle nuove norme ai fatti occorsi dopo l'entrata in vigore della disciplina novellata, *nulla quaestio*: il precetto delle norme era, seppur sotto mutate spoglie, conoscibile e punto di riferimento di orientamento delle condotte da parte dei destinatari della norma; non si pongono evidentemente né problemi di retroattività né di prevedibilità e accessibilità della norma, anche se sostanzialmente penale.

Le succitate problematiche mostrano come un legislatore frettoloso abbia provveduto ad attuare meccanismi deflattivi del processo penale attraverso strumenti che, a ben vedere, celano violazioni di diritti soggettivi di libertà di rilevante interesse. L'esempio sopracitato della possibile incostituzionalità, sotto il profilo della illegittimità convenzionale e della diseguaglianza irragionevole delle nuove norme, è solo la punta dell'*iceberg* di un provvedimento

legislativo che - c'è da temere - recherà con sé ulteriori problemi e dilemmi anche sulla opportunità dell'opzione legislativa prescelta; opzione che graverà principalmente sulle vittime incolpevoli di reato che, per vedere soddisfatti interessi di pregnante rilevanza costituzionale, saranno costretti a rivolgersi al giudice civile, con un sensibile aggravio dei tempi, nonché degli oneri e dei costi difensivi.

Inoltre, alla censurabile opzione legislativa della "rimodulazione" dell'illecito e traslazione della norma penale nel precetto/sanzione civile corrisponderà sul piano processuale un inevitabile, quanto insopportabile, aumento del contenzioso civile, non solo bagatellare<sup>18</sup>, in un settore in cui - indiscutibilmente - i ruoli sono incredibilmente sovraccarichi e la risposta alla domanda di giustizia lenta e spesso non effettiva.

Ulteriori problematiche, qui non analizzate, relativamente all'applicabilità delle nuove sanzioni civili, saranno verosimilmente oggetto di dubbi che l'interprete dovrà affrontare con riguardo sia ai criteri di commisurazione della sanzione, sia al rito e alle garanzie difensive per l'incolpato. Saranno sufficienti le garanzie della prima parte dell'art. 6 Convenzione EDU per la tutela di interessi sostanzialmente afferenti alla materia penale? O il meccanismo di tutto il diritto punitivo amministrativo e civile andrebbe affidato, secondo l'approccio sostanzialistico dei criteri Engel, allo statuto difensivo previsto dal giusto processo penale fotografato dagli artt. 6, § 2 e § 3, CEDU e 111 Cost.? Ma si tratta di domande che meriterebbero approfondimenti e competenze ulteriori rispetto ai limiti del presente contributo.

---

<sup>18</sup> Si pensi alle ipotesi di abuso di foglio in bianco e di danneggiamento, così come modificati dal d.lgs. n. 7 del 2016.