ISSN 2384-9169
Fascicolo n. 4 - 2025
rivista.eurojus.it

Legittimazione e criticità del diritto punitivo dell'Unione europea. Il caso delle sanzioni in materia di cibersicurezza[*]

DI CHRISTOPH SIMON THUN HOHENSTEIN WELSPERG[**]

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La direttiva NIS e i lavori preparatori alla nuova direttiva. – 3. Gli obblighi in materia di sicurezza cibernetica e le relative sanzioni. – 4. Le basi giuridiche. – 4.1. Il cammino verso l'attribuzione di competenze in materia sanzionatoria all'Unione europea. – 4.2. Il "sistema di tutela immediata" dei beni comunitari. – 4.3. La cooperazione in materia penale. – 4.4. La "faglia" post-Lisbona nella competenza sanzionatoria dell'Unione. – 4.4.1. "Materia penale" tra forma e sostanza. – 4.4.2. Il diritto derivato. – 4.4.3. La lettera dell'art. 83, par. 2, TFUE. – 4.4.4. Criteri per un'interpretazione sostanziale. – 4.4.5. La centralità "garantistica" dell'art. 83, par. 2, TFUE. – 4.4.6. Il senso della distinzione penale/amministrativo. – 5. La natura delle sanzioni previste dalla direttiva NIS 2. – 5.1. Sanzioni pecuniarie. – 5.2. Sanzioni interdittive. – 5.3. Clausola "residuale". – 6. L'impossibilità di eludere la base giuridica dell'art. 83, par. 2, TFUE. – 7. L'attuazione delle sanzioni nel diritto italiano: legalità, diritto al silenzio e proporzionalità – 8. Conclusioni.

1. Introduzione.

È innegabile l'importanza assunta, negli ultimi decenni, dai sistemi informativi e dalle reti, luoghi in cui vengono custodite e trasmesse informazioni estremamente sensibili per i singoli e per la società. Ciononostante, l'assenza di una cultura della sicurezza digitale, causata da un lato dalla velocità dello sviluppo tecnologico e, dall'altro, dalla scarsa consapevolezza dell'impatto di eventuali incidenti, ha impedito lo sviluppo di codici di condotta idonei a contenere il rischio di incidenti informatici. Per questo è gradualmente emersa la necessità di stabilire, in funzione anzitutto promozionale[1], alcuni obblighi di natura giuridica.

[*] Il presente scritto è in parte sostenuto dal progetto SERICS (PE00000014), nell'ambito del programma NRRP MUR finanziato dal NGEU.
[**] Assegnista di ricerca presso il Dipartimento di Studi Internazionali, Giuridici e Storico – Politici, Università degli Studi di Milano.
[1] Espliciti, in questo senso, il considerando n. 4 della direttiva NIS, secondo il quale è «opportuno che agli operatori di servizi essenziali e ai fornitori di servizi digitali si applichino obblighi in materia di sicurezza e notifica per promuovere una cultura della gestione dei rischi e garantire la segnalazione degli incidenti più gravi» e il

Della necessità di garantire l'uniformità di questi obblighi a tutela del mercato unico sono da lungo tempo persuase le istituzioni europee, che hanno approvato un primo insieme di «misure per un livello comune elevato di sicurezza delle reti e dei sistemi informativi nell'Unione» nel 2016[2].

Come si vedrà, questo primo intervento armonizzatore non è riuscito a determinare un effettivo cambio di passo nella tutela delle persone e della società. Di qui la necessità di rivedere la direttiva 2016/1148, sostituita nel 2022 dalla direttiva NIS 2[3], la quale si è concentrata, fra le altre cose, proprio sulla armonizzazione delle *sanzioni* in materia di sicurezza cibernetica, nuovi baluardi della prevenzione generale in questa materia[4].

Nel prosieguo ci si interrogherà sulla natura di queste sanzioni e sulla legittimità dell'intervento dell'Unione, partendo dal presupposto che la necessità di diffondere una nuova cultura della sicurezza informatica e di tutelare chi sia esposto ai rischi derivanti da possibili minacce a questo bene non può giustificare né interventi di armonizzazione *ultra vires* né illegittimi sacrifici dei diritti dei soggetti che questi rischi sono chiamati a governare.

2. La direttiva NIS e i lavori preparatori alla nuova direttiva.

Al fine di garantire l'affidabilità e la sicurezza delle reti e dei servizi informativi nell'Unione europea è stata approvata la direttiva NIS, che imponeva agli operatori di servizi essenziali e ai fornitori di servizi digitali, mediante il filtro della normativa di recepimento, l'obbligo di adottare «misure tecniche e organizzative adeguate e proporzionate alla gestione dei rischi posti alla sicurezza delle reti e dei sistemi informativi», di «prevenire e minimizzare l'impatto» di eventuali incidenti e di notificare «senza indebito ritardo all'autorità competente» gli incidenti più rilevanti (art. 14, par. 1-3 e 16, par. 1-3).

La direttiva imponeva inoltre agli Stati membri di stabilire le «sanzioni da irrogare in caso di violazione delle disposizioni nazionali di attuazione» che avrebbero dovuto essere «effettive, proporzionate e dissuasive» (art. 21)[5]. Tuttavia, una valutazione del funzionamento della direttiva NIS svolta dalla Commissione ha rivelato una generale ineffettività di tali sanzioni a

---

considerando n. 77 della direttiva NIS 2, che recita: «È opportuno promuovere e sviluppare una cultura della gestione dei rischi, che comprenda valutazioni dei rischi e l'attuazione di misure di gestione dei rischi di cibersicurezza adeguate ai rischi esistenti».

[2] Il riferimento va alla direttiva (UE) 2016/1148 (c.d. direttiva NIS).

[3] Direttiva (UE) 2022/2555 del Parlamento europeo e del Consiglio del 14 dicembre 2022 relativa a misure per un livello comune elevato di cibersicurezza nell'Unione.

[4] La prevenzione generale è «la complessa attività giuridica diretta a orientare, in generale, il comportamento dei consociati, nel senso di distoglierli dal compiere i fatti ritenuti socialmente dannosi o pericolosi. In questo quadro, vi è, innanzi tutto, una dimensione di "orientamento culturale" […]. Tutto il diritto, ma in modo particolare il diritto penale, ha la capacità di inculcare nella popolazione certi giudizi di valore, i quali si manifestano in schemi comuni di comportamento che rappresentano come una barriera contro tendenze criminali. Questa funzione di orientamento culturale è collegata allo stesso meccanismo di statuizione delle norme penali; ma soprattutto dipende dalla effettiva applicazione delle norme stesse, che tende a generare nei consociati la convinzione della rispondenza della norma a una necessità etica»: A. PAGLIARO, voce *Prevenzione generale e specifica (o speciale)*, in *Enc. Dir*., Annali I, 2007, p. 898.

[5] Si tratta della c.d. *minimum triad*, formula tradizionale che risale alla sentenza Corte giust., 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione c. Grecia*, ECLI:EU:C:1989:339 (caso del mais greco). Si consultino in particolare i punti 23-24 della sentenza. Cfr. H. SATZGER, *The Harmonisation of Criminal Sanctions in the European Union. A New Approach*, in *Eucrim*, 2019, 2, p. 116 ss.

causa dell'eterogeneità delle norme di attuazione e della riluttanza degli Stati, testimoniata dal fatto che non si sarebbe registrato nemmeno un caso di loro applicazione[6].

Per spingere le imprese a investire nella sicurezza dei propri sistemi informatici[7], la Commissione si è quindi posta l'obiettivo di rivedere la direttiva NIS[8], considerando la possibilità di introdurre una lista minima di sanzioni da porre a presidio degli obblighi in materia di sicurezza cibernetica[9].

Questo proposito è confluito in una proposta di direttiva[10] in cui si prevedevano quattro tipologie di

sanzioni: (i) *amministrative pecuniarie*[11], (ii) *interdittive*[12] consistenti nella sospensione di autorizzazioni relative a una parte o alla totalità delle attività, (iii) *interdittive* nei confronti delle persone fisiche ritenute responsabili della violazione, consistenti nel divieto temporaneo di svolgere funzioni dirigenziali[13] nonché, infine, (iv) *sanzioni* che potrebbero definirsi *infamanti*[14] consistenti nella possibilità, per le autorità competenti, di rendere nota al pubblico l'identità dei soggetti responsabili delle violazioni degli obblighi previsti nella direttiva[15].

Nonostante le più ampie riserve sollevate nel corso dei lavori parlamentari[16], l'unica tipologia di sanzione che "cade" nel passaggio dalla proposta all'atto finale è la pubblicazione

---

[6] Commissione Europea, COM(2020) 823 final, 5 e SWD(2020) 345 final, part 1/3, p. 26. Si segnala che l'attuazione della direttiva NIS da parte del d.lgs. 18 maggio 2018, n. 65 era stata accompagnata dalla introduzione di sanzioni amministrative che variavano da un livello minimo di 12 mila euro ad un massimo di 150 mila euro. Queste previsioni sono state introdotte in un clima di generale "spaesamento", non avendo fissato la direttiva NIS degli standard di riferimento. Sul punto cfr. Senato della Repubblica, *Dossier relativo allo Schema di decreto legislativo recante attuazione della direttiva (UE) 2016/1148*, p. 50.

[7] «Since the likelihood of application of dissuasive penalties, including administrative fines, is expected to increase (notably with option 3), as opposed to the baseline scenario, businesses may instead increase ICT security investments and hence face higher compliance costs to avoid such penalties»: Commissione Europea, SWD(2020) 345 final, part 1/3, p. 76.

[8] Lo testimonia il documento "Plasmare il futuro digitale dell'Europa", COM(2020) 67 final, p. 7.

[9] Commissione Europea, SWD(2020) 345 final, part 1/3, p. 64-65.

[10] Commissione Europea, COM(2020) 823 final.

[11] Sia ai soggetti essenziali *ex* art. 29, par. 4, lett. j), che ai soggetti importanti *ex* art. 30, par. 4, lett. i), della proposta di direttiva.

[12] Questa sanzione è prevista solo per i soggetti essenziali dall'art. 29, par. 5, lett. a). Sulle sanzioni interdittive nel diritto UE: A. MARTUFI, *La potestà punitiva nel diritto UE. Differenziazione dei modelli di tutela e modulazione delle garanzie penalistiche*, Torino, 2024, p. 532 ss. Si tratta di una tipologia di sanzioni che non è sconosciuta all'ordinamento italiano: si pensi, ad esempio, al catalogo di cui all'art. 9 d.lgs. 231/2001, che «si fonda su un comune denominatore rappresentato dalla connotazione specialpreventiva delle misure, dalla temporaneità della loro durata nonché dal rispetto del principio di legalità in sede di previsione e applicazione»: A. BERNASCONI, voce *Responsabilità amministrativa degli enti (profili sostanziali e processuali)*, in *Enc. Dir.*, Annali II-2, 2008, p. 977.

[13] Questa sanzione era prevista solo in relazione ai soggetti essenziali dall'art. 29, par. 5, lett. b).

[14] Si tratta della prassi sanzionatoria definita "naming & shaming", sulla quale cfr. D. BRODOWSKI, *Supranationale europäische Verwaltungssanktionen. Entwicklungslinien – Dimensionen des Strafrechts – Legitimität*, in K. TIEDEMANN, U. SIEBER, H. SATZGER, C. BURCHARD, D. BRODOWSKI (a cura di), *Die Verfassung moderner Strafrechtspflege. Erinnerung an Joachim Vogel*, Baden-Baden, 2016, p. 148 e A. MARTUFI, *op. cit.*, p. 538 ss. e 578-579. Sull'infamia cfr. G. DALLA TORRE JR., voce *Infamia (dir. can.)*, in *Enc. Dir.*, XXI, 1971, p. 387 ss.

[15] Questa misura, non espressamente definita "sanzione", era prevista dall'art. 24, par. 4, lett. i), quanto ai soggetti essenziali e dall'art. 30, par. 4, lett. h), quanto ai soggetti importanti.

[16] In particolare, le Commissioni IMCO e LIBE del Parlamento europeo avevano proposto la totale elisione delle sanzioni interdittive per le persone fisiche. La seconda Commissione ha giustificato la propria posizione sottolineando che imporre un divieto temporaneo alle persone fisiche di esercitare funzioni dirigenziali contrasterebbe con la prassi dell'Unione europea in materia di responsabilità (*liability practice*). Si consultino i

dell'identità dei soggetti che si sono resi responsabili di violazioni della direttiva, in linea con la proposta della Commissione per l'industria, la ricerca e l'energia del Parlamento europeo.

3. Gli obblighi in materia di sicurezza cibernetica e le relative sanzioni.

La nuova direttiva disciplina gli obblighi per gestire i «rischi di cibersicurezza» basandosi su un «approccio multirischio mirante a proteggere i sistemi informatici e di rete e il loro ambiente fisico da eventi quali furti, incendi, inondazioni, problemi di telecomunicazione o interruzioni di corrente, o da qualsiasi accesso fisico non autorizzato nonché dai danni alle informazioni detenute»[17].

Il principio che deve guidare nello stabilire la natura e la portata delle azioni da intraprendere per adempiere a questi obblighi è la proporzionalità[18], che innerva di sé anzitutto la scelta dei soggetti vincolati[19], distinti dall'art. 3 in *essenziali* e *importanti*[20], senza che rilevi la loro natura di persone fisiche o enti[21].

L'art. 21, par. 1, impone agli Stati membri di provvedere affinché tali soggetti adottino «misure tecniche, operative e organizzative adeguate e proporzionate per gestire i rischi posti alla sicurezza dei sistemi informatici e di rete che […] utilizzano nelle loro attività o nella fornitura dei loro servizi, nonché per prevenire o ridurre al minimo l'impatto degli incidenti per i destinatari dei loro servizi e per altri servizi»[22].

Insieme alle misure di gestione dei rischi, il secondo fuoco delle disposizioni di armonizzazione è rappresentato dagli obblighi di segnalazione, regolati dall'art. 23. Qui si prevede, in particolare, che i "soggetti NIS" debbano essere obbligati a notificare senza indebito

---

seguenti documenti: *Opinion of the Committee on the Internal Market and Consumer Protection for the Committee on Industry, Research and Energy on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, repealing Directive (EU) 2016/1148*, p. 63, amendment 147; *Amendments 001-280 by the Committee on Industry, Research and Energy*, amendments 254 e 269; ST_5163_2022_INIT; *Opinion of the Committee on Civil Liberties, Justice and Home Affairs for the Committee on Industry, Research and Energy on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on measures for a high common level of cybersecurity across the Union, repealing Directive (EU) 2016/1148*, p. 4 e 57-58, amendment 106. La proposta della Commissione ha invece incontrato il favore del Comitato economico e sociale europeo, secondo il quale essa «migliora il modo in cui l'UE previene, gestisce e risponde agli incidenti e alle crisi su larga scala della sicurezza informatica, prevedendo responsabilità chiare, una pianificazione adeguata e una maggiore cooperazione a livello UE»: Comitato economico e sociale europeo, Parere su *«Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a misure per un livello comune elevato di cibersicurezza nell'Unione, che abroga la direttiva (UE) 2016/1148, e proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio sulla resilienza dei soggetti critici»*, par. 3.10.

[17] Considerando n. 79.

[18] Cfr. considerando nn. 81 e 82.

[19] Cfr. considerando n. 15.

[20] Si tratta di una tassonomia che impone delle complesse triangolazioni fra quanto previsto dalla stessa direttiva NIS 2, dai suoi allegati e, infine, dalla raccomandazione della Commissione relativa alla definizione delle microimprese, piccole e medie imprese 2003/361/CE del 6 maggio 2003.

[21] Cfr. art. 6, n. 38.

[22] L'aspetto forse più rilevante di questa definizione è che il nesso fra soggetto e sistema informatico (e, di conseguenza, fra il primo e gli obblighi presidiati da sanzione) è di carattere sostanziale, non formale. Rileva, in altre parole, non già la titolarità del sistema o della rete, ma il suo utilizzo da parte del soggetto. Si tratta di un aspetto fondamentale, che impedisce di "scaricare" il rischio correlato in particolare alle sanzioni su altri soggetti e che impone una valutazione "sostanziale" del nesso fra soggetto e sistema informatico.

ritardo «eventuali incidenti che hanno un impatto significativo sulla fornitura dei loro servizi»[23].

A differenza della direttiva NIS[24], la direttiva NIS 2 impone agli Stati di dotarsi di un articolato sistema di "vigilanza ed esecuzione", che dovrà consentire di irrogare sanzioni pecuniarie «pari a un massimo di almeno 10 000 000 EUR o […] di almeno il 2 % del totale del fatturato mondiale annuo per l'esercizio precedente» ai soggetti essenziali e «di almeno 7 000 000 EUR o […] di almeno l'1,4 % del totale del fatturato mondiale annuo per l'esercizio precedente» ai soggetti importanti (art. 34, par. 4-5).

Inoltre, con specifico riferimento ai soggetti essenziali, le autorità competenti devono poter «fissare un termine entro il quale il soggetto […] è tenuto ad adottare le misure necessarie a porre rimedio alle carenze o a conformarsi alle prescrizioni di tali autorità», decorso il quale sarà possibile sospendere temporaneamente «un certificato o un'autorizzazione relativi a una parte o alla totalità dei servizi o delle attività pertinenti» (art. 32, par. 5, lett. a), e vietare «temporaneamente a qualsiasi persona che svolga funzioni dirigenziali a livello di amministratore delegato o rappresentante legale in tale soggetto essenziale di svolgere funzioni dirigenziali in tale soggetto» (art. 32, par. 5, lett. b)[25].

Oltre a poter essere disposte *a condizione che* le misure precedentemente adottate si rivelino inefficaci, queste sanzioni dovranno venire meno nel momento in cui il soggetto interessato «adotta le misure necessarie a porre rimedio alle carenze o a conformarsi alle prescrizioni dell'autorità competente».

L'afflittività di queste ultime misure ha spinto il legislatore europeo a precisare che la loro imposizione «è soggetta a garanzie procedurali appropriate in conformità ai principi generali del diritto dell'Unione e della Carta, inclusi il diritto a un ricorso effettivo e ad un giusto processo, la presunzione di innocenza e i diritti della difesa» (art. 32, par. 5, n. 2).

Inoltre, tutte le sanzioni e le misure[26] dovranno essere applicate sulla base di criteri prestabiliti, quali la gravità e la durata della violazione, gli eventuali precedenti, i danni causati, *etc.*[27].

---

[23] Le modalità e le specifiche di base per l'adempimento di questi obblighi sono state stabilite dalla determinazione dell'Agenzia per la Cybersicurezza Nazionale n. 164179 del 14 aprile 2025 distintamente per ciascuna categoria di soggetti.

[24] Va precisato che anche ai sensi dell'art. 36 della direttiva gli Stati membri devono introdurre norme relative «alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle misure nazionali adottate in attuazione della presente direttiva» che dovranno essere «effettive, proporzionate e dissuasive». Si tratta, però, di una disposizione residuale e verosimilmente dalla scarsa rilevanza pratica.

[25] Non solo: poco dopo s'impone agli Stati membri di provvedere affinché i soggetti apicali, anche di soggetti importanti, «possano essere ritenut[i] responsabili dell'inadempimento dei loro doveri di garantire il rispetto della presente direttiva». È quanto disposto dall'art. 32, par. 6, richiamato, quanto ai soggetti importanti, dall'art. 33, par. 5. Inoltre, ai sensi del considerando n. 132, «in caso di violazione grave degli obblighi della presente direttiva, gli Stati membri dovrebbero attuare un sistema che preveda sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. La natura di tali sanzioni, e se esse siano penali o amministrative, dovrebbe essere determinata dalla legislazione nazionale».

[26] Sulla distinzione fra "misure" e "sanzioni" v. A. MARTUFI, *op. cit.*, p. 498 ss.

[27] Si tratta di un elenco non dissimile da quello contenuto all'art. 133 c.p., che disciplina la commisurazione della pena, e molto più dettagliato di quello previsto dall'art. 11 della legge 689/1981, che disciplina, invece, i criteri per l'applicazione delle sanzioni amministrative pecuniarie.

4. Le basi giuridiche.

La base giuridica della direttiva NIS 2, in continuità con quella precedente, è l'art. 114 TFUE[28] in quanto essa mira a superare diversità normative che «comportano una frammentazione del mercato interno» e una «maggiore vulnerabilità di taluni Stati membri di fronte alle minacce informatiche, con potenziali ricadute sull'intera Unione»[29].

Lo scopo delle pagine che seguono è valutare se questa base giuridica, che sembra essere adeguata all'armonizzazione degli *obblighi* in materia di sicurezza cibernetica[30], sia idonea anche a fondare l'armonizzazione delle *sanzioni* a questi obblighi.

Per farlo è necessario anzitutto approfondire come si sia evoluto e quali siano le odierne coordinate del potere dell'Unione europea di introdurre (o di far introdurre agli Stati) sanzioni per i casi di violazione degli obblighi derivanti da atti sovranazionali.

4.1. Il cammino verso l'attribuzione di competenze in materia sanzionatoria all'Unione europea.

In principio fu sottovalutata l'importanza dell'*enforcement* del diritto comunitario, tanto che i Trattati non stabilirono alcun generale potere sanzionatorio in capo alla Comunità[31]. Gli Stati membri venivano considerati liberi di scegliere come sanzionare la violazione di obblighi comunitari, come testimonia la sentenza del 2 febbraio 1977 nel caso *Amsterdam Bulb*, in cui

---

[28] Cfr., quanto alla base giuridica di questo e di altri atti dell'Unione in materia di cibersicurezza, D. DIVERIO, *Le misure di armonizzazione dell'Unione europea in materia di cibersicurezza: profili istituzionali e basi giuridiche*, in *Eurojus*, 2025, p. 20 ss.

[29] Considerando n. 5. Cfr. anche Commissione europea, COM(2020) 823 final, p. 4.

[30] Qualche perplessità potrebbe essere sollevata, invero, con riferimento a quanto previsto dall'art. 4, par. 2, TUE, a norma del quale l'Unione «[r]ispetta le funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e *di tutela della sicurezza nazionale*. In particolare, la sicurezza nazionale resta di esclusiva competenza di ciascuno Stato membro» (corsivo aggiunto). Infatti, anche se la direttiva NIS non si applica agli enti della pubblica amministrazione che operano nei settori della sicurezza nazionale e pubblica (cfr. considerando nn. 8-10 e art. 2, par. 6-8, art. 7, par. 3 e art. 9, par. 5), non può ignorarsi lo strettissimo legame che intercorre fra gli obblighi NIS e simili obblighi già previsti dai singoli Stati membri a tutela della propria sicurezza nazionale, la quale rappresenta una «*competenza statale permanentemente riservata*, salvo modifiche ai Tr.»: M.C. BARUFFI, *Art. 4 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 14. Il riferimento va, quanto all'Italia, al perimetro di sicurezza nazionale cibernetica, descritto nel preambolo del d.l. 21 settembre 2019, n. 105 come «un sistema di organi, procedure e misure, che consenta una efficace valutazione sotto il profilo tecnico della sicurezza degli apparati e dei prodotti, in linea con le più elevate ed aggiornate misure di sicurezza adottate a livello internazionale» proprio *per le finalità di sicurezza nazionale*. Più in generale, interrogandosi «in merito alla legittimità di un intervento di armonizzazione adottato in vista del soddisfacimento di più (e fra di loro differenti) valori ma esclusivamente fondato sull'unica base giuridica dell'art. 114 TFUE», un autore ha recentemente rilevato, anche con riferimento alla direttiva NIS 2, che potrebbe essere messa in discussione «l'idoneità di un'unica base giuridica di diritto primario a perseguire, simultaneamente, più valori e interessi generali di ordine differente», concludendo però per la legittimità di questo impiego «alla luce dell'attuale quadro di riferimento, costituito dal diritto primario e dalla giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia che si è formata su di esso»: D. DIVERIO, *Le misure di armonizzazione dell'Unione europea in materia di cibersicurezza*, cit., p. 31-32.

[31] V. J.A.E. VERVAELE, *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice*, Trento, 2014, p. 11 e R. SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell'Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovrannazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Milano, 2005, p. 149-150. Le analisi che seguono non prenderanno in considerazione né gli strumenti predisposti dal diritto dell'Unione europea per far fronte ai casi in cui uno Stato membro non abbia adempiuto ai propri obblighi né le misure attribuite alla competenza dell'Unione europea nel settore della Politica estera e di sicurezza comune.

la Corte di giustizia rilevava che «[l]'art. 5 del trattato, facendo obbligo agli Stati membri di emanare qualsiasi provvedimento di carattere generale e particolare atto a garantire l'adempimento degli obblighi derivanti dagli atti delle istituzioni della Comunità, conferisce a ciascuno di essi la *facoltà* di scegliere i provvedimenti idonei, ivi comprese le sanzioni, anche penali»[32].

Il passare degli anni ha visto il superamento di questo "stallo" grazie all'interventismo della Corte di giustizia. Più nel dettaglio, abbandonato il proprio orientamento iniziale[33], la Corte iniziò ad entrare nel merito delle scelte degli Stati[34], fino a giungere nel 1989 ad affermare che il principio di leale collaborazione impone agli Stati di sanzionare le violazioni del diritto comunitario con sanzioni effettive, proporzionate e dotate di capacità dissuasiva e analoghe a quelle introdotte per violazioni del diritto interno simili per natura ed importanza[35].

Questa sentenza ha determinato un irrobustimento del potere normativo della Comunità in materia sanzionatoria. Infatti, con il passare degli anni – e da ultimo nella direttiva NIS 2 –, lungi dal limitarsi a imporre agli Stati membri di introdurre sanzioni effettive, proporzionate e

---

[32] Corte giust., 2 febbraio 1977, causa 50/76, *Amsterdam Bulb BV*, ECLI:EU:C:1977:13, punto 32. Sono critici nei confronti della sentenza F. SGUBBI, voce *Diritto penale comunitario*, in *Dig. Disc. Pen.*, IV, Torino, 1990, p. 101 e G. GRASSO, *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Lezioni di diritto penale europeo*, Milano, 2007, p. 65-66. Tra gli anni '70 e '80 la Corte si concentrava piuttosto sulle «sanzioni nazionali che, in settori normativi di rilevanza CE, non si rivelassero strettamente necessarie in relazione alla tutela degli interessi in gioco e risultassero di ostacolo alle libertà sancite in sede comunitaria»: A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *Per un rilancio del progetto europeo. Esigenze di tutela degli interessi comunitari e nuove strategie di integrazione penale*, Milano, 2008, p. 428-429.

[33] Secondo alcuni, comunque, le evoluzioni successive alla sentenza *Amsterdam Bulb* (ed in particolare il caso del mais greco) costituiscono «più una evoluzione della giurisprudenza precedente che non una sua negazione»: A. PISANESCHI, *Le sanzioni amministrative comunitarie*, Padova, 1998, p. 19.

[34] La Corte, ad esempio, statuì che «se uno stato membro decide di reprimere la trasgressione del divieto [di discriminazione] mediante un indennizzo, questo, perché ne siano certi l'efficacia e l'effetto dissuasivo, deve comunque essere adeguato rispetto al danno subito»: Corte giust., 10 aprile 1984, causa 79/83, *Harz*, ECLI:EU:C:1984:155, punto 28.

[35] Corte giust., 21 settembre 1989, causa 68/88, *Commissione c. Grecia*, cit., punti 23-24. Ciò è avvenuto contro le iniziali previsioni di autori illustri, i quali avevano affermato che dall'art. 5 del Trattatto istitutivo della CEE non sembrava «possibile ricavare un obbligo degli Stati di provvedere», trattandosi di una norma che «ha una formulazione troppo generica perché se ne possa inferire l'obbligo degli Stati membri di tutelare penalmente gli interessi comunitari»: F. BRICOLA, *Alcune osservazioni in materia di tutela penale degli interessi delle Comunità europee*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, Padova, 1968, p. 32-34. Sul portato di questa sentenza, *ex multis*, S. RIONDATO, *Competenza penale della Comunità europea. Problemi di attribuzione attraverso la giurisprudenza*, Padova, 1996, spec. p. 32-36 e A. BERNARDI, L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2008, secondo il quale il modo in cui la Corte di giustizia ha interpretato il principio di leale collaborazione persegue «una armonizzazione delle risposte punitive nazionali *del tutto indifferente all'opzione tra carattere penale o amministrativo di tali risposte*», spingendosi in taluni casi a sancire «veri e propri obblighi di incriminazione a carico degli Stati membri» (p. 432, corsivo aggiunto). Sulle possibili tensioni fra la "minimum triad" ed il principio di assimilazione cfr. G. GRASSO, *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2007, p. 66-67. La Corte non affronta, in questo caso, il tema del potere della Comunità di introdurre direttamente sanzioni destinate ad essere eseguite negli Stati membri. Su questo, ulteriore, punto si concentra la sentenza Corte giust., 27 ottobre 1992, causa 240/90, *Germania c. Commissione*, ECLI:EU:C:1992:408.

dissuasive[36], le istituzioni europee hanno iniziato ad individuare con precisione sempre maggiore il tipo ed il livello delle sanzioni da considerarsi tali[37].

4.2. Il "sistema di tutela immediata" dei beni comunitari.

Accanto a questo sistema di tutela "mediata" dei beni comunitari – in cui le sanzioni vengono pur sempre introdotte, applicate ed eseguite dagli Stati – esiste anche un sistema di tutela "immediata" di tali beni[38], formato da atti che prevedono direttamente delle sanzioni «definite *comunitarie* in quanto vigenti a prescindere da ogni attività del legislatore nazionale e destinate a colpire gli autori (persone fisiche e giuridiche) di violazioni del diritto comunitario»[39].

I Trattati in effetti riconoscevano e riconoscono alcuni circoscritti poteri in materia sanzionatoria alle Comunità (e, oggi, all'Unione). Ad esempio, il Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell'acciaio attribuiva alla Commissione il potere di infliggere delle sanzioni in alcune specifiche situazioni e «nelle ipotesi in cui essa [avesse fatto] uso del generale potere di agire nei casi non previsti direttamente dal Trattato»[40], mentre il Trattato

---

[36] Si tratta di espressioni che, com'è stato messo in luce, «hanno progressivamente perso la loro (già in origine modesta) rilevanza in prospettiva di ravvicinamento delle scelte sanzionatorie nazionali. E ciò non solo a causa del definitivo superamento della tesi – peraltro minoritaria e disattesa – secondo la quale il potere dello Stato di comminare sanzioni in caso di violazione delle prescrizioni contenute in regolamenti comunitari sarebbe condizionato all'espresso conferimento di tale potere da parte dei regolamenti medesimi; ma, soprattutto, a causa [degli] sviluppi interpretativi conferiti dalla Corte di giustizia al principio di leale cooperazione»: A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2008, p. 437-438. Similmente, si è scritto che queste norme risultano «meramente declamatori[e] di un obbligo già esistente. Ed è d'altronde noto come, a partire da tale obbligo, la Corte di giustizia abbia dedotto ed articolato vincoli anche estremamente pregnanti in termini di condotte da sottoporre a sanzione come in termini di carica sanzionatoria»: R. SICURELLA, *"Eppur si muove!": alla ricerca di un nuovo equilibrio nella dialettica tra legislatore comunitario e legislatore nazionale per la tutela degli interessi dell'Unione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2008, p. 203-204.

[37] Cfr. A. BERNARDI, L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2008, secondo il quale «il canone armonizzante di efficacia-proporzione della disciplina sanzionatoria applicabile dagli Stati membri a tutela del diritto comunitario tende a sfociare in una pretesa di più o meno vistose forme di ravvicinamento interstatuale delle misure punitive» (p. 439-440) e S. MONTALDO, *EU sanctioning power and the principle of proportionality*, in ID., F. COSTAMAGNA, A. MIGLIO (a cura di), *EU Law enforcement. The evolution of sanctioning powers*, Torino, 2020, p. 122. A questo proposito è significativo un susseguirsi di norme nel settore della regolamentazione dell'olio d'oliva, e in particolare sugli aiuti alla sua produzione. In un primo regolamento, n. 136/66/CEE del Consiglio, non c'era alcun riferimento alle sanzioni. Il regolamento fu modificato dal regolamento (CEE) n. 1562/78 del Consiglio, introducendo l'art. 11-*bis*, a norma del quale gli Stati avrebbero dovuto adottare «le misure necessarie per sanzionare le infrazioni ai regimi di aiuto». La previsione fu inserita, come recitava l'ultimo considerando, «per assicurare l'applicazione corretta dei regimi d'aiuto». Successivamente, il regolamento (CEE) n. 2262/84 del Consiglio, considerando che fosse «necessario potenziare e integrare l'attuale regime di sanzioni, per renderlo maggiormente dissuasivo, tenuto conto delle caratteristiche specifiche dell'organizzazione comune del mercato dell'olio d'oliva», ha imposto agli Stati di introdurre «sanzioni pecuniarie con funzione dissuasiva proporzionali alla "dimensione" del fatto illecito (art. 3)»: A. BERNARDI, L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2008, p. 440.

[38] A.M. MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali* in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, Milano, 2007, p. 99.

[39] A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2008, p. 444.

[40] G. GRASSO, *Comunità europee e diritto penale. I rapporti tra l'ordinamento comunitario e i sistemi penali degli Stati membri*, Milano, 1989, p. 46-47. Così recitava l'art. 95: «In tutti i casi non previsti dal presente Trattato nei

CEE prevedeva all'art. 87, par. 2 – antesignano dell'art. 83 TCE e dell'odierno art. 103 TFUE – che nei regolamenti adottati dal Consiglio ai sensi dello stesso articolo si potessero comminare ammende e penalità di mora per garantire l'osservanza dei loro precetti e divieti[41].

Secondo la dottrina, proprio l'art. 103 TFUE fonda il potere delle istituzioni comunitarie di introdurre sanzioni punitive "accentrate" [42], «previste dalla normativa comunitaria e applicate dalle stesse autorità comunitarie»[43], che si contrappongono alle sanzioni "decentrate" le quali, «pur essendo contemplate da alcuni regolamenti comunitari, devono essere applicate dalle autorità competenti degli Stati membri, sulla base dei principi dei relativi sistemi sanzionatori»[44].

In mancanza di una disposizione che esplicitamente attribuisse all'Unione il potere di introdurre sanzioni decentrate, la Corte di giustizia[45] lo ha ricostruito «alla stregua di un potere implicito funzionale e strumentale per il raggiungimento degli obbiettivi indicati dal Trattato»[46], fondato sulle norme che consentono all'Unione «di prendere "tutte le misure

---

quali una decisione o una raccomandazione dell'Alta Autorità appare necessaria per attuare, durante il funzionamento del mercato comune del carbone e dell'acciaio e conformemente alle disposizioni dell'art. 5, uno degli obiettivi della Comunità, quali sono definiti dagli articoli 2, 3 e 4, tale decisione o tale raccomandazione può essere presa su parere conforme del Consiglio deliberante all'unanimità e dopo consultazione del Comitato Consultivo. La stessa decisione o raccomandazione, presa nella stessa forma, stabilisce le sanzioni da applicare». Secondo G. TESAURO, *La sanction des infractions au droit communautaire*, in *Riv. dir. eur.,* 1992, p. 504, non era argomento significativo in senso contrario all'esistenza di una competenza della Comunità economica europea in materia di sanzioni nei confronti dei privati il fatto che «tandis que le traité CECA contient l'attribution expresse d'une compétence générale en matière de sanctions (article 95), en sus de celle relative à des cas spécifiques (concurrence, article 65; prix, article 64; quotas, article 58), le traité CEE ne prévoit pas de compétence expresse à cet égard. Ce n'est qu'en matière de concurrence que l'article 87 renvoie à un règlement du Conseil l'hypothèse de sanctions pécuniaires à charge des entreprises».

[41] G. GRASSO*, op. cit.*, 1989, p. 47.

[42] Va segnalato, tuttavia, che vi è una tendenza a prevedere sanzioni accentrate anche oltre quanto esplicitamente riconosciuto dai Trattati. Ad esempio, all'ESMA «è attribuito tra l'altro il potere di applicare sanzioni pecuniarie nei confronti delle agenzie di *rating* e, finanche, di persone fisiche a vario titolo coinvolte nell'attività di queste agenzie»: A. MARTUFI, *op. cit.*, p. 447. Cfr. anche le successive pagine 504, nt. 344, per altri esempi, nonché, più in generale, p. 501, per la definizione dei rapporti fra il concetto di "sanzione punitiva" e le sanzioni amministrative di diritto UE.

[43] A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2008, p. 445 ss. Cfr. altresì A.M. MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali* in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2007, p. 100-101. Il testo dell'art. 103 TFUE non esclude, però, il coinvolgimento degli Stati membri nel procedimento sanzionatorio, tanto che, a partire dal 2004, anche gli Stati membri hanno visto accrescere i loro poteri sanzionatori in materia di concorrenza: cfr. il regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato, ed in particolare il suo art. 5, par. 1.

[44] A.M. MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali* in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2007, p. 100. Le sanzioni decentrate danno «vita a un modello punitivo definibile a pieno titolo come "misto", caratterizzato da una sola fase comunitaria (quella legislativa) e da due fasi nazionali (quella applicativa e quella esecutiva)»: A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2008, p. 447. Cfr. altresì G. GRASSO, *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2007, p. 62-64 nonché, da ultimo, A. MARTUFI, *op. cit.*, p. 520 ss.

[45] Corte giust., 27 ottobre 1992, causa 240/90, *Germania c. Commissione*, cit.

[46] Secondo E. MEZZETTI, *La tutela penale degli interessi finanziari dell'Unione europea. Sviluppi e discrasie nella legislazione penale degli Stati membri*, Padova, 1994, la Corte «al fine di riconfermare la competenza degli organi comunitari ad emanare le ricordate sanzioni – ha praticamente fatto leva sulla teoria del c.d. "*effet utile*" ovvero degli "*implied powers*"» (p. 213). L'autore critica questa soluzione evidenziando che «in questa materia delle sanzioni amministrative il *disegno* del Trattato sembra chiaramente orientato ad una loro previsione tassativa» (p.

necessarie" o "ogni disposizione utile" in un certo settore o per il raggiungimento di un certo obiettivo»[47].

Lo si può dedurre anche dal fatto che i regolamenti 2988/95[48] e 2185/96 del Consiglio, che introducono una disciplina generale di questo tipo di sanzioni, trovano la propria base giuridica nell'art. 235 TCE (c.d. clausola di flessibilità, odierno art. 352 TFUE)[49].

4.3. La cooperazione in materia penale.

Lo sviluppo di questi filoni giurisprudenziali in materia di leale collaborazione e di sanzioni decentrate[50] fu accompagnato da alcuni significativi sviluppi del diritto primario: nel "terzo pilastro" del Trattato di Maastricht venne per la prima volta cristallizzato il riferimento alla cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale, con una riserva di iniziativa in capo agli Stati e un coinvolgimento superficiale del Parlamento europeo[51].

---

214) e concludendo che permane una «incompetenza assoluta» per le istituzioni comunitarie ad emettere sanzioni amministrative di tipo punitivo, «rimanendo esse *materia esclusiva* degli organi legislativi dei Dodici. La loro introduzione, da parte dei regolamenti comunitari […], viola il principio della riserva di legge statale e non si può giustificare con un'interpretazione *estensiva* dell'art. 87, par. 2 lett. a) Tratt., né con l'autoarrogazione di poteri impliciti ricavabili da una disinvolta "lettura" di altre norme del Trattato, come gli artt. 40, par. 3, 79, par. 3 in combinato disposto con l'art. 172» (p. 227). Egli evidenzia, inoltre, che il criterio per vagliare la sussistenza di una competenza comunitaria in materia sanzionatoria «deve essere di tipo "teleologico-funzionale" e non "formale". Interessa, infatti, sapere quali sono i presupposti in base ai quali dette sanzioni e misure repressive vengono introdotte nel sistema ed a quali fini. Non interessa, invece, constatare che a queste vengano applicate unilateralmente (da parte degli stessi organi comunitari) queste o quelle *etichette*» (p. 218; v. anche p. 225-226). Questo approccio, come si argomenterà *infra*, deve guidare*, mutatis mutandis,* anche chi si interroghi circa l'odierna latitudine delle competenze dell'Unione in materia sanzionatoria. Cfr. altresì A. PISANESCHI, *op. cit.*, p. 20-35 e A. MARTUFI, *op. cit.*, spec. p. 435 e 451. Quest'ultimo autore afferma a chiare lettere che la potestà sanzionatoria amministrativa dell'Unione si fonda sulla «teoria dei poteri impliciti», non essendo stata «oggetto di un esplicito trasferimento di competenze da parte degli Stati» (p. 180); che «la potestà punitiva amministrativa dell'Unione rest[a] ancor'oggi sprovvista di un vero e proprio fondamento costituzionale nel diritto primario, seguitando ad atteggiarsi quale potere "implicito" (o per meglio dire "originario" dell'ordinamento UE» (p. 181, nt. 25); che «la previsione di nuovi penetranti poteri sanzionatori – e, in taluni casi, finanche l'istituzione degli organi incaricati di esercitarli – è avvenuta in assenza di specifiche previsioni del Trattato che autorizzassero il legislatore a procedere in questo senso» (p. 441; cfr. anche p. 67, 472, 549 e 551). L'autore, inoltre, condanna ogni tentativo di introdurre sulla base dell'art. 83 TFUE misure o sanzioni "non penali" (cfr. p. 239, 477 nt. 242, 559).

[47] A.M. MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali* in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2007, p. 101. Alcuni si spingono oltre, sostenendo l'esatta corrispondenza fra la competenza normativa del legislatore comunitario e quella in materia sanzionatoria, essendo quest'ultima «complément naturel et nécessaire» della prima: G. TESAURO, *La sanction des infractions au droit communautaire*, cit., p. 503. Per una ricostruzione del dibattito dottrinale v. J. BIANCARELLI, *L'ordre juridique communautaire a-t-il competence pour instituer des sanctions?*, in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Quelle politique pénale pour l'Europe?*, Parigi, 1993, pp. 267-270.

[48] Sul quale cfr. A.M. MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali* in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2007, p. 111 ss.

[49] Esplicito, su questo punto, il considerando n. 14 del regolamento 2988/95, che evidenzia come «i trattati non prevedono poteri specifici necessari ai fini dell'adozione di disposizioni materiali di portata orizzontale relative ai controlli, alle misure e alle sanzioni al fine di assicurare la tutela degli interessi finanziari delle Comunità». Cfr. A. PISANESCHI, *op. cit.*, p. 110, nt. 14.

[50] «Il diritto comunitario evolve secondo modelli che presentano forti somiglianze con quelli di *common law*, e il compito di ricognizione del diritto svolto, tra gli altri, dalla Corte di giustizia si risolve in un arricchimento della costituzione comunitaria»: S. RIONDATO, *op. cit.*, p. 93.

[51] Sulle innovazioni di Maastricht cfr. G. GRASSO, *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2007, p. 83-85, M. CASTELLANETA, *Art. 82 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 669 ss., S. MONTALDO, *I limiti della cooperazione in materia penale nell'Unione*

Il Trattato di Amsterdam, mantenendo la cooperazione in materia penale nel terzo pilastro[52], attribuì all'Unione il fondamentale obiettivo di «conservare e sviluppare l'Unione quale spazio di libertà, sicurezza e giustizia» (art. 2 TUE), la cui importanza[53] traspariva sia dalla sua ridondanza (l'Unione si prefigge l'obiettivo di conservare l'Unione *etc.*), che lo elevava a vera e propria *raison d'être* dell'Unione, sia dal fatto che esso avrebbe guidato di lì in avanti ogni iniziativa nell'ambito della cooperazione in materia penale (arg. *ex* art. 29, par. 1 TUE)[54].

Ad Amsterdam venne anche inaugurata l'era delle "decisioni quadro", che potevano essere adottate «per il ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» e che erano «vincolanti per gli Stati membri quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi» (art. K.6, par. 2, lett. b), TUE)[55].

Fra le molte decisioni quadro adottate figura anche la 2003/80/GAI del 27 gennaio 2003 relativa alla protezione dell'ambiente attraverso il diritto penale che – come subito si vedrà –

---

europea, Napoli, 2015, p. 37. Fra queste innovazioni figurano l'introduzione delle "azioni comuni", che potevano essere adottate «nella misura in cui gli obiettivi dell'Unione, data la portata o gli effetti dell'azione prevista, possono essere realizzati meglio con un'azione comune che con azioni dei singoli Stati membri» (art. K.3, par. 2, lett. b), TUE) e delle "convenzioni" elaborate dal Consiglio. Cfr., ad esempio, la Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione nella quale sono coinvolti funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri dell'Unione europea e la Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee. Più in generale sulle convenzioni di terzo pilastro A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2008, p. 407-409.

[52] Questo Trattato adottò anche una modifica (del primo pilatro) destinata ad avere un impatto di rilievo sul dibattito relativo alle basi giuridiche degli interventi sanzionatori della Comunità. In particolare, mentre l'*ex* art. 209 A, introdotto dal Trattato di Maastricht, «si limitava a configurare un obbligo per gli Stati membri di "assimilare" la tutela delle finanze comunitarie a quella dei corrispondenti interessi finanziari nazionali, la nuova formulazione si preoccupa di precisare che le misure adottate a tutela degli interessi finanziari della Comunità debbono essere "dissuasive e tali da permettere una protezione efficace negli Stati membri"; non solo; il paragrafo 4 dell'art. 280 prevede che il Consiglio adotti le misure necessarie "nei settori della prevenzione e lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, al fine di pervenire ad una protezione efficace ed equivalente in tutti gli Stati membri"», armonizzazione che secondo questo autore avrebbe potuto «investire anche gli aspetti sanzionatori perché solo in tal modo la tutela accordata agli interessi comunitari risulterebbe efficace ed equivalente, come richiede la nuova previsione»: G. GRASSO, *Relazione introduttiva*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2008, p. 26. Cfr., su questa norma, anche le considerazioni svolte da J. VOGEL, *The impact of EC sanctions to protect the EC's financial interests on national sanctioning systems*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2008, p. 163-172.

[53] G. GRASSO, *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2007, p. 85-87.

[54] Così recitava l'art. 29, par. 1: «Fatte salve le competenze della Comunità europea, l'obiettivo che l'Unione si prefigge è fornire ai cittadini un livello elevato di sicurezza in uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, sviluppando tra gli Stati membri un'azione in comune nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale e prevenendo e reprimendo il razzismo e la xenofobia».

[55] In dottrina si è sostenuto che questo strumento ha sostituito «le poco efficaci azioni comuni e, di fatto, anche le farraginose Convenzioni, configurandosi in pratica come strumenti molto simili alle direttive comunitarie, pur se prodotte in un differente contesto istituzionale e con un diverso procedimento decisionale, tanto da essere infine riconosciute quali fonti del diritto europeo vincolanti l'interpretazione del diritto interno da parte del giudice nazionale, pur se non attuate»: L. PICOTTI, *Superamento della c.d. tecnica del "doppio testo" e tutela penale degli interessi europei*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2008, p. 338. Quest'ultimo accenno dell'autore si riferisce alla sentenza Corte giust., 16 giugno 2005, causa 105/03, *Pupino*, ECLI:EU:C:2005:386. Sulle decisioni-quadro cfr. anche A. BERNARDI, *L'armonizzazione delle sanzioni in Europa: linee ricostruttive*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2008, p. 410-426 ed E. PISTOIA, *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell'Unione Europea e diritto statale*, Napoli, 2008.

fu al centro di un'ulteriore fondamentale evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al potere sanzionatorio dell'Unione europea.

Come si è visto, la competenza a ravvicinare le leggi penali degli Stati era attribuita all'Unione nell'ambito delle competenze di terzo pilastro; tuttavia, si è anche visto che, in forza del principio di leale collaborazione, il legislatore *comunitario* (di primo pilastro) avrebbe potuto imporre agli Stati di sanzionare le violazioni del diritto comunitario con sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive.

La questione non avrebbe portato ad uno *scontro fra pilastri* se l'art. M TUE non avesse previsto che «nessuna disposizione del presente trattato pregiudica i trattati che istituiscono le Comunità europee». Proprio sulla base di questa disposizione, infatti, la Commissione ha chiesto l'annullamento della decisione quadro 2003/80/GAI, sostenendo che il Consiglio avrebbe dovuto astenersi dall'adottarla «in quanto il Trattato di Roma autorizza[va] la Comunità ad imporre agli Stati membri una risposta basata su sanzioni penali di fronte a determinati comportamenti lesivi dell'ambiente»[56].

La Corte di giustizia, nella sentenza *Commissione c. Consiglio* del 13 settembre 2005, ha rilevato che, sebbene la legislazione penale esorbitasse dalla competenza della Comunità (essendo all'epoca esplicitamente attribuita solo all'Unione nell'ambito del terzo pilastro), ciò non avrebbe potuto «impedire al legislatore comunitario, allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro violazioni ambientali gravi, di adottare provvedimenti in relazione al diritto penale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente»[57].

Pertanto, considerato che le competenze di cui al Titolo VI del TUE potevano essere esercitate solo se ciò non avesse pregiudicato i trattati istitutivi, la Corte annullò la decisione quadro: la Comunità non avrebbe potuto essere spossessata della competenza (implicita) in materia sanzionatoria già riconosciuta dalla Corte di giustizia[58].

---

[56] Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nella causa 176/03, punto 26. La possibilità di ravvicinare le normative penali degli Stati membri in materia ambientale non causa 176/03,emergeva «chiaramente dal Trattato UE, dal momento che l'art. 29, che autorizza[va] l'Unione a ravvicinare le disposizioni in materia penale degli Stati membri, rinvia[va] all'art. 31, lett. e), che fa[ceva] riferimento alle norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni *per quanto riguarda la criminalità organizzata, il terrorismo e il traffico illecito di stupefacenti*» (conclusioni, nota 15). È quindi singolare che in questa causa, incardinata dalla Commissione per vedere dichiarato l'annullamento della decisione quadro, non venne messa in discussione la competenza del Consiglio, ma solo il suo obbligo di astenersi *ex* art. 47 TUE. Sul punto, si è evidenziato in dottrina che «[s]ebbene l'art. 31 TUE enumerasse solo tre fattispecie criminose, il suo enunciato era ritenuto non esaustivo, poiché il combinato disposto con l'art. 29 TUE, norma di contenuto più ampio, suggeriva un'interpretazione estensiva delle competenze dell'UE. In effetti, il legislatore europeo è nel tempo intervenuto anche in settori ulteriori, quali lo sfruttamento sessuale di donne e minori, la criminalità informatica, il riciclaggio di denaro o la falsificazione dei mezzi di pagamento»: S. MONTALDO, *op. cit.*, 2015, p. 65-66.

[57] Corte giust., 13 settembre 2005, causa 176/03, Commissione c. Consiglio, ECLI:EU:C:2005:542, punto 48. Cfr., *ex multis*, i rilievi di G. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, pp. 135-139.

[58] Come evidenziato dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer nelle sue conclusioni, «[c]osì come la Comunità è priva di una competenza generale in materia penale, allo stesso modo il terzo pilastro difetta di una "capacità naturale" che, al pari di una forza gravitazionale, attragga tutte le questioni di questa natura sorte in seno all'Unione. La soluzione va cercata per altre vie, lungo la linea tracciata dalla giurisprudenza nel costruire il potere sanzionatorio a tutela dell'ordinamento giuridico comunitario» (punto 82). Ancora più esplicita la successiva

L'approccio "funzionalistico"[59] della Corte di giustizia, in linea con le previsioni del (naufragato) Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa[60], è stato infine recepito dal Trattato di Lisbona, che ha "comunitarizzato" la cooperazione in materia penale e di polizia ed eliminato le sovrapposizioni fra pilastri che negli anni precedenti avevano portato all'annullamento delle decisioni quadro[61].

Il secondo paragrafo dell'art. 83 TFUE, infatti, riconosce alla Comunità la competenza a introdurre sanzioni a presidio delle politiche comunitarie, limitando però il proprio spettro applicativo – a differenza della precedente giurisprudenza della Corte – alla "materia penale"[62].

L'art. 83, par. 1, TFUE, che meno rileva nell'ambito del presente studio, raccoglie invece il testimone – sia pure con alcune, significative differenze – dalle politiche già incardinate nell'ambito del terzo pilatro.

4.4. La "faglia" post-Lisbona nella competenza sanzionatoria dell'Unione.

La comunitarizzazione della competenza in materia penale, pur avendo risolto il problema dello "scontro fra pilastri", sembra aver attivato una faglia fra il potere di armonizzare illeciti e

---

sentenza Corte giust., 23 ottobre 2007, causa 440/05, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2007:625, avente ad oggetto un ricorso di annullamento della decisione quadro del Consiglio 2005/667/GAI intesa a rafforzare la cornice penale per la repressione dell'inquinamento provocato dalle navi. In questa sentenza, infatti, la Corte statuì, in continuità con i propri precedenti, che «allorché l'applicazione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro danni ambientali gravi, [la Comunità] può imporre agli Stati membri l'obbligo di introdurre tali sanzioni per garantire la piena efficacia delle norme che emana in tale ambito» (Corte giust., 23 ottobre 2007, causa 440/05, *Commissione c. Consiglio*, cit., punto 66) al contempo «escludendo che possano essere fissati con una direttiva anche il tipo ed il livello delle sanzioni penali da applicare»: L. PICOTTI, *op. cit.*, 2008, p. 327. Cfr. anche la successiva p. 349. La Corte, con questo chiarimento, prende una posizione di compromesso su un punto lasciato in ombra dalla precedente sentenza Corte giust., 13 settembre 2005, causa 176/03, *Commissione c. Consiglio*, cit.: cfr. G. GRASSO, *Introduzione. Diritto penale ed integrazione europea*, in G. GRASSO, R. SICURELLA (a cura di), *op. cit.*, 2007, p. 71-73 e G. SALCUNI, *op. cit.*, p. 139-144.

[59] Così è stato definito l'approccio che «mira a concepire la competenza dell'Unione in materia penale come fisiologicamente connessa al potere normativo che essa ha in tutti i settori coinvolti nel processo di integrazione»: R. SICURELLA, *op. cit.*, p. 580, ma v. anche p. 159.

[60] Questo Trattato prevedeva, all'art. III-271, che con legge quadro europea si sarebbero potute stabilire «norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni» laddove ciò si fosse rivelato «indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione». Già il progetto del 2003 all'art. III-172 prevedeva che «allorché il ravvicinamento delle norme di diritto penale si rivela indispensabile per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione, la legge quadro europea può stabilire norme minime relative alla definizione dei reati e delle sanzioni nel settore in questione».

[61] Con riferimento al Trattato Costituzionale europeo si è affermato che «Il nuovo prodotto normativo, più che innovare, ha […] razionalizzato e sistemato quello che la letteratura e la giurisprudenza avevano già tematizzato»: G. SALCUNI, *op. cit.*, p. 124. Cfr., con riferimento alle novità introdotte dal Trattato di Lisbona, C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, in *Cass. pen.*, 2010, 1146-1159.

[62] Cfr., M. CASTELLANETA, *Art. 83 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 678-679 e, anche per la valorizzazione dei profili di continuità di questa norma con la giurisprudenza precedente, A. MARTUFI, *op. cit.*, p. 204 ss.

sanzioni *penali* (basato sull'art. 83 TFUE)[63] e gli altri poteri già riconosciuti dalla Corte di giustizia in materia sanzionatoria punitiva[64].

Proprio l'introduzione dell'art. 83, par. 2, TFUE, però, sembra testimoniare che là dove si è voluto attribuire all'Unione un potere *trasversale*[65] in materia sanzionatoria lo si è fatto *expressis verbis* e rafforza quindi i dubbi che già si erano affacciati in dottrina[66] sulla titolarità in capo all'Unione europea del potere di esercitare competenze in materia sanzionatoria che non siano *esplicitamente* attribuite dai Trattati[67].

Di questo non sono persuasi alcuni autori, i quali sostengono che dall'art. 83 TFUE non potrebbe desumersi una preclusione all'esercizio di competenze in materia sanzionatoria amministrativa da parte dell'Unione giacché esso rappresenterebbe "solo" una clausola di salvaguardia per i sistemi penali nazionali[68].

---

[63] Vanno però menzionate alcune resistenze emerse in dottrina sulla centralità dell'art. 83 TFUE. Si è, ad esempio, affermato: «If substantive criminal law is, under Article 83(2) TFEU, merely a means to the end of achieving effectiveness of EU law based on the specific EU policies outlined in the Treaties, it is difficult to see in principle why the Treaty legal bases relating to these policies and located elsewhere in the treaties – in particular outside the Treaty Title on the AFSJ – cannot be used as additional, or alternative, legal bases for the adoption of EU substantive criminal law. This is especially the case where the conditions of Article 83(2) TFEU are not met, in particular where an area has not been subject to harmonisation measures and there is an urgent need to address a social problem relating to the implementation of an EU policy or objective»: V. MITSILEGAS, *EU Criminal Law*, Oxford, 2022, p. 125. Il dibattito è aperto con particolare riferimento all'art. 325 TFUE. Per una ricostruzione degli orientamenti dottrinali relativi a questa norma v. A. BERNARDI, *La competenza penale accessoria dell'Unione Europea: problemi e prospettive*, in *Dir. pen. cont*., 2012, p. 61, nt. 106. Secondo alcuni, sebbene l'art. 325, par. 4, rappresenti «[i]l più accreditato appiglio testuale per offrire un ulteriore fondamento primario alla potestà legislativa in materia penale», non vi sono argomenti sufficienti a dimostrare «che l'art. 325 TFUE si configuri quale autonoma base giuridica per l'adozione di atti normativi in materia di armonizzazione penale»: A. MARTUFI, *op. cit.*, p. 201-203.

[64] «Anche durante la negoziazione del Trattato Costituzionale e degli attuali Trattati di Lisbona, poco o nessun pensiero è stato dedicato all'integrazione dell'*enforcement* del diritto penale (sancita negli artt. 82-89 TFUE, come parte dell'ALSG) e di quello relativo al diritto amministrativo punitivo, legato a specifici settori politici nel mercato interno. Il risultato è che un allineamento tra questi due settori di *enforcement* richiede l'adozione di direttive o regolamenti nel mercato interno e direttive nell'ALSG, con i Consigli dei ministri di volta in volta competenti. Questo "scisma" istituzionale tra il mercato interno e ALSG porta […] a livello europeo e nazionale (nell'attuazione/applicazione), a problemi eterogenei quando si tratta di realizzare un approccio integrato all'enforcement del diritto punitivo»: J.A.E. VERVAELE, *Verso una rivalutazione europea dell'*enforcement *nel diritto punitivo?*, in *Diritto penale XXI secolo*, 2023, 1, p. 10-11. V. altresì p. 43-44.

[65] Sebbene i Trattati riconoscessero anche prima di Lisbona alcuni poteri sanzionatori all'Unione e ad alcune sue istituzioni, si trattava di competenze relative a materie specifiche (come la concorrenza e il settore bancario).

[66] Cfr. D. OEHLER, *Der europäische Binnenmarkt und sein wirtschaftsstrafrechtlicher Schutz*, in G. ARZT, G. FEZER, U. WEBER, E. SCHLÜCHTER, D. RÖSSNER (a cura di), *Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag am 22. Juni 1992*, Bielefeld, 1992, p. 569, J. VOGEL, *Die Kompetenz der EG zur Einführung supranationaler Sanktionen*, in G. DANNECKER (a cura di), *Die Bekämpfung des Subventionsbetrugs im EG-Bereich, Köln*, 1993, p. 186 ed E. MEZZETTI, *op. cit.*, p. 227.

[67] È nota, d'altronde, la particolare insistenza del Trattato di Lisbona sul principio di attribuzione, che secondo alcuni diviene proprio con Lisbona «un valore fondativo dell'ordinamento europeo, non più in funzione servente, ma meritevole esso stesso di tutela da indebite elusioni»: S. MONTALDO, *op. cit.*, 2015, p. 50-51. Questo mutamento impone dunque di rimeditare (con riferimento alle competenze dell'Unione europea in materia sanzionatoria punitiva) l'approccio metodologico al tema suggerito da un illustre autore *prima della conclusione del Trattato di Lisbona*, secondo il quale non avrebbero avuto «senso immediati appelli all'inesistenza di espresse attribuzioni di competenza […], fino a che non si dimostri l'esistenza nell'ordinamento comunitario di una norma che prescriva che certe attribuzioni di competenza […] devono essere espresse»: S. RIONDATO, *op. cit.*, p. 41-42.

[68] D. BRODOWSKI, *Supranationale europäische Verwaltungssanktionen. Entwicklungslinien – Dimensionen des Strafrechts – Legitimität*, in K. TIEDEMANN, U. SIEBER, H. SATZGER, C. BURCHARD, D. BRODOWSKI (a cura di), *op. cit.*, 2016, p. 170-173.

Questo argomento, però, non convince perché mira ad attribuire all'art. 83 TFUE un ruolo già *esplicitamente* devoluto agli artt. 4, par. 2, TUE e 67, par. 1, TFUE e perché sottovaluta lo stesso art. 83 TFUE, il quale, prima di rappresentare una norma di protezione dei sistemi nazionali, si pone a presidio della democraticità[69] e della indispensabilità[70] degli interventi dell'Unione in materia penale.

In questo contesto, è necessario interrogarsi in merito al destino delle competenze dell'Unione in materia di sanzioni punitive amministrative.

La tesi secondo cui l'Unione non ne sarebbe titolare, sposata da alcuni in passato, non sembra oggi sostenibile perché sarebbe assurdo ritenere che l'Unione possa armonizzare gli illeciti e le sanzioni penali dovendosi invece astenere da ogni intervento in materia punitiva amministrativa[71].

Appare quindi necessario rinvenire un nuovo fondamento al potere sovranazionale di legiferare in materia amministrativa punitiva. Come si cercherà di dimostrare nel prosieguo, questo fondamento potrebbe essere rappresentato proprio dall'art. 83, par. 2, TFUE, da interpretarsi alla luce della sua specifica funzione di norma attributiva di competenze[72].

4.4.1. "Materia penale" tra forma e sostanza.

Come sostenuto in alcuni atti delle istituzioni europee, il concetto di "materia penale", pur essendo tradizionalmente definito in maniera molto chiara in ciascuno degli ordinamenti degli Stati membri, nel momento in cui compare nel diritto derivato dev'essere fatto oggetto di una interpretazione autonoma[73]. Si tratta di considerazioni che valgono, *mutatis mutandis*,

---

[69] A norma dell'art. 7, par. 2, del Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità allegato al TUE ed al TFUE, i progetti di atto legislativo in materia di cooperazione giudiziaria in materia penale devono essere riesaminati qualora i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà rappresentino almeno *un quarto* dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali. Ad ulteriore rafforzamento del ruolo dei Parlamenti nazionali, l'art. 12, lett. c), TUE prevede anche che nell'ambito dello spazio di libertà, sicurezza e giustizia essi possano partecipare ai meccanismi di valutazione ai fini dell'attuazione delle politiche dell'Unione in tale settore. Cfr. M. CASTELLANETA, *Art. 82 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 670.

[70] L'Unione, infatti, può adottare "norme minime" nei soli casi in cui il ravvicinamento delle disposizioni degli Stati si riveli *indispensabile* per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione. Si tratta di requisiti di sostanza che pongono delle restrizioni alla possibilità a ricorrere a questa base giuridica, e che sembrano voler compensare l'ampiezza del potenziale raggio d'azione dell'Unione *in subiecta materia*. Tutti questi "contrappesi" dovrebbero, insieme al necessario rispetto dei diritti fondamentali, assicurare un corredo garantistico al cammino verso la realizzazione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., però, manifesta dei dubbi circa l'idoneità della clausola di "indispensabilità" «a garantire al diritto penale quel carattere di strumento sussidiario di protezione dei beni giuridici», avendo tale giudizio come termine di riferimento «*non* la tutela del *bene giuridico*, ma *l'attuazione* efficace di una *politica* dell'Unione» (p.1155-1157).

[71] Per una critica all'«opinione di minoranza secondo cui dovrebbero considerarsi interdette non solo competenze penali criminali, ma anche competenze penali amministrative» v. S. RIONDATO, *op. cit.*, p. 162 ss..

[72] D. BRODOWSKI, *Supranationale europäische Verwaltungssanktionen. Entwicklungslinien – Dimensionen des Strafrechts – Legitimität*, in K. TIEDEMANN, U. SIEBER, H. SATZGER, C. BURCHARD, D. BRODOWSKI (a cura di), *op. cit.*, 2016, p. 170. Si tratta di una funzione almeno parzialmente diversa rispetto a quella svolta dall'art. 49 CDFUE, in cui pure compare la parola "reato".

[73] Nella sentenza Corte giust., 14 novembre 2013, causa 60/12, *Baláž*, ECLI:EU:C:2013:733, chiamata a valutare se la nozione di «autorità giudiziaria competente in materia penale» che compariva in una decisione-quadro dovesse essere interpretata come una nozione autonoma di diritto dell'Unione, la Corte di giustizia ha statuito che «dalla necessità di garantire l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione discende che [...] tale nozione, decisiva

anche nel momento in cui bisogna riempire di significato il concetto di "materia penale" di cui all'art. 83, par. 2, TFUE[74].

Secondo un'interpretazione formale rientrano in questa materia solamente gli illeciti espressamente qualificati come "reati" o "penali", o quelli cui conseguono sanzioni che così li qualificano. Si tratta del modello adottato nel diritto penale italiano, a norma del quale sono *reati* gli illeciti puniti con l'ergastolo, la reclusione, l'arresto, la multa o l'ammenda.

Secondo un'interpretazione sostanziale è necessario guardare *oltre* la formale definizione eventualmente attribuita ad illeciti e sanzioni. In questo senso, rientrerebbe nel concetto di "materia penale" ogni illecito "sostanzialmente penale" in base a dei criteri da individuarsi tenendo conto del contesto in cui questa definizione verrà impiegata[75].

Del concetto di "materia penale", ai fini della delimitazione delle competenze dell'Unione, sembra necessario sposare un'interpretazione sostanziale.

Un primo indizio in questo senso viene dalla costante giurisprudenza della Corte di giustizia relativa alla scelta delle basi giuridiche degli atti dell'Unione, che dovrebbe «fondarsi su elementi oggettivi, suscettibili di sindacato giurisdizionale, tra i quali figurano, in particolare, lo scopo e il contenuto» dell'atto[76].

Se si accogliesse una *nozione formale* di "materia penale"[77], al legislatore europeo basterebbe evitare di menzionare la parola "reato" o "penale" per sottrarsi al procedimento

---

per determinare l'ambito di applicazione della decisione quadro, esige nell'intera Unione un'interpretazione autonoma e uniforme da effettuarsi tenendo conto del contesto della disposizione nella quale si inserisce e dello scopo perseguito da tale decisione quadro»: punto 26. Similmente, nel presentare le proprie difese in una causa di poco successiva (Corte giust., 6 maggio 2014, causa 43/12, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, ECLI:EU:C:2014:298), in cui la Corte è stata chiamata a valutare la legittimità della direttiva 2011/82/UE sullo scambio transfrontaliero di informazioni sulle infrazioni in materia di sicurezza stradale, il Consiglio ha sostenuto che «il problema di cosa rientri o meno nella "materia penale" dovrebbe essere risolto in modo autonomo nell'ambito del diritto dell'Unione, a prescindere dall'organizzazione interna di ciascuno Stato membro e dalla corrispondente terminologia nazionale»: punto 25. Cfr. altresì, per una analisi dello sviluppo del concetto di "criminal law" nelle opinioni degli Avvocati generali, A. ROSANÒ, *The Concept of Criminal Law in the Opinions of the Advocates General: Justification of Punitive Powers and Human Rights*, in *New Journal of European Criminal Law*, 2016.

[74] D'altronde, la dottrina è da tempo consapevole del fatto che l'autonomia, la novità e il «carattere *dinamico* del diritto comunitario» impongono «non una sussunzione sotto i concetti del diritto interno […] bensì un lavoro di costruzione originale», e che «la messa a frutto dei concetti del diritto penale interno per l'elaborazione della materia penale comunitaria deve avvenire nella forma e nei limiti in cui è possibile e opportuna l'utilizzazione dei concetti relativi ad un ordinamento nell'elaborazione dogmatica di un altro ordinamento»: A. BARATTA, *Contro il metodo della giurisprudenza concettuale nello studio del diritto penale comunitario*, in AA.VV., *Prospettive per un diritto penale europeo*, cit., pp. 32-34.

[75] Con ciò, ovviamente, non si è ancora detto nulla, se non che la formale etichettatura di un illecito o di una sanzione come "non penale" potrebbe essere compatibile con una qualificazione *sostanziale* di segno opposto.

[76] Corte giust., 22 ottobre 2013, causa 137/12, *Commissione c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2013:675, punto 52. Sui rapporti fra la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di scelta delle basi giuridiche e l'art. 83 TFUE v. S. MIETTINEN, *Criminal Competence and the Choice of Legal Basis: space in the Margins?*, in *EuCLR*, 2015, p. 226 ss. e J. OUWERKERK, *Criminalization Powers of the European Union and the Risks of Cherry-Picking between Various Legal Bases: The Case for a Single Legal Framework for EU-Level Criminalization*, in *Columbia Journal of European law*, 2017, p. 537 ss.

[77] Sembra accoglierla, *ex multis*, l'autore di un recente studio sulla potestà punitiva dell'Unione, secondo il quale «la nozione di pena fatta propria dall'ordinamento UE rinvia in prima battuta al solo diritto criminale (o diritto penale in senso stretto) e suggerisce quindi una lettura restrittiva della base giuridica che abilita l'adozione di direttive ai sensi dell'art. 83 TFUE, con ciò inducendo a escludere non solo quelle forme di reazione sociale che si sottraggono a una concezione di pena avente capacità di rimprovero stigmatizzante ma *a fortiori* anche tutte le

aggravato e ai limiti[78] introdotti dall'art. 83 TFUE, potendo ad esempio di introdurre *con regolamento* sanzioni del tutto identiche, nella sostanza, a sanzioni altrove qualificate come "penali".

In disparte il caso particolare delle sanzioni privative della libertà, che sono sempre state armonizzate in base all'art. 83 TFUE[79], dalla prassi emerge infatti che sanzioni formalmente qualificate come "penali" possono avere un contenuto del tutto sovrapponibile a sanzioni non qualificate come tali.

Lo dimostra in maniera esemplare la "coppia" formata dal regolamento 597/2014, basato sull'art. 114 TFUE, e dalla direttiva "gemella" 2014/57, basata invece sull'art. 83, par. 2,

---

misure che non soddisfano requisiti stabiliti dalla giurisprudenza della Corte EDU ai fini della nozione di pena in senso materiale»: A. MARTUFI, *op. cit.*, p. 558-559. In maniera più esplicita l'autore afferma anche che «la base giuridica del Trattato non consente un'interpretazione della "materia penale" in senso ampio, tale da ricomprendere al suo interno anche le sanzioni materialmente penali alla stregua dei criteri della Convenzione EDU» (p. 199, nt. 1). La difesa di questa posizione è tanto strenua da spingere l'autore a manifestare «perplessità in merito alla scelta di ricorrere alla suddetta base giuridica [l'art. 83 TFUE] per prevedere, come avvenuto di recente, la comminatoria di "sanzioni o misure non penali", ancorché in funzione soltanto accessoria rispetto alle pene principali. Si tratta, infatti, di sanzioni di cui il legislatore stesso esplicita la natura formalmente non penale e che, dunque, paiono esorbitare dalla più ristretta nozione di pena che […] definisce l'ambito di applicazione del potere legislativo UE» (p. 239). Lo stesso autore definisce "maggioritaria" la concezione formale (p. 238, nt. 141). Fra i molti illustri autori che la sostengono cfr. K. AMBOS, *Foundations: History, Concept and Subject of European Criminal Law*, in *European Criminal Law*, Cambridge, 2018, p. 18, secondo il quale «When the question of the Union's competence to enact criminal law norms arises, then this question refers to criminal law in the narrower sense; that is, to the enacting of punitive norms which threaten sanctions that are referred to as 'punishment'; that is, prison sentences or fines (and which may also entail the above-mentioned ancillary sanctions). These are to be distinguished from mere regulatory offences (infractions), which are routinely punished with an administrative pecuniary sanction. The size of such a pecuniary sanction under Union law, i.e. the financial amount to be paid, does not turn them into criminal-law-type sanctions. For neither does the non-payment of the pecuniary sanction result in a prison sentence, nor does the underlying infringement of a regulatory offence express a 'social and ethical condemnation' or a kind of censure».

[78] L'art. 83, par. 2, TFUE limita l'intervento dell'Unione all'adozione di *direttive*. Inoltre, ai sensi del successivo par. 3, ogni Stato membro può chiamare in causa il Consiglio europeo se ritiene «che un progetto di direttiva di cui al paragrafo 1 o 2 incida su aspetti fondamentali del proprio ordinamento giuridico penale». Se in seno al Consiglio europeo non si raggiunge un accordo, la procedura legislativa si conclude negativamente. Resta, però, possibile, su iniziativa di almeno nove Stati membri, «instaurare una cooperazione rafforzata sulla base del progetto di direttiva in questione», intendendosi in tal caso concessa l'autorizzazione a procedere alla cooperazione stessa. Cfr. M. CASTELLANETA, *Art. 83 TFUE*, in F. POCAR, M.C. BARUFFI (a cura di), *op. cit.*, p. 676.

[79] È però comunque concepibile il caso estremo di un legislatore europeo che intendesse introdurre la figura della detenzione amministrativa a presidio di norme relative al mercato interno, fondando queste previsioni sullo stesso art. 114 TFUE. Un autore, consapevole di questo rischio, porta l'esempio di un atto che impone che una determinata condotta venga sanzionata con l'isolamento da 24 a 72 mesi escludendo esplicitamente che esso abbia natura penale. A questo riguardo egli afferma che, nonostante l'affermazione di segno contrario, «it seems arguable that the instrument in question must be regarded as being of a criminal law nature when it comes to the question of competence». Di conseguenza e più in generale dovranno considerarsi concernenti la "materia penale" quantomeno «directives requiring the Member States to introduce rules that according to their own law would be considered to be criminal in character, and directives requiring the Member States to introduce rules that for substantive reasons cannot be considered to be of a merely administrative nature»: P. ASP, *The Substantive Criminal Law Competence of the EU*, Stockholm, 2012, p. 65-67. Guardando alla prassi, quando si discusse della base giuridica della direttiva PIF, si notò che rinvenirla nell'art. 325, par. 4 a discapito del neointrodotto art. 83, par. 2, avrebbe significato evitare le "forche caudine" poste da quest'ultima norma per l'introduzione di disposizioni di armonizzazione di natura penale. Si osservò però che sarebbe «surprising if these limitations could be circumvented by recourse to another substantive legal base. To allow recourse to different potential legal bases on substantive policies would also hamper the coherent development of future legislation in the area of criminal law harmonisation. This could not have been intended under the Treaty of Lisbon» (cfr. il documento PE500.747v02-00, annesso al documento A7- 0251/ 2014)).

TFUE[80]: in entrambi i casi si prevedono infatti sanzioni pecuniarie, qualificate "amministrative" dal primo (art. 30) e "di natura penale o non penale" dalla seconda (art. 9), nonché sanzioni interdittive quali la «revoca o sospensione dell'autorizzazione di una società di investimento» (art. 30, par. 2, lett. d) del regolamento) e «l'interdizione temporanea o permanente dall'esercizio di un'attività d'impresa» (art. 9, par. b della direttiva).

Solo il regolamento prevede la sanzione della pubblicazione delle decisioni (art. 34), che però si ritrova in altri atti basati sull'art. 83, par. 2, TFUE, come, ad esempio, la direttiva del 2024 sulla tutela dell'ambiente, ove, fra le sanzioni per le persone fisiche e per le persone giuridiche, figura la «pubblicazione integrale o parziale della decisione giudiziaria relativa al reato commesso» (art. 5, par. 3, lett. g) e 7, par. 2, lett. j).

Per evitare che la scelta della base giuridica sia insindacabilmente rimessa all'arbitrio (politico[81]) del legislatore europeo sembra quindi preferibile, nel contesto di una nozione sostanziale di "materia penale", attribuire rilievo ad elementi ulteriori, quali la formulazione e lo scopo dell'atto (*scilicet* degli illeciti e delle sanzioni)[82].

Ciò non toglie che debbano senz'altro essere incardinati sull'art. 83, par. 2, TFUE atti che interessino in maniera esplicita e programmatica la materia penale ed i reati[83]: *in claris non fit interpretatio*.

4.4.2. Il diritto derivato.

Anche l'analisi del diritto derivato sembra offrire un argomento in favore di una nozione sostanziale – o comunque insensibile alle etichette – di "materia penale". Esistono, infatti, sanzioni amministrative punitive *formalmente non penali* armonizzate in base all'art. 83, par. 2, TFUE.

Ad esempio, mirano ad armonizzare norme minime relative anche ad illeciti e sanzioni *non formalmente qualificati come penali*

- la direttiva 2014/57 del 16 aprile 2014 relativa alle sanzioni penali in caso di abusi di mercato, che all'art. 9 prevede che «[g]li Stati membri adottano le misure necessarie affinché la persona giuridica [...] sia sottoposta a sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, che comprendono sanzioni pecuniarie di natura penale *o non penale*»;

- la direttiva 2017/1371 del 5 luglio 2017 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione mediante il diritto penale, che all'art. 9 impone agli Stati di sottoporre la persona giuridica responsabile di alcuni illeciti a «sanzioni pecuniarie penali o non penali»;

---

[80] Cfr. il considerando n. 23 della direttiva.

[81] Infatti, «l'appartenenza di una sanzione all'uno ovvero all'altro ramo del diritto» è semplicemente «il frutto di valutazioni (politiche) contingenti e storiche»: G. BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, Milano, 1984, p. 16.

[82] «The label cannot be decisive as it would then be possible for the EU to circumvent procedural guarantees»: J. ÖBERG, *The definition of criminal sanctions in the EU*, in *EuCLR*, 2013, p. 281. Similmente, secondo un altro autore l'assenza di un chiaro criterio distintivo fra competenza penale e amministrativa crea il «rischio di eventuali "truffe delle etichette" tali da consentire al legislatore UE di aggirare gli stringenti limiti imposti all'esercizio delle attribuzioni in materia penale»: A. MARTUFI, *op. cit.*, p. 459, spec. nt. 158.

[83] Per assurdo, quindi, se in un regolamento fondato sull'art. 114 TFUE si trovasse un articolo rubricato "norme minime relative alla definizione dei reati", non si potrebbe che concludere per la sua illegittimità.

- la direttiva 2024/1203 dell'11 aprile 2024 sulla tutela penale dell'ambiente, che impone che vengano introdotte «sanzioni o misure penali o *non penali*» sia per le persone fisiche, all'art. 5, par. 3, sia per le persone giuridiche, all'art. 7.

4.4.3. La lettera dell'art. 83, par. 2, TFUE.

Accogliere una nozione sostanziale di materia penale comporterebbe la necessità di rinvenire nell'art. 83, par. 2, TFUE la base giuridica per l'armonizzazione di illeciti e *sanzioni amministrative punitive*.

Questa norma, come accennato, attribuisce all'Unione il potere di stabilire «norme minime relative alla definizione dei reati e delle *sanzioni*» e non pone alcuna restrizione quanto alla natura, alla specie e alla forma di queste *sanzioni*.

Accolta una definizione sostanziale di "materia penale" non sembrano quindi sussistere altri ostacoli di natura testuale alla tesi secondo cui questa norma possa fare riferimento anche a sanzioni formalmente qualificate come "amministrative".

Anche l'analisi delle altre versioni linguistiche dell'art. 83, par. 2, TFUE non sembra essere d'ostacolo a questa ricostruzione. Ad esempio, nella versione francese si utilizza la locuzione *matière pénale* (non *droit pénal* o *droit criminel*), in quella spagnola *materia penal* (non *derecho penal*) e in quella portoghese *matéria penal* (non *direito penal*), che sembrano rinviare a una nozione materiale (sostanziale) del concetto; nella versione tedesca si fa riferimento alle *strafrechtlichen Rechtsvorschriften*, nozione che, se interpretata in senso ampio (*Strafrecht im weiteren Sinn*), ricomprende anche illeciti formalmente amministrativi; da ultimo, nella versione inglese si legge *criminal laws and regulations*, ove l'aggettivo "criminal" è lo stesso che compare agli artt. 6 e 7 della Convenzione EDU, senza che ciò abbia posto ostacoli alla giurisprudenza della relativa Corte, che abbraccia una nozione sostanziale di questo concetto.

4.4.4. Criteri per un'interpretazione sostanziale.

Elencate le ragioni per cui sembra preferibile adottare una *nozione sostanziale* di "materia penale" *ex* art. 83, par. 2, TFUE, ancora non si è detto nulla sul contenuto di siffatta nozione e sui criteri che dovrebbero guidare nella (valutazione della correttezza della) scelta della base giuridica.

Non sembra determinante, ai fini della qualificazione della natura dell'illecito o della sanzione, l'identificazione del tipo di autorità incaricata di irrogare la sanzione. Nel sistema italiano come in quello sovranazionale le autorità amministrative incaricate di irrogare sanzioni punitive devono farlo nel rispetto di garanzie non dissimili da quelle che animano il processo penale. Se, dunque, le stesse autorità amministrative divengono *giudici sostanzialmente penali*, non sembra possibile attribuire portata decisiva al fatto che sia loro attribuito il compito di irrogare determinate sanzioni nel qualificare queste ultime come sanzioni amministrative[84].

[84] In questo senso si è rilevato che «[l]a Commissione in realtà, quantomeno nella fase della irrogazione delle sanzioni, non pare titolare di poteri amministrativi in senso proprio, correlati cioè ad una attività di ponderazione tra interessi privati ed interessi pubblici. Essa appare invece dotata di quei poteri che normalmente vengono ad

Non sembra possibile rilevare significative differenze fra le sanzioni amministrative punitive e le sanzioni penali nemmeno sul fronte dei beni tutelati e delle finalità[85].

Qualche certezza potrebbe venire dall'analisi dell'afflittività della sanzione: le particolari cautele che circondano l'art. 83 TFUE, infatti, riflettono la prudenza degli Stati nell'attribuire all'Unione europea poteri che consentono l'adozione di sanzioni dotate di significativa afflittività nei confronti del popolo "sovrano".

Siffatta afflittività è massima con riferimento alle sanzioni privative della libertà personale: per questo dovrà considerarsi "penale", indipendentemente dall'etichetta attribuita, ogni sanzione che limita la libertà personale del singolo[86]. Coerentemente, un'analisi della legislazione sovranazionale dimostra che, ad oggi, solo ad illeciti formalmente qualificati come "reati" può dover conseguire una sanzione privativa della libertà.

Tuttavia, la privazione della libertà, oltre a poter colpire solo le persone fisiche, spesse volte rimane – come dovrebbe rimanere – sullo sfondo, risultando meno incisiva rispetto a sanzioni interdittive e pecuniarie[87]. Di qui la necessità di interrogarsi anche in merito a sanzioni che incidono su beni diversi rispetto alla libertà personale.

---

essere attribuiti agli organi giudicanti (quali poteri ispettivi, istruttori, cautelari, sanzionatori, ecc). Il nucleo centrale dei poteri che caratterizzano l'attività sanzionatoria è in effetti costituito da poteri di accertamento e di qualificazione di fatti in termini di liceità ed illiceità in correlazione a norme, secondo uno schema che da più parti è stato ormai ripreso per distinguere quella discrezionalità che normalmente caratterizza la attività amministrativa rispetto alla discrezionalità tipica degli organi giudicanti. Se tale attività presuppone l'esercizio di poteri di valutazione anche complessi e derivanti da diversi parametri, purtuttavia tali poteri dovrebbero essere esercitati alla stregua delle norme giuridiche e non con l'inserimento di interessi apprezzabili in maniera distinta ed autonoma da essi. Parallelamente, anche l'esercizio dei poteri strumentali connessi alla irrogazione della sanzione, quali la regola del contraddittorio, il principio della istruttoria, ecc. si richiamano ad un modello di attività simile al modello della c.d. amministrazione giudiziale»: A. PISANESCHI, *op. cit.*, p. 86-87.

[85] Con riferimento all'ordinamento italiano un illustre autore ha rilevato che la sanzione amministrativa del pagamento di una somma di denaro «a differenza della multa e dell'ammenda, non è convertibile (per il caso di insolvenza del condannato) né in libertà controllata, né in lavoro sostitutivo. Inoltre, il procedimento è di competenza non del giudice penale, ma dell'autorità amministrativa; e, in caso di opposizione, del giudice civile. *Ma non si tratta, malgrado la terminologia della legge, di vera e propria sanzione amministrativa: le rimangono ancora non poche caratteristiche della sanzione penale*. Così, l'instaurazione del procedimento e l'applicazione della sanzione sono obbligatorie, e non discrezionali; l'interesse tutelato è riferibile all'ordinamento generale dello Stato, e non all'ordinamento particolare dell'amministrazione che procede; l'obbligo al pagamento della somma di denaro non è trasmissibile agli eredi; il concorso con disposizioni penali deve essere risolto attraverso l'operare dei principi di specialità e di consunzione […] e dimostra, pertanto, la *omogeneità degli scopi delle norme*; nel concorso di persone, la sanzione si applica distintamente a ciascun compartecipe; nel caso di connessione con un reato procede il giudice penale; e così via. *Perciò, può utilmente parlarsi di "diritto penale amministrativo"*»: A. PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, IX ed., Milano, 2020, p. 25 (corsivi aggiunti); ancora, si è scritto che «secondo una acquisizione ormai pacifica specie rispetto all'illecito amministrativo da depenalizzazione, *la sanzione penale e quella amministrativa sono riconducibili ad un'unica categoria ontologica di pena*, poiché identiche nella funzione, perseguendo entrambe in via primaria una finalità di prevenzione generale nello stadio della minaccia e di prevenzione speciale nello stadio dell'irrogazione»: F. MANTOVANI, *Diritto penale*, XI ed., Milano, p. 1050. Nello stesso senso, si è da ultimo affermato che «sia le sanzioni amministrative di cui alla l. n. 689/1981, sia le sanzioni pecuniarie civili di cui al d.lgs. n. 7/2016 hanno natura punitiva: sono strumenti di tutela preventiva di beni giuridici, perseguono cioè – non diversamente dalla pena – finalità di prevenzione generale e speciale»: G. MARINUCCI, E. DOLCINI, G.L. GATTA, *Manuale di Diritto Penale. Parte generale*, XIII ed., Milano, 2024, p. 224.

[86] Questa soluzione è coerente con il rilievo dottrinale secondo cui la reclusione rappresenta «the prime example of 'criminal sanctions' both because of the harsh consequences relating to this sanction and because of the moral condemnation this sanction entails»: J. ÖBERG, *The definition of criminal sanctions in the EU*, cit., p. 274.

[87] In questo senso si è affermato da un lato che «a significant proportion of the sentences that are actually imposed in many legal systems do not even imply deprivation of personal liberty. Just to give two European examples: in

Principiando dalle sanzioni pecuniarie, potrebbe trarsi qualche indizio sul confine fra penale e amministrativo dall'analisi degli atti che sono stati approvati sulla base dell'art. 83, par. 2, TFUE[88]; si tratterebbe, però, di criteri intrinsecamente vaghi e mutevoli, e ciò ridonderebbe negativamente sull'individuazione della corretta base giuridica.

Queste criticità si moltiplicano se si volge lo sguardo a sanzioni diverse da quelle pecuniarie: l'analisi degli atti giuridici dell'Unione rivela infatti che a chi commette "reati" possono dover essere irrogate sanzioni identiche, per contenuto e afflittività, a sanzioni altrove poste a presidio di illeciti non formalmente qualificati come reati[89]. È il caso, oltre che delle sanzioni pecuniarie[90], delle sanzioni interdittive e delle sanzioni che si potrebbero definire "infamanti".

Ciò vale anche per la responsabilità degli enti, con l'ulteriore peculiarità che in quest'ambito il legislatore europeo non ha mai imposto agli Stati membri di comminare sanzioni espressamente qualificate come "penali" [91].

4.4.5. La centralità "garantistica" dell'art. 83, par. 2, TFUE.

Nell'attesa di un intervento che razionalizzi il sistema delle competenze sanzionatorie dell'Unione sembra quindi necessario interpretare in maniera (oltre che sostanziale, anche) *ampia* il concetto di "materia penale" *ex* art. 83, par. 2, TFUE, con la conseguenza che, nel dubbio, questa dovrebbe essere la base per *ogni* intervento del legislatore europeo in materia sanzionatoria punitiva.

Così interpretata, la nozione di "materia penale" *ex* art. 83, par. 2, TFUE non sembra divergere significativamente dalle nozioni di "materia penale" elaborate dalla Corte di giustizia

---

Germany, an overwhelming number of sentences consist of fines; in Italy, where fines are also often applied but – oddly enough – not enforced, sentences of up to four years imprisonment imposed to non-recidivists are regularly suspended, or – in more serious cases – replaced with other less intrusive measures», e dall'altro lato che «the impact of non-criminal penalties on individual fundamental rights has been growing everywhere in the world throughout the last decades»: F. VIGANÒ, *The Remains of Exceptionalism in Criminal Law*, in *Criminal Law and Philosophy*, 2023, 17, p. 74-75.

[88] Ad esempio, la direttiva 2024/1203 sulla tutela penale dell'ambiente impone l'introduzione di sanzioni pecuniarie che devono essere pari, nel loro massimo, quantomeno «al 5 % del fatturato mondiale totale della persona giuridica nell'esercizio finanziario precedente quello in cui è stato commesso il reato o nell'esercizio finanziario precedente a quello nel quale è stata adottata la decisione di irrogare la sanzione pecuniaria; o a un importo corrispondente a 40 000 000 EUR».

[89] Lo dimostra, *ex multis*, la stessa direttiva NIS 2 che, come si è visto, impone di comminare ai "soggetti", persone o imprese che siano, i quali non adempiono ai relativi obblighi, sanzioni pecuniarie e interdittive potenzialmente assai afflittive.

[90] Vari atti giuridici basati sull'art. 83, par. 2, lasciano addirittura agli Stati la possibilità di comminare, in risposta alla commissione di un reato, misure che, pur potendo essere qualificate come "non penali", comportano restrizioni dei diritti dei singoli equiparabili ad eventuali misure penali.

[91] Come visto, le disposizioni sugli enti normalmente prevedono, a fronte dell'accertamento della responsabilità di un "reato", la necessità di introdurre "sanzioni penali o non penali" (ad es., art. 7, par. 2, della direttiva 2024/1203). Un altro atto fondato sull'art. 83, par. 2, è la direttiva 2017/1371 relativa alla lotta contro la frode che lede gli interessi finanziari dell'Unione. All'art. 9 (sanzioni per le persone giuridiche) questa direttiva impone agli Stati di comminare sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive «che comprendono sanzioni pecuniarie penali o non penali» (art. 9), fra le quali figurano sanzioni, dalla finalità sicuramente punitiva, quali «l'interdizione temporanea o permanente di esercitare un'attività commerciale» (art. 9, lett. c).

nell'interpretare la CDFUE[92] e dalla Corte EDU nell'interpretare gli artt. 6 e 7 della relativa Convenzione[93].

La preferenza attribuita all'art. 83, par. 2, TFUE non sarebbe più, oggi – almeno non direttamente – una preferenza attribuita al metodo intergovernativo[94]. Dopo il Trattato di Lisbona, preferire l'art. 83, par. 2, significa piuttosto imporre, quando si tratti di sanzioni punitive, un vaglio ulteriore rispetto a quello già richiesto, a monte, dai principi di proporzionalità e di sussidiarietà[95].

Non solo. Dopo Lisbona, identificare in questa norma la base giuridica per ogni tipo di intervento in materia sanzionatoria punitiva permetterebbe ai Parlamenti nazionali di esercitare un controllo più incisivo sul rispetto del principio di sussidiarietà comunitaria[96]. Da questa circostanza, come anche dalla limitazione dell'intervento dell'Unione europea alla forma della direttiva, deriverebbe l'assoggettamento di tutte le sanzioni punitive riconducibili al diritto dell'Unione europea ad un più incisivo e approfondito controllo democratico.

Da ultimo, questa soluzione sarebbe in linea con le proposte di chi afferma la necessità di un approccio "di sistema", che tenga «insieme – come in una "catena" – l'*enforcement* amministrativa e quella penale, in modo tale da integrare il duplice regime che oggi, invece, esiste»[97].

4.4.6. Il senso della distinzione penale/amministrativo.

Sposata una nozione sostanziale di materia penale, ci si potrebbe interrogare sulla "attualità sovranazionale" della distinzione fra i reati e gli illeciti amministrativi, affacciandosi la possibilità (*rectius*, il rischio) che ogni illecito venga qualificato "reato".

L'attribuzione ad un fatto di questa qualifica ha una forte carica simbolica, indipendentemente dalla sanzione comminata. In questo senso, la dottrina ha ravvisato «come

---

[92] Cfr., da ultimo, R. RUDONI, *Il principio di legalità delle sanzioni 'penali' in una prospettiva costituzionale nazionale ed europea*, Torino, 2024, pp. 124-128.

[93] Sulla giurisprudenza della Corte EDU cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017, p. 16 ss., L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, pp. 25-110 e R. RUDONI, *op. cit.*, pp. 47-71. Le conclusioni della Corte non divergono molto da quelle già raggiunte dalla dottrina italiana. In particolare, a fronte della vigenza di una definizione formale di reato, si è autorevolmente sottolineato che «ai fini della costituzione, non ha tanto importanza il determinare se ci troviamo in presenza di una "pena" inquadrata formalmente negli schemi del codice penale, quanto se ricorre una "punizione"»: P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 63. Vi sono anche autori che affermano *tout court*: «following the Engel-criteria, European criminal law refers to norms that can be regarded to have a punitive nature»: M. KETTUNEN, *Legitimizing European Criminal Law: Justification and Restrictions*, Cham-Torino, 2020, p. 68.

[94] Certo, si prevede il potere degli Stati di attivare il freno di emergenza; potere che, però, è controbilanciato dalla possibilità di attivare con maggiore facilità una cooperazione rafforzata.

[95] L'attività normativa in materia di spazio di libertà, sicurezza e giustizia post-Lisbona comporta infatti «un maggior coinvolgimento democratico nel processo decisionale e un innalzamento dei vincoli di razionalità dello stesso, grazie al maggior controllo che potrà esercitare la Corte di giustizia»: C. SOTIS, *Il trattato di Lisbona e le competenze penali dell'Unione europea*, cit., p. 1153.

[96] Infatti, come si è visto, l'art. 7, par. 2, del protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità prevede che il progetto debba essere riesaminato se i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà rappresentino (anche solamente) *un quarto* dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali.

[97] J.A.E. VERVAELE, *Verso una rivalutazione europea dell'*enforcement *nel diritto punitivo?*, cit., p. 48.

autentica *costante*, proprio la funzione simbolica delle previsioni penalistiche»[98], che insieme al carattere afflittivo e allo statuto garantistico contrassegna, almeno in una prospettiva ideale, l'intervento penale. Se, poi, un fatto qualificato come reato è punito con una sanzione formalmente penale, alla carica simbolica dell'etichetta si aggiunge quella comunicativa della pena[99].

Le decisioni relative all'opportunità di introdurre un nuovo *reato* oppure un mero illecito amministrativo, una sanzione *penale* oppure una sanzione diversamente etichettata, hanno quindi un forte significato politico[100], che non verrebbe meno laddove questa scelta non avesse alcun peso quanto all'individuazione della base giuridica.

Anzi, svincolare la scelta della base giuridica dall'etichettatura di illecito e sanzione potrebbe restituire genuinità alla scelta stessa, che non dipenderebbe più da calcoli istituzionali ma da considerazioni di politica criminale.

Adottare una nozione sostanziale consentirebbe infatti di evitare che il dibattito politico sovranazionale venga contaminato da considerazioni che ad esso dovrebbero rimanere estranee, quali la necessità di "alleggerire" la procedura legislativa, di sottrarsi all'attivazione del freno di emergenza da parte di uno o più Stati membri o, ancora, di eludere un parere negativo sulla sussidiarietà da parte dei Parlamenti.

Al legislatore comunitario non sarebbe, in definitiva, preclusa la possibilità di distinguere fatti da qualificare come "reati" e fatti che, invece, non meritano tale qualifica; questa distinzione, però, cesserebbe di determinare la scelta della base giuridica[101].

Considerata la carica simbolica della qualificazione di un fatto come "penale" resterebbe ferma, invece, la necessità di valutare con attenzione se sussistano tutti i presupposti per l'attribuzione di tale etichetta, che dovrebbe sempre rappresentare l'*extrema ratio*.

Correlativamente, laddove una direttiva obblighi gli Stati ad introdurre nuovi *reati* o nuove *sanzioni penali*, essi saranno tenuti a farlo in conformità al loro diritto interno, essendo vincolati «per quanto riguarda il risultato da raggiungere» (art. 288, par. 1, TFUE). Pertanto, le

---

[98] S. BONINI, *La funzione simbolica nel diritto penale del bene giuridico*, Napoli, 2018, pp. 189-191. Prosegue l'autore affermando: «che il diritto penale sia il diritto *più simbolico* che si conosca, e che questa sua dimensione *non* possa ritenersi *contingente*, ma *congenita* e *strutturalmente ineliminabile*, è agevolmente dimostrabile leggendo lo *ius terribile* in chiave di comparazione sia *sincronica* sia *diacronica*: non c'è verosimilmente intervento penalistico, da quello in campi più naturali a quello in aree di protezione più artificiali e tecniche, che nei confronti della rispettiva cerchia di destinatari possa considerarsi *simbolicamente trascurabile*». Cfr. anche M. DONINI, *Per un codice penale di mille incriminazioni: progetto di depenalizzazione in un quadro del "sistema"*, in *Dir. pen. e proc*., 2000, p. 1654, secondo il quale la funzione di stigmatizzazione è l'unica «funzione assolutamente indiscutibile» del diritto penale.

[99] Cfr. A. NISCO, *Teorie espressive della pena: un'introduzione critica*, Torino, 2024.

[100] In questo senso, si è scritto che «non è di per sé il perseguimento di finalità simboliche a scandalizzarci. Il perseguimento di queste infatti costituisce una essenziale ed ineliminabile componente della discrezionalità politica in materia penale. A scandalizzarci invece è associare quelle finalità all'esercizio di una discrezionalità tecnica in materia penale»: C. SOTIS, *Il diritto senza codice. Uno studio sul sistema penale europeo vigente*, Milano, 2007, p. 167.

[101] Pur rimanendo intatta la possibilità per il legislatore europeo di definire una sanzione come "penale" o "non penale", questa etichetta sarà *ratio cognoscendi* e non *ratio essendi* della natura (sostanzialmente) penale della sanzione.

nozioni nazionali rimangono il punto di riferimento al fine di valutare se le direttive in materia penale siano o non siano state correttamente attuate[102].

5. La natura delle sanzioni previste dalla direttiva NIS 2.

Fatte queste premesse, è necessario interrogarsi in merito alla natura delle sanzioni previste dalla direttiva NIS 2.

Come si è visto, in caso di violazione degli obblighi NIS le autorità devono poter irrogare varie sanzioni, riconducibili a tre categorie: sanzioni amministrative pecuniarie (art. 34), sanzioni "interdittive" per soggetti essenziali (art. 32, par. 5, lett. a) nonché, infine, sanzioni "interdittive" per le persone fisiche che ricoprono il ruolo di amministratore delegato o rappresentante legale di soggetti essenziali (art. 32, par. 5, lett. b).

Nessuno spazio è *formalmente* riservato a reati o sanzioni *penali*[103]. Tuttavia, se si adotta una definizione sostanziale del concetto di "materia penale" ai sensi dell'art. 83, par. 2, TFUE, questa circostanza non ha portata determinante nel valutare la correttezza della scelta della base giuridica[104].

5.1. Sanzioni pecuniarie.

Considerato che possono essere "soggetti" ai sensi della direttiva NIS 2 sia enti che persone fisiche, è bene anzitutto sottolineare che, come statuito anche dalla Corte EDU[105] nei

---

[102] In questo senso, si è condivisibilmente affermato che «l'approccio formale continua ad essere pertinente laddove l'Unione decida, sul fondamento dell'articolo 83, paragrafi 1 e 2, TFUE, di stabilire norme minime relative alla definizione delle infrazioni penali e delle sanzioni nei settori menzionati in dette disposizioni. In tale situazione, è espressamente richiesta l'armonizzazione della qualificazione formale delle infrazioni come infrazioni penali. La nozione di infrazione penale va allora intesa in senso formale, senza rischi di eterogeneità tra gli Stati membri, in quanto questi ultimi sono tenuti a qualificare allo stesso modo una determinata infrazione» (Conclusioni dell'Avvocato generale Bot nella causa 43/12, punto 75). In Italia, quindi, sarà necessario prevedere dei fatti puniti con la multa e/o con la reclusione (delitti), ovvero con l'ammenda e/o l'arresto (contravvenzioni). Sul punto, cfr. anche quanto previsto dall'art. 32, comma 1, lett. d) della legge 24 dicembre 2012, n. 234. Si è però affermato, in maniera parzialmente difforme, che la «qualificazione "penale" riferita alle sanzioni che dovranno essere irrogate per gli illeciti ambientali [...] non è indice del necessario impiego di pene in senso stretto. In mancanza di una chiara definizione di ciò che integra propriamente una "sanzione penale" in ambito comunitario, non si può che attingere alla disciplina nazionale e quindi ricomprendere in tale nozione, come altrove già rimarcato, anche il diritto punitivo amministrativo. D'altra parte, visto che la direttiva comunitaria dovrà essere trasposta nella legislazione nazionale, è alle regole interne di identificazione delle sanzioni penali che, necessariamente, dovrà farsi richiamo»: C. PAONESSA, *Gli obblighi di tutela penale. La discrezionalità legislativa nella cornice dei vincoli costituzionali e comunitari*, Pisa, 2009, p. 231. Cfr. anche A. MARTUFI, *op. cit.*, pp. 228-229.

[103] Lo stesso legislatore europeo si premura di chiarire che la direttiva non prevede l'introduzione di sanzioni penali per le persone fisiche che violino gli obblighi da essa previsti. Esplicito in questo senso il considerando n. 128. Il considerando n. 131 precisa però che resta ferma la possibilità di «stabilire le norme relative alle sanzioni penali in caso di violazione delle norme nazionali di recepimento della presente direttiva».

[104] Cfr. H. SATZGER, *Die Europäisierung des Strafrechts*, Köln-Berlin-Bonn-München, 2001, pp. 66-67.

[105] Una volta appurata la necessità di sposare una nozione ampia di "materia penale" ai fini dell'interpretazione dell'art. 83 TFUE sulla base di argomenti tratti dall'analisi dell'ordinamento sovranazionale, non si può negare l'utilità del rinvio alla giurisprudenza della Corte EDU per contribuire a chiarirne ulteriormente la latitudine.

casi *Menarini Diagnostics* del 2011[106] e *Produkcija Plus Storitveno Podjetje* del 2018[107], possono considerarsi "sostanzialmente penali" anche le sanzioni pecuniarie di cui sono destinatari gli enti irrogate da un'autorità amministrativa[108], qual è l'Agenzia per la Cybersicurezza nazionale (ACN)[109].

Fatta questa premessa, è significativo rilevare che questa Agenzia tutela interessi fondamentali per ogni Stato e per l'Unione stessa. La sicurezza dei sistemi informatici, d'altronde, è un bene normalmente tutelato tramite il diritto penale[110].

A questi fini è fondamentale il potere, attribuito all'Agenzia, di irrogare sanzioni che a) come evidenziato nella relazione illustrativa al decreto di attuazione della NIS 2, «hanno il fine *esclusivo* di rappresentare un efficace strumento di deterrenza volto a garantire l'attuazione delle misure previste dal provvedimento»[111], b) devono essere commisurate, ai sensi del

---

[106] Corte EDU, 27 settembre 2011, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*, ricorso n. 43509/08. La società era stata sanzionata dalla AGCM per aver tenuto delle condotte anticoncorrenziali. La Corte, facendo applicazione dei criteri Engel, rileva in primo luogo che le sanzioni dei comportamenti anticoncorrenziali non hanno natura penale secondo l'ordinamento interno. Ciononostante, la Corte conclude per la natura "sostanzialmente penale" della sanzione inflitta (punto 44) perché *a*) essa era basata su norme perseguenti un obiettivo sia repressivo (punire un'irregolarità) sia preventivo (dissuadere la società interessata dal reiterare la condotta: punto 41), *b*) a tutela di interessi generali della società normalmente protetti dalla legge penale (punto 40). Inoltre, *c*) la sanzione irrogata è di ammontare elevato (punto 42).

[107] Corte EDU, 23 ottobre 2018, *Produkcija Plus Storitveno Podjetje D.O.O. c. Slovenia*, ricorso n. 47072/15. Anche in questo caso si tratta di un procedimento in materia di concorrenza, con la particolarità che la società è stata multata per non aver immediatamente consentito l'accesso ai propri locali a degli ispettori. Si tratta di un caso che concerne la violazione di obblighi posti a presidio dell'operare di un'autorità amministrativa la quale, a sua volta, tutela interessi generali. La Corte rimarca che «the effective exercise of official duties of agents of the State appears to be in the general interests of society, protected also by the Criminal Code in Slovenia» (punto 45). La Corte nota altresì che la sanzione comminata per casi simili a questo era molto elevata, e che, essendo stata in questo caso irrogata mesi dopo la fine dell'ispezione, non aveva l'effetto di garantirne l'esecuzione. La Corte, quindi, conclude per la natura sostanzialmente penale delle sanzioni.

[108] Cfr. J. ÖBERG, *The definition of criminal sanctions in the EU*, cit., p. 282.

[109] Sull'istituzione di questa agenzia cfr. T.F. GIUPPONI, *Il governo nazionale della cybersicurezza*, in *Quad. cost.*, 2024, n. 2, p. 287 ss. Questo autore ha sottolineato che l'agenzia, pur «dotata di autonomia regolamentare, amministrativa, patrimoniale, organizzativa, contabile e finanziaria», sembra in parte distaccarsi dal modello «generalmente previsto per le Agenzie dal d.lgs. n. 300/1999 […]. Se, infatti, le elevate competenze tecniche richieste, unitamente alle esigenze di flessibilità nell'esercizio delle funzioni assegnate, sembrano richiamare il modello tradizionale di Agenzia, le esigenze di indirizzo e controllo politico relative a tale delicatissimo settore fanno emergere un evidente rapporto di strumentalità rispetto alle funzioni del Presidente del Consiglio in materia. È, infatti, il Presidente del Consiglio […] a nominare i vertici dell'ACN, il cui Direttore generale è suo "diretto referente"; a determinare il fabbisogno finanziario annuo della stessa ACN; ad esercitare la potestà regolamentare quanto all'organizzazione, al personale, alla contabilità e alla gestione delle procedure di appalto dell'ACN (in questi due ultimi casi, su proposta del Direttore generale)» (p. 289).

[110] Basti a questo fine citare il considerando n. 2 della direttiva 2013/40 relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, che così recita: «I sistemi di informazione sono un elemento chiave dell'interazione politica, sociale ed economica nell'Unione. La società è fortemente e sempre più dipendente da tali sistemi. Il buon funzionamento e la sicurezza di questi sistemi nell'Unione sono fondamentali per lo sviluppo del mercato interno e di un'economia competitiva e innovativa».

[111] Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva (UE) 2022/2555, p. 22 (corsivo aggiunto). Come si è già visto, dai documenti che hanno portato all'approvazione della direttiva e dai suoi considerando emerge che l'introduzione di sanzioni più afflittive nella NIS 2 si fonda proprio sulla necessità di diffondere una cultura della protezione dei sistemi informatici al fine di prevenire incidenti esiziali per il vivere comune. Significativo, inoltre, che la possibilità «di agire con immediatezza per prevenire un incidente o rispondervi», ai sensi dell'art. 32, par. 8, della direttiva NIS 2, venga concepita come un'eccezione alla regola secondo cui è necessario garantire ai singoli il tempo di difendersi. Solitamente, laddove una sanzione persegua una finalità preventiva, al singolo è data la possibilità di difendersi *ex post*, non *ex ante*. A questo elemento è

combinato degli artt. 32, par. 7, 33, par. 5 e 34, par. 3, *anche* all'accertamento della «eventuale condotta intenzionale o negligenza da parte dell'autore della violazione»[112] e del «danno materiale o immateriale causato»[113], c) possono toccare livelli massimi dello stesso ordine di grandezza di quelli che caratterizzano sanzioni che conseguono a fatti definiti come "reati"[114].

Per tutti questi motivi, le sanzioni pecuniarie imposte dalla direttiva NIS 2 sembrano avere natura sostanzialmente penale.

5.2. Sanzioni interdittive.

Le considerazioni da svolgersi con riferimento alle sanzioni interdittive[115] sembrano più complesse.

Un indizio a favore della loro finalità *preventiva* sembra venire dalla norma che stabilisce che esse possono essere applicate «solo finché il soggetto interessato non adotta le misure necessarie a porre rimedio alle carenze o a conformarsi alle prescrizioni dell'autorità competente» (art. 32, par. 5). Si tratta, infatti, di una tipica considerazione di proporzionalità *prospettica*, che proietta la misura non già a punire una condotta illecita, ma a prevenire l'aggravarsi di un danno.

È anche vero, però, che queste sanzioni potrebbero, almeno in astratto, protrarsi all'infinito. Il mancato rispetto delle indicazioni di ACN potrebbe portare, infatti, alla revoca (sostanzialmente) *perpetua* di una autorizzazione e all'interdizione (sostanzialmente) *perpetua* dell'esercizio dell'attività commerciale. Si tratta, certo, di conseguenze di un'inattività dell'ente; conseguenze, però, tanto afflittive da rendere insoddisfacente l'eventuale loro qualificazione come misure "meramente preventive".

Inoltre, è significativo il testo del considerando n. 133 della direttiva NIS 2: «[d]ata la loro gravità e l'impatto sulle attività dei soggetti e, in ultima analisi, sugli utenti, tali sospensioni o divieti temporanei dovrebbero essere applicati solo *in proporzione alla gravità della violazione* e tenendo conto delle circostanze di ciascun singolo caso, tra cui il carattere doloso o colposo della violazione e qualsiasi azione intrapresa per prevenire o attenuare il danno materiale o immateriale».

Non solo. Si fa esplicito riferimento alla necessità di assicurare che esse siano applicate «solo come *ultima ratio*» e «in conformità ai principi generali del diritto dell'Unione e della

---

attribuita una portata determinante nel valutare la natura di una sanzione nella sentenza Corte EDU, 28 ottobre 1999, *Escoubet c. Belgio*, ricorso n. 26780/95, punto 37.

[112] La giurisprudenza della Corte EDU ha più volte evidenziato che la necessità di un accertamento di colpevolezza lascia normalmente concludere per la natura punitiva della sanzione. Cfr. *ex multis* Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, punti 23 e 33.

[113] La sanzione deve quindi essere proporzionata non già a quanto sarebbe necessario fare per prevenire l'aggravamento della situazione, ma alla gravità del fatto commesso, caratteristica, quest'ultima, tipica di una sanzione punitiva. Sui concetti di proporzionalità "prospettica" e "retrospettiva" cfr. F. VIGANÒ, *La proporzionalità nella giurisprudenza recente della Corte costituzionale: un primo bilancio*, in *Sist. pen.*, 2025, p. 11 ss.

[114] Il riferimento va, ad esempio, all'art. 7, par. 3, della direttiva sulla tutela penale dell'ambiente del 2024, che impone di comminare alle persone giuridiche sanzioni che possono toccare il 5 % del fatturato mondiale totale o un importo corrispondente a € 40.000.000,00.

[115] Esse sono previste, nell'ordinamento italiano, dall'art. 38, comma 4, d.lgs. 138/2024.

Carta, inclusi il diritto a un ricorso effettivo e ad un giusto processo, la presunzione di innocenza e i diritti della difesa».

Queste considerazioni, assolutamente apprezzabili, tradiscono, per "bocca" dello stesso legislatore europeo, la preoccupazione di aver *sostanzialmente* travalicato il limite della previsione di sanzioni amministrative.

In questo senso, sono particolarmente significativi: a) il riferimento alla *gravità* e b) alla finalità delle sanzioni, introdotte «al fine di rafforzare ulteriormente l'efficacia e il carattere dissuasivo delle misure di esecuzione applicabili alle violazioni della presente direttiva»; c) la menzione di valutazioni di *proporzionalità* c.d. *retrospettiva* («in proporzione alla gravità della violazione» recita il considerando. Considerazioni di proporzionalità retrospettiva vengono in gioco, anche con riferimento a queste sanzioni, in forza dell'art. 32, par. 7[116]); d) il riferimento alla necessità di valutare la natura dolosa o colposa della condotta nonché, da ultimo, e) lo stesso riferimento all'inderogabilità delle garanzie "procedurali": tutti criteri determinanti il carattere punitivo di queste sanzioni.

D'altronde non si può ignorare che «è insito nella natura stessa delle sanzioni penali che le medesime tendano tanto alla repressione quanto alla prevenzione di comportamenti illeciti»[117].

Anche alcuni rilievi comparatistici permettono di concludere per la natura punitiva di queste sanzioni: basti, a questo proposito, rilevare che esse sono sovrapponibili, per portata e contenuti, ad alcune pene accessorie previste dal codice penale italiano. Il riferimento va, ad esempio, all'interdizione da una professione o da un'arte e all'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

Diversamente è a dirsi con riferimento alle sanzioni interdittive previste per le persone che svolgono funzioni apicali all'interno dei soggetti essenziali, consistenti nel divieto temporaneo «di svolgere funzioni dirigenziali in tale soggetto» (art. 32, par. 5, lett. b)[118]. Considerato che esse non precludono alla persona fisica di svolgere funzioni dirigenziali presso

---

[116] Sarebbero state meramente preventive misure che, attribuita la facoltà all'autorità di sospendere in via cautelare un'autorizzazione richiedendo una successiva convalida da parte dell'autorità giudiziaria, avessero imposto un termine entro il quale si sarebbe dovuto provvedere ad instaurare un procedimento avanti all'autorità giudiziaria per confermarla o revocarla.

[117] Corte giust., 20 marzo 2018, causa 524/15, *Menci*, ECLI:EU:C:2018:197, punto 31. A ciò si aggiunga quanto previsto dagli stessi considerando della direttiva, che manifestano la consapevolezza del legislatore europeo circa l'afflittività di queste misure, tanto da richiedere esplicitamente il rispetto del diritto dei singoli di difendersi.

[118] Questa norma è attuata dall'art. 38, comma 6, d.lgs. 138/2024, che così statuisce: «Qualora il soggetto non adempia nei termini stabiliti dalla diffida di cui all'articolo 37, commi 6 e 7, l'Autorità nazionale competente NIS può disporre nei confronti delle persone fisiche di cui al comma 5 del presente articolo, ivi inclusi gli organi di amministrazione e gli organi direttivi […] dei soggetti essenziali e dei soggetti importanti, nonché di quelle che svolgono funzioni dirigenziali a livello di amministratore delegato o rappresentante legale di un soggetto essenziale o importante, l'applicazione della sanzione amministrativa accessoria della incapacità a svolgere funzioni dirigenziali *all'interno del medesimo soggetto*. Tale sospensione temporanea è applicata finché il soggetto interessato non adotta le misure necessarie a porre rimedio alle carenze o a conformarsi alle diffide di cui all'articolo 37, commi 6 e 7».

altri soggetti, intaccando i rapporti fra la persona fisica ed il *singolo* ente[119], esse sembrano conservare una preponderante (se non esclusiva) natura preventiva[120].

In conclusione, come già si è visto per le sanzioni pecuniarie, anche le sanzioni interdittive, pur potendo "nascere" come meramente preventive, nascondono un elevatissimo potenziale punitivo. Di qui la necessità di concludere per la loro natura di sanzioni (sostanzialmente) penali.

Questo non vale per le sanzioni interdittive di cui sono destinatari coloro che ricoprono ruoli apicali nei soggetti essenziali: per i motivi visti va infatti sposata la tesi della loro natura (non punitiva ma) *preventiva*.

5.3. Clausola "residuale".

Come accennato, la direttiva NIS 2, in continuità con la precedente, prevede che gli Stati membri devono stabilire «norme relative alle sanzioni applicabili in caso di violazione delle misure nazionali adottate in attuazione della presente direttiva e adotta[re] tutte le misure necessarie per assicurarne l'applicazione» (art. 36).

Si tratta di una clausola che, a differenza di quanto visto sopra, non pone alcun problema in termini di base giuridica. Infatti, in questa ipotesi rimane in capo agli Stati il potere di prevedere in autonomia quali sanzioni comminare.

Certo, è possibile che gli Stati, in attuazione di questo obbligo, adottino[121] (o debbano adottare) sanzioni penali. Tuttavia, come rilevato dall'Avvocato generale Yves Bot nelle sue conclusioni nella causa C-137/17, disposizioni simili «non sono altro che il riflesso della natura *sui generis* dell'applicazione e dell'esecuzione del diritto dell'Unione» e non introducono «norme minime per le sanzioni penali applicabili a determinati fatti o comportamenti»[122].

---

[119] Secondo la giurisprudenza della Corte EDU, il fatto che una simile sanzione non impedisca al soggetto di svolgere altri lavori o di ricoprire altre cariche fa scemare la sua afflittività e, di conseguenza, esclude la possibilità di considerarla sostanzialmente penale. La Corte ha ad esempio escluso la natura sostanzialmente penale della rimozione di un giudice anche perché essa «did not formally prevent him from practising law in another capacity within the legal profession»: sentenza 9 gennaio 2013, *Oleksandr Volkov c. Ucraina*, ricorso n. 21722/11, punto 93.

[120] Non sembra possibile affermare lo stesso per alcune sanzioni introdotte dall'art. 10 del d.lgs. 10 marzo 2025, n. 23, che adegua la normativa nazionale al regolamento (UE) 2022/2554 relativo alla resilienza operativa digitale per il settore finanziario, *lex specialis* rispetto alla direttiva NIS 2 (cfr. considerando n. 16). Il riferimento va, in particolare, alla «sanzione amministrativa accessoria dell'interdizione, per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a tre anni, dallo svolgimento di funzioni di amministrazione, direzione e controllo presso intermediari e imprese autorizzati ai sensi del [decreto legislativo 1 settembre 1993, n. 385], del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58, del decreto legislativo 7 settembre 2005, n. 209, del decreto legislativo 5 settembre 2024, n. 129 o presso fondi pensione», ora prevista dall'art. 144-*ter*, co. 3-*bis*, d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 (testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) nonché alle sanzioni simili a questa ora previste, *inter alia*, dall'art. 190-*bis*.3, comma 7, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria) e 311-*sexies*, co. 3-*bis*, d.lgs. 7 settembre 2005, n. 209 (codice delle assicurazioni private). In questi casi, infatti, la sanzione interdittiva preclude alla persona fisica la possibilità di svolgere funzioni apicali in *tutte* le imprese che operano nei mentovati settori.

[121] La Corte di giustizia ha concluso che simili formule consentono agli Stati membri di «prevedere sanzioni penali in caso di violazione delle disposizioni nazionali adottate a norma» degli atti europei a condizione che esse «siano efficaci, proporzionate e dissuasive» (Corte giust., 26 settembre 2018, causa C-137/17, *Van Gennip e a.*, ECLI:EU:C:2018:771, punto 96).

[122] Conclusioni presentate dall'Avvocato generale Yves Bot nella causa C-137/17, punto 33.

6. L'impossibilità di eludere la base giuridica dell'art. 83, par. 2, TFUE.

Nei paragrafi precedenti si è tentato di dimostrare che, indipendentemente dalla loro qualificazione, la quasi totalità delle sanzioni previste nella direttiva NIS 2 sembra avere natura penale *ai fini dell'esercizio delle competenze dell'Unione*.

Al fine di valutare la legittimità dell'intervento dell'Unione è necessario interrogarsi sulla possibilità di introdurre questa tipologia di sanzioni in base all'art. 114 TFUE, che concerne il «ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno». Se così fosse, sarebbe infatti risolta alla radice ogni controversia relativa all'omessa menzione dell'art. 83, par. 2, TFUE[123].

Secondo la Corte di giustizia, «[s]e l'esame dell'atto interessato dimostra che esso persegue una duplice finalità o che ha una doppia componente e se una di queste è identificabile come principale o preponderante, mentre l'altra è solo accessoria, tale atto deve fondarsi su una sola base giuridica, ossia quella richiesta dalla finalità o componente principale o preponderante»[124].

Secondo alcuni autori questa giurisprudenza, normalmente condivisibile, potrebbe non attagliarsi all'esercizio delle competenze in materia penale che, ai sensi dell'art. 83, par. 2, TFUE, è *strutturalmente accessorio* all'efficace attuazione di altre politiche (ambiente, corretto funzionamento del mercato finanziario, *etc.*)[125].

---

[123] L'introduzione di una disciplina volta ad armonizzare le sanzioni da irrogare a chi violi gli obblighi in materia di sicurezza cibernetica non potrebbe, ad oggi, basarsi sul primo paragrafo dell'art. 83 TFUE. Infatti, questa forma di criminalità non figura fra quelle ivi elencate. Pur potendovi essere un nesso con la "criminalità informatica", le sanzioni armonizzate dalla direttiva NIS 2 si rivolgono ad alcune fra le potenziali vittime di tale forma di criminalità e mirano a prevenire qualunque incidente informatico, indipendentemente dalla sua eziogenesi criminale. Non è, ovviamente, escluso che eventuali condotte atte a violare intenzionalmente gli obblighi NIS e poste in essere al fine di agevolare l'accesso ai propri *server* da parte di criminali informatici, garantendo ad esempio l'accesso ad una *backdoor*, possano effettivamente essere già oggi sanzionate da disposizioni interne che attuano norme europee basate sul primo paragrafo dell'art. 83 TFUE. Il riferimento va, ad esempio, alle disposizioni di attuazione della direttiva 2013/40/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 agosto 2013, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione e che sostituisce la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, attuata a livello interno, *ex multis*, dall'art. 615-*ter* c.p., che punisce l'accesso abusivo ad un sistema informatico o telematico.

[124] Corte giust., 22 ottobre 2013, causa 137/12, *Commissione c. Consiglio*, cit., punto 53. Altrove la Corte ha precisato che «tra i criteri che consentono di individuare il carattere accessorio, o meno, di una finalità o di una componente di un atto rientrano il numero di disposizioni ad essa dedicate rispetto al complesso delle disposizioni di tale atto nonché il tenore e la portata degli obblighi enunciati da queste disposizioni» (Corte giust., 6 ottobre 2021, procedimento di parere 1/19, *Convenzione di Istanbul*).

[125] Ad oggi la Corte non sembra essersi pronunciata su questi profili con espresso riferimento all'art. 83, par. 2, TFUE. Sul punto, si è scritto che «it is worrying to observe that criminal law components of proposed legislation seem easily to be qualified as ancillary, rather than predominant, especially in cases where the proposed measure links to another EU policy, such as transport policy»: J. OUWERKERK, *Criminalization Powers of the European Union and the Risks of Cherry-Picking*, cit., p. 537. Secondo altri, «the Union's ancillary competence enshrined in Article 83(2) TFEU seems particularly problematic in the light of its wording. The phrasing gives the ancillary competence an instrumental nature in comparison to Union's substantive legislation in other policy fields. This naturally raises a question: in which situations the article is meant to be used as a legal basis for Union's legislative acts? It seems clear that it could be a legal basis for legislative acts where the predominant aim and content is criminal law–driven, like in the case in the directive proposal for the protection of the Union's financial interests in criminal law measures. But what if the legislative act would include only one or few criminal provisions and the predominant content would consist of other than criminal provisions. Could the entire legislative proposal be

Se la connessione ad altre politiche è una condizione che legittima lo stesso intervento dell'Unione in materia penale, sostenere che l'armonizzazione di reati e sanzioni possa essere "assorbita" da basi giuridiche diverse rischia di comportare l'abrogazione tacita dell'art. 83, par. 2 e l'elusione delle speciali garanzie ivi previste in favore degli Stati membri, dei Parlamenti nazionali e quindi, indirettamente, dei potenziali destinatari delle sanzioni[126].

Per questo motivo sembra necessario affermare che le disposizioni sanzionatorie punitive dovrebbero sempre basarsi sull'art. 83, par. 2, TFUE[127]. Inoltre, considerate le peculiarità[128] di questa norma, sarà difficile sostenere che la sua procedura non sia incompatibile[129] con quella prevista dalle basi giuridiche di settore. Per questo sarà preferibile adottare *due atti normativi distinti*[130] di cui uno dedicato al versante sanzionatorio della disciplina, con l'ulteriore pregio di rendere immediatamente riconoscibile la provenienza europea degli illeciti previsti. È stato questo il caso, ad esempio, della "coppia" formata dal regolamento 597/2014, basato sull'art. 114 TFUE, e dalla direttiva 2014/57, basata invece sull'art. 83, par. 2, TFUE.

---

based on an article other than Article 83(2) TFEU?»: M. KETTUNEN, *op. cit.*, pp. 130-131. Quella *sanzionatoria* è, d'altronde, una funzione tipica del diritto penale, che in passato è stato descritto da alcuni come diritto "meramente sanzionatorio" della violazione di obblighi stabiliti da altre discipline. Tradizionalmente si fa risalire a Binding l'affermazione secondo cui il diritto penale avrebbe carattere sanzionatorio o accessorio. Secondo questo autore, infatti, la funzione delle leggi penali è quella di tutelare beni e diritti sparsi nelle altre "branche" del diritto, tra cui il diritto internazionale: K. BINDING, *Handbuch des Strafrechts*, I, Leipzig, 1885, p. 175. Se oggi questa impostazione è almeno in parte superata, essendo ormai pacifica in dottrina l'autonomia del diritto penale, spesso il legislatore formula fattispecie penali *in funzione* meramente sanzionatoria.

[126] L'art. 7, par. 2, del protocollo statuisce, infatti, che «Qualora i pareri motivati sul mancato rispetto del principio di sussidiarietà da parte di un progetto di atto legislativo rappresentino almeno un terzo dell'insieme dei voti attribuiti ai parlamenti nazionali conformemente al paragrafo 1, secondo comma, il progetto deve essere riesaminato. Tale soglia è pari a un quarto qualora si tratti di un progetto di atto legislativo presentato sulla base dell'articolo 76 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea riguardante lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia». Da ciò si deduce che in relazione agli atti di cui al capo 4 (Cooperazione giudiziaria in materia penale) del titolo V (Spazio di libertà, sicurezza e giustizia) del TFUE sarà più semplice, per i Parlamenti nazionali, attivare il procedimento che costringe a riesaminare il progetto di atto legislativo. Cfr. J. OUWERKERK, *Criminalization Powers of the European Union and the Risks of Cherry-Picking*, cit., p. 542.

[127] Cfr. M. KETTUNEN, *op. cit.*, p. 69.

[128] Il riferimento va, ad esempio, al diritto di iniziativa legislativa anche in capo ad un gruppo di Stati membri (art. 76), alla possibilità di attivare il c.d. "freno di emergenza" e di procedere *de iure* ad una cooperazione rafforzata (art. 83, par. 3, TFUE) nonché, infine, alle disposizioni del protocollo n. 2. Inoltre, si consideri che l'art. 83, par. 2, TFUE richiede che il ravvicinamento delle legislazioni in materia penale si "riveli" *indispensabile* per garantire l'attuazione efficace di una politica dell'Unione, imponendo quindi di *testare* previamente la capacità dell'altra normativa di "bastare a sé stessa". La stessa direttiva NIS 2 rappresenta, sotto questo profilo, un esempio positivo: prima di introdurre norme minime relative alle sanzioni si è, infatti, imposto agli Stati membri di presidiare le norme NIS con sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive; solo a seguito della constatata insufficienza di tale arsenale sanzionatorio si è intervenuti, con la direttiva NIS 2, per armonizzare tali sanzioni. Proprio la NIS 2 rappresenta, però, anche un caso che dimostra come questa ragione non sarebbe di per sé preclusiva alla introduzione di sanzioni penali a garanzia dell'efficace attuazione di una politica perseguita con disposizioni introdotte dallo stesso atto, quando questo succeda a precedenti esperienze normative che hanno dato conto dell'insufficienza della generica "delega" agli Stati a sanzionare.

[129] V. Corte giust., 19 luglio 2012, causa 130/10, *Parlamento c. Consiglio*, ECLI:EU:C:2012:472, in cui la Corte precisa che se «una misura che persegue contemporaneamente più scopi o che ha più componenti tra loro inscindibili, senza che l'uno sia accessorio all'altro, […] qualora per tale motivo siano applicabili diverse disposizioni dei Trattati, detta misura dovrà fondarsi, in via eccezionale, sulle diverse basi normative corrispondenti» (punto 44 ss.).

[130] Cfr. P. ASP, *op. cit.*, p. 134-135. Secondo altri, invece, l'art. 83, par. 2, TFUE potrebbe essere utilizzato in combinato con un'altra base giuridica: M. KETTUNEN, *op. cit.*, p. 247.

7. L'attuazione delle sanzioni nel diritto italiano: legalità, diritto al silenzio e proporzionalità.

La necessità di interpretare in maniera sostanziale e ampia il concetto di "materia penale" ai sensi dell'art. 83, par. 2, TFUE e l'impossibilità di eludere questa base giuridica proietta dei seri dubbi sulla legittimità delle disposizioni sanzionatorie punitive della direttiva NIS 2.

Anche se questi dubbi non investono in automatico le relative norme di attuazione, la natura sostanzialmente penale di gran parte delle "sanzioni NIS" impone di verificare, prendendo a riferimento l'ordinamento italiano, se esse rispettano i principi e le garanzie vigenti in materia penale.

Un primo punto problematico è rappresentato dall'art. 38, comma 2, d.lgs. 4 settembre 2024, n. 138, secondo il quale «l'Agenzia per la cybersicurezza nazionale […] può specificare laddove necessario i criteri per la determinazione dell'importo delle sanzioni». Il sospetto è che la formulazione dell'art. 34, comma 6, d.lgs. 138/2024, che elenca alcuni di tali criteri, non garantisca i principi di legalità e di prevedibilità, che trovano il proprio fondamento non solo nell'art. 25, comma 2, Cost.[131] ma anche nell'art. 49 CDFUE, che risulta applicabile *in subiecta materia* (*arg. ex* art. 51, par. 1, CDFUE), e nell'art. 7 CEDU, che va tenuto in considerazione nell'interpretare lo stesso art. 49 CDFUE (*arg. ex* art. 52, par. 3, CDFUE)[132].

Infatti, nella norma primaria sono affastellati vari (e spesso generici) "elementi" senza che sia affermata la prevalenza dell'uno o dell'altro. Di qui il rischio di delegare all'autorità amministrativa un potere para-legislativo in materia punitiva.

Un secondo punto problematico concerne le sanzioni comminate dall'art. 38, commi 8 e 9, a chi omette la notifica degli incidenti che hanno un impatto significativo sulla fornitura dei propri servizi. Sarebbe infatti necessario, quantomeno nei casi in cui tali notifiche potrebbero esporre il soggetto a sanzioni punitive per non aver adempiuto ai propri obblighi, garantire il "diritto a non notificare"[133], giacché nell'ordinamento italiano, come nell'ordinamento

---

[131] Sull'estensione a misure punitive non penali delle garanzie di questa norma costituzionale v. F. MAZZACUVA, *op. cit.*, p. 268-269, L. MASERA, *op. cit.*, p. 3-16 e R. RUDONI, *op. cit.*, spec. p. 194-196. Cfr. anche Corte cost., 6 marzo 2019, n. 112, ECLI:IT:COST:2019:112, *Considerato in diritto*, punto 8.2.1.: «Questa Corte ha esteso in molteplici occasioni alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente "punitivo" talune garanzie riservate dalla Costituzione alla materia penale. Ciò è accaduto, in particolare, in relazione ad una serie di corollari del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* enunciato dall'art. 25, secondo comma, Cost., quali […]la sufficiente precisione del precetto sanzionato (sentenze n. 121 del 2018 e n. 78 del 1967)».

[132] Cfr. però le considerazioni svolte in Corte giust., 20 marzo 2018, causa 524/15, *Menci*, cit.: «anche se, come confermato dall'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e anche se l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati e corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli conferiti dalla suddetta Convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione [...]. In base alle spiegazioni relative all'articolo 52 della Carta, il paragrafo 3 del suddetto articolo intende assicurare la necessaria coerenza tra la Carta e la CEDU, "senza che ciò pregiudichi l'autonomia del diritto dell'Unione e della Corte di giustizia dell'Unione europea" (sentenze del 15 febbraio 2016, N., C-601/15 PPU, [...], punto 47, e del 14 settembre 2017, K., C-18/16, [...], punto 50, nonché giurisprudenza ivi citata)» (punti 22-23).

[133] La Corte costituzionale italiana e la Corte di giustizia dell'Unione europea si sono già confrontate sui problemi posti da una norma attuativa di una direttiva che sanziona chi non ottempera all'obbligo di condividere delle informazioni dalle quali potrebbe emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni sostanzialmente penali. Il riferimento va alla sentenza Corte giust., 2 febbraio 2021, causa 481/19, *Consob*, ECLI:EU:C:2021:84, pronunciata su rinvio pregiudiziale della Consulta (ordinanza 117 del 2019). Nell'ordinanza

europeo, vige il diritto al silenzio[134], riconosciuto dall'art. 24 Cost. e dagli artt. 47 e 48 CDFUE[135] e 6 CEDU, nei termini sopra chiariti.

Ciò, però, minerebbe le fondamenta del sistema delineato dalla direttiva NIS, che si basa proprio sulla condivisione delle informazioni; né parrebbe praticabile l'alternativa di non sanzionare chi omette la notifica, giacché in questo caso si rischierebbe di non ottenere la collaborazione dei soggetti NIS.

Questi problemi potrebbero risolversi facendo rigorosa applicazione della disposizione di cui all'art. 25, comma 3, del d.lgs. 138/2024, a norma del quale «[l]a notifica non espone il soggetto che la effettua a una maggiore responsabilità rispetto a quella derivante dall'incidente». Si tratta però di una regola alquanto indeterminata, che non fa espresso riferimento alle sanzioni e che comunque, lungi dal garantire il diritto al silenzio, rende immune *ex post* il soggetto da eventuali ulteriori responsabilità.

Un terzo punto problematico, simile a quello appena trattato, riguarda le sanzioni previste in caso di mancata collaborazione all'esercizio dei poteri ispettivi di ACN.

L'art. 36 del d.lgs. 138/2024 prevede che l'ACN «nell'esercizio dei poteri di verifica e ispettivi nei confronti dei soggetti che rientrano nell'ambito di applicazione del presente decreto, può sottoporre questi ultimi a […] richieste di accesso a dati, documenti e altre informazioni necessari allo svolgimento dei poteri di cui al presente articolo, dichiarando la finalità della richiesta e specificando le informazioni richieste». L'eventuale mancata collaborazione è sanzionata dal successivo art. 38, comma 10, lett. e) con sanzioni amministrative pecuniarie fino allo 0,1% del totale del fatturato annuo su scala mondiale.

Considerato che le risultanze delle ispezioni potrebbero condurre all'irrogazione di sanzioni amministrative[136] punitive, si ripropone il problema precedentemente esposto. Questa volta, però, non sono previste disposizioni simili all'art. 25, comma 3, dello stesso decreto.

L'unica previsione che potrebbe permettere di attenuare il contrasto tra questa disciplina e il diritto al silenzio è quella che impone di tener conto, nella quantificazione della sanzione, anche dell'eventuale collaborazione del soggetto (art. 32, par. 7, lett. h) della direttiva e art. 34, comma 6, lett. h) del d.lgs. di attuazione). Si tratta, però, di un parametro che, lungi dall'assicurare la preminenza del diritto al silenzio, si limita a garantire all'Autorità la possibilità di premiare chi collabora.

---

la Corte costituzionale sostiene che appare difficilmente conciliabile con il carattere punitivo delle sanzioni minacciate la giurisprudenza della Corte di giustizia UE che esclude «che i diritti della difesa nell'ambito dei procedimenti sanzionatori in materia di concorrenza possano considerarsi lesi dall'obbligo a carico di un'impresa, che potrebbe successivamente essere incolpata dell'illecito, di fornire informazioni inerenti a circostanze di fatto suscettibili di essere utilizzate a fondamento di un'accusa formulabile nei suoi confronti»: *Considerato in diritto*, punto 9.2. La Corte di giustizia, nella menzionata sentenza, ha statuito che le disposizioni oggetto del rinvio pregiudiziale «si prestano ad una interpretazione conforme agli articoli 47 e 48 della Carta, in virtù della quale ess[e] non impongono che una persona fisica venga sanzionata per il suo rifiuto di fornire all'autorità competente risposte da cui potrebbe emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni amministrative aventi carattere penale oppure la sua responsabilità penale» (punto 55).

[134] Sul quale cfr., da ultimo, E. AMATI, *Dinamiche evolutive del diritto al silenzio. Riflessi sul diritto punitivo e sugli obblighi di collaborazione con le autorità ispettive e di vigilanza*, Torino, 2022.

[135] Corte cost., 13 aprile 2021, n. 84, ECLI:IT:COST:2021:84, *Considerato in diritto*, punto 3.2.

[136] È esplicito, in questo senso, l'art. 38, comma 1, d.lgs. 138/2024.

Un ultimo punto impone di riflettere più in generale sulla specificità della disciplina della cibersicurezza. Come si è visto, gli obblighi introdotti dalla direttiva NIS 2 e dalle norme di attuazione si concentrano su due fuochi – la gestione dei rischi e la segnalazione degli incidenti – presidiati da sanzioni tanto afflittive da risultare sostanzialmente penali. I *destinatari* di questi obblighi (nonché *potenziali destinatari* delle relative sanzioni) sono però, in molti casi, le *prime vittime* degli incidenti che essi stessi dovrebbero prevenire: un soggetto che non adempie ai propri obblighi e che, per questo, subisce un incidente può infatti affrontare enormi perdite, le quali, nelle ipotesi più gravi, possono condurre alla chiusura delle attività. Ne è consapevole la stessa direttiva, che definisce "significativo" anche l'incidente che ha causato «una grave perturbazione operativa dei servizi o perdite finanziarie per il soggetto interessato» (art. 23, par. a)[137].

Di qui il quesito: forse che queste perdite dovranno essere prese in considerazione nel momento in cui si stabilisce l'entità della sanzione per la violazione degli obblighi *in subiecta materia*?

Così posta, la questione richiama il problema della rilevanza da attribuirsi alla "pena naturale", istituto contemplato da alcuni ordinamenti diversi da quello italiano che, come sottolineato dalla Consulta nella sentenza 48/2024, rimette al giudice la possibilità «di non irrogare la pena, o di irrogarla in misura attenuata, quando l'autore del reato abbia patito un danno significativo in conseguenza del reato stesso»[138].

Sebbene le attenzioni della dottrina si siano concentrate sul rilievo da attribuirsi alla pena naturale subita da una persona fisica che ha commesso un reato, non sembra peregrino estendere queste riflessioni in favore di tutti i soggetti – ivi compresi, quindi, gli enti – che abbiano subito delle conseguenze negative a causa di condotte che integrano illeciti presidiati da sanzioni punitive[139].

L'attuale assetto degli obblighi in materia di sicurezza cibernetica e delle relative sanzioni non attribuisce alcun rilievo *diretto* in sede di commisurazione della sanzione ad eventuali conseguenze negative subite dal soggetto.

Ciononostante, si potrebbe attribuire un rilievo *indiretto* alla severità delle conseguenze patite a causa della propria condotta negligente tramite il filtro della *necessaria proporzionalità*

---

[137] Ancor prima, a margine della proposta della direttiva NIS 2, la Commissione ha sostenuto che «l'aumento del livello di preparazione in materia di cibersicurezza potrebbe attenuare la potenziale perdita di entrate a causa di perturbazioni, dovute anche allo spionaggio industriale, e potrebbe ridurre le ingenti spese destinate alla mitigazione *ad hoc* delle minacce»: Commissione europea, COM(2020) 823 final, p. 8. Non solo: «Per le imprese che rientrerebbero nell'ambito di applicazione del quadro NIS, si stima che per i primi anni successivi all'introduzione del nuovo quadro NIS sarebbe necessario un aumento massimo del 22 % della spesa corrente per la sicurezza delle TIC (tale aumento sarebbe del 12 % per le imprese già rientranti nell'ambito di applicazione della direttiva NIS vigente). Tuttavia, questo aumento medio della spesa per la sicurezza delle TIC porterebbe ad un vantaggio proporzionale di tali investimenti, dovuto in particolare a una considerevole riduzione dei costi degli incidenti di cibersicurezza (stimata a 118 miliardi di EUR in dieci anni)» (18).

[138] *Considerato in diritto*, punto 4.

[139] Cfr. M.E. FLORIO, *La pena naturale*, Napoli, 2025, p. 69, nt. 143, secondo il quale «[a] livello teorico è sempre possibile ipotizzare che la perdita economica possa essere ripianata […]. È questa una delle ragioni fondamentali per cui riteniamo che il concetto di "pena naturale" non potrebbe senz'altro estendersi al piano della responsabilità da reato degli enti. L'unica pena *lato sensu* "naturale" che gli enti potrebbero sperimentare avrebbe infatti carattere economico». Cfr. altresì p. 138, nt. 109.

delle sanzioni amministrative pecuniarie (art. 34, par. 1, della direttiva), che impone la loro parametrazione anche alla «situazione economica della persona»[140].

La Corte costituzionale italiana ha sottolineato che, in materia di sanzioni amministrative, il principio di proporzionalità trae la propria base normativa «dall'art. 3 Cost. in combinato disposto con le norme costituzionali che tutelano i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione»[141]. Nel caso delle sanzioni che incidono sul *patrimonio*, l'altro parametro sarà dunque, per le persone fisiche come per gli enti, l'art. 42 Cost. A livello sovranazionale, poi, vanno identificati «negli artt. 1 Prot. addiz. CEDU e nell'art. 17 CDFUE i fondamenti, rispettivamente, nel diritto della Convenzione e dell'Unione europea, del principio in questione, in quanto riferito a una sanzione patrimoniale»[142].

A queste basi normative, come riconosce la stessa Corte, va poi affiancato l'art. 49, par. 3 CDFUE. Infatti, «[a]ncorché il testo di tale disposizione faccia riferimento alle "pene" e al "reato", la Corte di giustizia dell'Unione europea ha recentemente considerato applicabile tale principio all'insieme delle sanzioni – penali e amministrative, queste ultime anch'esse di carattere "punitivo" – irrogate in seguito alla commissione di un fatto di manipolazione del mercato, ai fini della verifica del rispetto del diverso principio del *ne bis in idem* (Corte di giustizia, sentenza 20 marzo 2018, Garlsson Real Estate SA e altri, in causa C-537/16)»[143].

Fra l'altro, la stessa Corte di giustizia, nella successiva sentenza 8 marzo 2022, causa 205/20, NE, «ha affermato il principio secondo cui il criterio di proporzionalità della sanzione – stabilito da singole direttive, ovvero fondato sull'art. 49, paragrafo 3, della Carta – è dotato di effetto diretto nell'ordinamento degli Stati membri»[144].

Laddove il soggetto abbia subito delle perdite significative, magari addirittura esiziali, esse dovranno quindi essere tenute in debito conto a pena di rendere sproporzionata la sanzione irrogata, nella misura in cui, *ça va sans dire*, abbiano effettivamente inciso sulla operatività del soggetto, dovendosi quindi scomputare l'eventuale indennizzo assicurativo o il risarcimento del danno pagato dai responsabili.

Ciò impone di interpretare il criterio commisurativo delle «perdite finanziarie o economiche» causate dall'incidente, di cui all'art. 32, par. 7, lett. d) della direttiva e 34, comma 6, lett. d) del d.lgs. 138/2024, nel senso che le perdite causate a soggetti *diversi* potranno condurre ad *aggravare* la sanzione, mentre quelle subite dal responsabile dovranno essere valutate al fine di attenuarla.

Non solo: la centralità del principio di proporzionalità impone, nei casi più estremi, di poter giungere a non applicare la sanzione laddove il soggetto, a seguito dell'incidente, abbia

---

[140] Considerando n. 130.
[141] Corte cost. n. 112/2019, cit., *Considerato in diritto*, punto 8.2.3.
[142] *Ibid*. Inoltre la Corte ha richiamato anche con riferimento a sanzioni punitive non formalmente qualificate come "pene" (applicate, però, dal giudice penale) il parametro dell'art. 27, co. 1 e co. 3, Cost., con la conseguenza che la loro necessaria proporzionalità «ha come termine di relazione non soltanto la gravità oggettiva e soggettiva […] del reato, ma anche le condizioni economiche e patrimoniali del soggetto colpito dalla pena»: Corte cost. 14 gennaio 2025, n. 7, ECLI:IT:COST:2025:7, *Considerato in diritto*, punto 3.2.
[143] Corte cost. n. 112/2019, cit., *Considerato in diritto*, punto 8.2.5.
[144] F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell'Unione europea: sull'effetto diretto dell'art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in *Sist. pen*., 2022, p. 1.

subito conseguenze tali da renderla, in sostanza, inutile. Pertanto, se il giudice considerasse sproporzionato per eccesso anche il minimo edittale stabilito dalle norme di attuazione[145] dovrà disapplicarlo, applicando direttamente l'art. 49 CDFUE[146].

Questa operazione, oltre ad essere imposta dall'art. 49 CDFUE, non contrasterebbe con le disposizioni della direttiva NIS 2, le quali impongono agli Stati di provvedere affinché, nel caso di violazione degli obblighi, vengano comminate sanzioni che non devono essere *inferiori nel massimo* a determinate soglie (art. 34, par. 4 e 5 della direttiva). Non si esclude, quindi, la possibilità di applicare sanzioni molto basse o addirittura di non applicarle laddove ciò non contrasti con l'obbligo di provvedere affinché queste siano «effettive, *proporzionate* e dissuasive» (art. 34, par. 1 della direttiva).

In definitiva, nel settore della sicurezza cibernetica, chi non adempie ai propri obblighi rischia, proprio per questo, di subire perdite ingentissime. Questo distingue la materia regolata dalla direttiva 2022/2555 da molte altre in cui le prime "vittime" sono i consumatori, la società o comunque soggetti diversi da quello sanzionato.

Di qui la necessità di prendere in considerazione nel commisurare la sanzione le perdite che hanno «un contenuto ed un carattere compiutamente surrogatorio rispetto [al]le funzioni che reggono l'applicazione della pena»[147].

8. Conclusioni.

Nei paragrafi che precedono si è tentato di dimostrare che l'art. 83, par. 2, TFUE può fungere (come in parte ha già funto) da base giuridica per gli interventi dell'Unione europea in materia sanzionatoria punitiva, a meno che essi non debbano fondarsi su basi giuridiche che attribuiscono una esplicita competenza in tal senso[148].

Si è tentato altresì di dimostrare che, premessa la natura sostanzialmente penale di molte delle sanzioni di derivazione europea in materia di cibersicurezza, la loro disciplina presenta alcuni profili di frizione con lo statuto garantistico della *matière pénale*.

In particolare, va segnalata la problematicità delle disposizioni che attribuiscono all'ACN il potere di specificare i criteri in base ai quali dovranno essere irrogate le sanzioni, che sembrano entrare in tensione con il principio di legalità, nonché delle sanzioni previste per la violazione dell'obbligo di segnalare gli incidenti e di collaborare con l'autorità, nella parte in cui si applicano anche a chi ometta di fornire informazioni o si rifiuti di dare risposte che

---

[145] Ad esempio, il d.lgs. 138/2024 stabilisce minimi edittali pari a «un ventesimo» (art. 38, comma 9, lett. a) o a «un trentesimo del massimo edittale» (art. 38, comma 9, lett. b).

[146] Sui rapporti fra l'art. 49 e la pena naturale cfr. M. PELISSERO, *Il principio di proporzionalità (non sproporzionalità) delle pene: recenti sviluppi e impatto anomalo delle fonti eurounitarie sul principio di legalità delle pene*, in *Dir. pen. proc*., 2023, pp. 1371-1374 e M.E. FLORIO, *op. cit.*, p. 365.

[147] T. PADOVANI, *La 'pena naturale' al vaglio della Corte costituzionale*, in *Sist. pen*., 17 aprile 2024, p. 3. Queste considerazioni, svolte da autorevole dottrina con riferimento alle persone fisiche, potrebbero valere, *mutatis mutandis*, anche per gli enti.

[148] Il riferimento va, ad esempio, agli artt. 103, par. 2, lett. a), 132, par. 3 e 325 TFUE. In queste ipotesi sarà comunque esclusa la possibilità di introdurre illeciti espressamente previsti come reati, essendo questa una "prerogativa" di interventi fondati sull'art. 83, par. 2. Inoltre, dovranno comunque osservarsi i principi stabiliti dalla Carta per le sanzioni punitive, similmente a quanto prevedono gli artt. 6 e 7 della Convenzione EDU, come interpretati dalla Corte EDU.

possano far emergere la sua responsabilità per un illecito passibile di sanzioni di carattere punitivo.

Più in generale, questa disciplina non sembra tenere in debito conto il fatto che, diversamente da molti altri "campi di materia", nell'ambito della sicurezza cibernetica chi viene sanzionato per non aver osservato gli obblighi in materia di cibersicurezza spesso è anche la prima vittima degli incidenti informatici.