

INTRODUZIONE

Lo scenario in cui si ambienta la nostra indagine è quell'articolato sistema di misure afflittive che il nostro ordinamento prevede *al di fuori* del circuito della giustizia penale. Una recentissima monografia di Francesco Mazzacuva le ha definite *pene nascoste*; nel lessico tradizionale della dottrina spagnola, sono le *sanciones encubiertas*: forme di espressione della potestà punitiva dello Stato, che vengono esercitate senza fare ricorso all'apparato sanzionatorio penalistico.

Pur non riguardando il diritto penale in senso stretto, l'oggetto di questa indagine è tuttavia intimamente legato agli scopi e alle funzioni della ricerca scientifica in ambito penalistico. L'uso di strumenti afflittivi alternativi alla sanzione penale può infatti tradursi in una *truffa delle etichette* da parte del legislatore, che cela l'essenza punitiva della misura dietro lo schermo di una qualificazione in termini non penalistici. La posta in gioco sono le *garanzie* (costituzionali e convenzionali) della *materia penale*: non qualificare come penale una certa misura punitiva può significare privarla delle fondamentali garanzie sostanziali e procedurali che le fonti sovra-legislative apprestano per tale materia.

Il tema coinvolge dunque l'applicazione delle garanzie penalistiche, e l'edificazione di un sistema punitivo che non tradisca tali garanzie: sono ragioni sufficienti a spiegare perché esso sia da almeno quarant'anni ben presente negli scritti di studiosi del diritto penale. Negli anni della depenalizzazione, il problema è stato affrontato in relazione alla nuova figura generale di illecito amministrativo, del quale era necessario indagare lo statuto garantistico costituzionale. Più di recente, è stata la copiosa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (di seguito: Corte EDU) a richiamare l'attenzione (anche) dei penalisti sui *confini mobili* della materia penale, che alla luce dei celebri criteri Engel acquista in sede convenzionale una dimensione più vasta del diritto e del processo penale in senso stretto, arrivando ad abbracciare una serie di strumenti anche diversi dall'illecito amministrativo depenalizzato (varie ipotesi di confisca, sanzioni pecuniarie delle autorità indipendenti, sanzioni tributarie, ecc.).

Nella letteratura di questo secolo, la prospettiva convenzionale risulta senz'altro prevalente rispetto a quella costituzionale. Non fosse altro che per l'ingente numero di decisioni della Corte EDU sull'estensione delle garanzie penalistiche a sanzioni formalmente non penali, cui fa da contraltare una giurisprudenza costituzionale sinora poco attenta alla questione,

l'attenzione degli studiosi si è concentrata in via prevalente sul tracciare i confini della materia penale *convenzionale*, più che di quella *costituzionale*. Il rilievo indirettamente anche costituzionale che, per il tramite dell'art. 117 Cost., acquista la definizione convenzionale di materia penale, ha poi condotto anche la stessa giurisprudenza costituzionale a concentrare spesso l'attenzione più sulla riconducibilità di una certa misura punitiva alla nozione di materia penale elaborata a Strasburgo, che sulla sua sussumibilità nell'ambito di applicazione delle garanzie *costituzionali* della materia penale.

La nostra ricerca vuole invece concentrarsi proprio sulla nozione *costituzionale* di materia penale, che appare sicuramente meritevole di *autonoma* considerazione rispetto a quella convenzionale.

Ricostruire in modo autonomo la nozione costituzionale di materia penale è in primo luogo decisivo quando la garanzia di cui si discute l'applicazione trovi riconoscimento a livello costituzionale, ma non convenzionale. L'art. 53 CEDU afferma il principio per cui i diritti riconosciuti dalla Convenzione rappresentano lo *standard minimo* di tutela richiesto agli Stati, cui però non è in alcun modo precluso di predisporre un sistema più elevato di garanzia dei diritti fondamentali¹. È ben possibile, allora, che la materia penale sia assistita a livello nazionale da garanzie costituzionali più stringenti di quelle previste a livello europeo (pensiamo, ad esempio alla riserva di legge prevista dall'art. 25 Cost., e non riconosciuta invece dall'art. 7 CEDU; o al principio di offensività).

In situazioni di tale natura – ove si tratta di applicare a sanzioni formalmente non penali garanzie penalistiche previste soltanto a livello costituzionale – collocare o meno la misura nella nozione costituzionale (e non solo convenzionale) di sanzione penale, risulta all'evidenza decisivo ai fini del giudizio circa la sua legittimità.

La distinzione concettuale tra materia penale costituzionale e convenzionale è poi rilevante anche quando si tratti di decidere dell'applicabilità di una garanzia riconosciuta in termini equivalenti in entrambi i sistemi.

Prendiamo l'esempio di una misura punitiva qualificata come non penale, di cui venga prevista dal legislatore l'applicabilità retroattiva. Se tale misura risulta convenzionalmente penale ai sensi dei criteri Engel, ne consegue l'illegittimità costituzionale della sua applicazione retroattiva per violazione dell'art. 117 Cost. (cui fa da parametro interposto l'art. 7 CEDU), a prescindere dal fatto che la misura rientri o meno nella nozione costituzionale di sanzione penale, e quindi risulti o meno in contrasto con l'art. 25 Cost. Tuttavia, ai fini della *motivazione* circa le ragioni dell'incostitu-

¹ Art. 53 CEDU: "Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi".

zionalità, la questione è comunque rilevante, perché in caso di riconduzione della misura anche alla nozione costituzionale di sanzione penale, e non solo a quella convenzionale, la Corte dovrebbe dichiarare l'illegittimità della sua applicazione retroattiva per violazione non tanto dell'art. 117 Cost., ma anche e prima di tutto dell'art. 25 Cost.

La *priorità logica* del giudizio di costituzionalità rispetto a quello di legittimità convenzionale ci pare evidente. I nostri giudici delle leggi devono prima di tutto verificare se, tornando al nostro esempio, l'applicazione retroattiva di una misura punitiva formalmente non penale violi il disposto dell'art. 25 Cost., in quanto la misura sia riconducibile ad una nozione sostanziale di materia penale costituzionale. Se a tale misura non risulterà applicabile la garanzia costituzionale, sarà necessario allora verificare che ad essa non sia stata riconosciuta applicabile dalla Corte di Strasburgo la garanzia di cui all'art. 7 CEDU, che ne rende comunque l'applicazione retroattiva costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117 Cost. L'apertura della nostra Costituzione al sistema delle garanzie convenzionali, di cui è espressione l'art. 117 CEDU, non deve, però, risolversi in una marginalizzazione delle disposizioni costituzionali, che devono mantenere una priorità logica (se non valoriale) nello strutturare il sistema *costituzionale* delle garanzie.

Sono, dunque, tanto ragioni di chiarezza concettuale, quanto esigenze pratiche di giustizia, ad imporre la *formulazione autonoma* della nozione costituzionale di materia penale, alla luce certo di un suo meditato confronto con la criteriologia della Corte EDU, ma nella consapevolezza della sua piena autonomia dogmatica.

Posto tale obiettivo, lo studio prenderà le mosse dalla ricostruzione, nel *primo capitolo*, degli orientamenti della Corte costituzionale sul tema dell'applicabilità delle garanzie costituzionali della materia penale a sanzioni formalmente non penali.

Come vedremo l'elaborazione della Corte sul punto è poco più che embrionale, e solleva in particolare tre interrogativi, che faranno da filo conduttore della nostra indagine: – la nozione costituzionale di materia penale è unitaria o differenziata a seconda della garanzia di cui sia in discussione l'applicabilità? – la criteriologia della materia penale convenzionale è valida anche ai fini della delimitazione delle garanzie costituzionali; o invece la materia penale costituzionale ha un'estensione diversa da quella convenzionale? – infine, una volta che una misura formalmente non penale sia stata ricondotta all'interno della materia penale costituzionale, le garanzie di tale materia devono esserle riconosciute in tutta la loro ampiezza, o invece è possibile la graduazione di alcune garanzie quando vengono in considerazione misure estranee alla materia penale in senso stretto?

Per cercare una soluzione a tali questioni, l'attenzione si rivolgerà innanzitutto, nel *secondo capitolo*, allo studio della giurisprudenza della Corte

EDU. Il materiale come noto è immenso, e di non agevole decifrazione, nonostante l'apparente semplicità della criteriologia Engel; il tentativo sarà quello di fornirne un'analisi sistematica, che permetta di cogliere i tratti essenziali del volto convenzionale della materia penale, da mettere a confronto nell'ultimo capitolo con i connotati della materia penale costituzionale che più direttamente ci interessa.

Nel *terzo capitolo* forniremo una ricognizione degli orientamenti in materia di applicabilità delle garanzie costituzionali della materia penale nella giurisprudenza delle corti supreme di tre importanti ordinamenti stranieri (Germania, Stati Uniti e Spagna); nel *quarto* ci soffermeremo sui contributi forniti dalla dottrina italiana sullo specifico problema che ci interessa.

L'ultimo capitolo sarà dedicato a proporre il nostro *schema ricostruttivo* della nozione di materia penale. La risposta alle domande che abbiamo posto sopra ci aiuterà ad individuare i passaggi logici essenziali che a nostro avviso devono scandire il giudizio circa l'applicabilità di una certa garanzia costituzionale della materia penale ad una misura non penale in senso stretto. Lungi dal voler prendere posizione su tutte le questioni che emergono dalla prassi, il nostro obiettivo sarà quello di fornire una griglia generale entro cui ricondurre le singole questioni, provando a mettere ordine nella "cassetta degli attrezzi" a disposizione dei giudici delle leggi per risolvere le non semplici questioni oggetto di questo studio.

CAPITOLO I

LA NOZIONE DI MATERIA PENALE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. L'estensione a misure punitive non penali delle garanzie di cui all'art. 25 co. 2 Cost. – 2.1. Le aperture degli anni Sessanta verso una nozione ampia di materia penale. – 2.2. La quarantennale limitazione dell'art. 25 Cost. alle sole sanzioni formalmente penali. – 2.3. L'apertura della giurisprudenza più recente ad una nozione sostanziale di sanzione penale. – 2.3.1. La sentenza n. 68 del 2017. – 2.3.2. La sentenza n. 109 del 2017. – 2.3.3. La sentenza n. 43 del 2017. – 2.3.4. Brevi considerazioni di sintesi. – 3. La (mancata) estensione a misure punitive non penali delle garanzie di cui all'art. 27 Cost. – 4. Questioni problematiche e linee di sviluppo della ricerca. – 4.1. Una nozione unitaria o differenziata di materia penale. – 4.2. La nozione costituzionale di materia penale è diversa da quella convenzionale? – 4.3. La graduabilità delle garanzie ed il "nucleo duro" della materia penale.

1. *Premessa*

Come per tutte le garanzie costituzionali, anche per quelle riservate alla materia penale è necessario stabilirne innanzitutto l'*ambito di applicabilità*. Che cosa intende l'art. 25 co. 2 Cost. quando afferma che le garanzie della legalità si applicano quando taluno viene *punito* per la commissione di un fatto? e a che cosa fa riferimento l'art. 27 co. 1 quando declina in termini di personalità la responsabilità *penale*, o il co. 3 quando prevede che le *pene* devono tendere alla rieducazione del condannato? Bisogna intendere tali espressioni come riferite solo alla materia penale in senso formale, e cioè soltanto alle sanzioni definite come penali dal legislatore; oppure tali espressioni vanno intese in un'accezione più estesa, che vi ricomprenda anche misure afflittive diverse dalle sanzioni *stricto sensu* penali?

Le norme costituzionali che vengono in considerazione sono tutte quelle che cristallizzano le garanzie sostanziali e procedimentali da riconoscere al soggetto cui è contestato un illecito penale: il principio di legalità ed irretroattività della legge penale di cui all'art. 25 co. 2 Cost., i principi della personalità della responsabilità penale, della presunzione di innocenza e della finalità rieducativa della pena di cui all'art. 27, le garanzie del pro-

cesso penale di cui all'art. 111 co. 3, 4 e 5, e il principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112. Tali disposizioni si applicano solo alle sanzioni penali in senso stretto, o possono applicarsi anche a misure afflittive formalmente non penali?

Sinora, come vedremo, la Corte costituzionale non ha ancora fornito una risposta chiara agli interrogativi che abbiamo appena posto. Eppure, sono questioni della massima importanza: si tratta di individuare i connotati tipici dell'illecito e della sanzione penali in senso costituzionale, al fine di definire lo statuto garantistico che si intenda riconoscere al vasto universo delle misure punitive non formalmente penali.

Mentre la Corte EDU, con i criteri Engel, ha da tempo fornito delle indicazioni (tendenzialmente) univoche riguardo a che cosa si debba intendere per materia penale ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali, le conclusioni dei nostri giudici delle leggi sono ancora frammentarie. Sono numerose le decisioni in cui il problema viene affrontato, ma sempre in modo frettoloso, e senza una visione sistematica.

In questo capitolo procederemo dunque all'analisi delle pronunce più significative della Corte costituzionale sul tema dell'estensione delle garanzie costituzionali proprie della materia penale a misure punitive formalmente extra-penali. È possibile una tale estensione? Se sì, per tutte le garanzie della materia penale o solo per alcune? E sulla base di quali criteri si delinea l'ambito della materia penale costituzionale? Si utilizzano i medesimi criteri della materia penale convenzionale, o in sede costituzionale si applicano criteri diversi?

Il materiale giurisprudenziale che ci apprestiamo a studiare è vasto¹: per mettervi ordine, procederemo a verificare come il problema dell'ampiezza da attribuire alla nozione di sanzione penale sia stato risolto in relazione a ciascuna delle disposizioni costituzionali rispetto a cui la questione concretamente si è posta. Prenderemo avvio dalle pronunce (più numerose) relative all'estensione a sanzioni non penali delle garanzie riconosciute dall'art. 25 Cost., per poi passare a quelle relative all'art. 27 Cost., mentre non abbiamo reperito alcuna decisione che abbia affrontato specificamente la questione in relazione agli artt. 111 e 112. Una volta ricostruita l'evoluzione giurisprudenziale, proveremo a svolgerne un'analisi complessiva, al fine di individuarne i profili di maggiore criticità, su cui ci soffermeremo nei capitoli successivi.

¹ Per un'analisi di tale materiale, cfr. in particolare a C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa – Profili sistematici*, 1988, p. 135 ss. e da ultimo F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste – Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, 2017, p. 106 ss.

2. L'estensione a misure punitive non penali delle garanzie di cui all'art. 25 co. 2 Cost.

2.1. Le aperture degli anni Sessanta verso una nozione ampia di materia penale

Le prime decisioni che si pongono espressamente² il problema dell'estensione a misure non qualificate come penali delle garanzie che la Costituzione riserva alla materia penale hanno ad oggetto alcune *speciali ipotesi di confisca* previste dalla legislazione luogotenenziale dell'immediato dopoguerra a carico dei soggetti coinvolti nella attività del *regime fascista*³. In entrambi i casi, i giudici rimettenti ritenevano che tali misure avessero natura squisitamente punitiva e per questo, benché non qualificate dal legislatore come penali, dovessero considerarsi coperte dalle garanzie di cui all'art. 25 Cost., e dunque costituzionalmente illegittime perché concernenti fatti compiuti prima della loro introduzione, in violazione del divieto di applicazione retroattiva delle sanzioni penali.

La sentenza del 1961 è la prima in cui la questione viene affrontata (la decisione del 1964 si limiterà poi in sostanza a recepirne le conclusioni), e per questo varrà la pena seguirne da vicino lo sviluppo argomentativo. La Corte prende le mosse dall'assunto per cui bisogna "escludere, nella confisca dei beni, così come configurata dall'art. 1 del D.L.L. 26 marzo 1946, il carattere di pena"⁴, il quale è *presupposto indispensabile per il riferimento a un principio costituzionale* che riguarda, appunto, l'istituto della pena. È noto che *la confisca* può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con *varia natura giuridica*. Il suo contenuto, infatti, è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi ed indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione o di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa". La confisca disposta dalla legislazione contro il fasci-

² Per una decisione degli anni Cinquanta in cui, a fronte di una eccezione di incostituzionalità per violazione degli artt. 23 e 25 Cost. di una legge tributaria che aveva introdotto criteri di calcolo delle imposte destinati ad operare anche per periodi contributivi anteriori all'approvazione della legge, la Corte aveva cursoriamente affermato l'applicabilità dell'art. 25 alle sole sanzioni penali, cfr. C. cost. 9/59: "Per quanto concerne le leggi tributarie la Corte ha ritenuto che non sia ricavabile dall'art. 23 della Costituzione un precetto costituzionale che precluda la possibilità di leggi retroattive (sent. 81 del 1958). Né una legge tributaria retroattiva può dirsi in contrasto con l'art. 25 della Costituzione, il quale riguarda soltanto la materia penale" (§ 10 del 'considerato in diritto').

³ In C. cost. 29/61 la norma di cui era eccepita l'incostituzionalità era l'art. 1 co. 2 del d.lgs. lgt. 26.3.1946, n. 134, in C. cost. 46/64 invece si trattava dell'art. 9 del d.lgs. lgt. 27.7.1944, n. 159 (intestato "sanzioni contro il fascismo").

⁴ Corsivi nostri.

smo non ha, secondo la Corte, natura penale, in quanto almeno due dei suoi tratti caratterizzanti (“l’applicabilità della confisca anche dopo la estinzione del reato e anche in confronto degli eredi”) sono incompatibili con la natura penale della misura: “sebbene i provvedimenti denominati ‘sanzioni contro il fascismo’ siano stati indubbiamente dettati da eccezionali esigenze, non v’è nulla, tuttavia, nel testo di quelle disposizioni, e neanche nella eccezionale ragione e finalità loro, che possa comunque dar fondamento a una tale idea della pena per cui essa si renderebbe applicabile anche agli eredi e dopo estinto il reato”.

Il ragionamento della Corte potrebbe dunque essere sintetizzato come segue: dato che la confisca si applica anche su beni di soggetti estranei al reato, essa non può avere natura penale, perché altrimenti ne risulterebbe violato il fondamentale principio di personalità della responsabilità penale⁵. Tale logica, tuttavia, appare viziata da un’evidente inversione metodologica⁶. Un ragionare corretto avrebbe dovuto prendere le mosse dalla valutazione se la misura avesse *nella sostanza* natura penale; in caso affermativo, la Corte avrebbe se mai dovuto dichiarare l’illegittimità dei profili della disciplina incompatibili con i principi della materia penale. La sentenza invece esclude la natura penale della misura proprio in ragione della sua incompatibilità con i principi penalistici, e ritiene che la sua incidenza sui beni degli eredi sia soltanto una “conseguenza indiretta” della diminuzione sofferta dal patrimonio, concludendo che la confisca in esame è una “misura non penale, che incide obiettivamente sui beni ovunque e presso chiunque si trovino”, e che si configura conclusivamente come mera “*misura amministrativa finanziaria a carattere restitutorio e riparatorio*”. Da tale qualificazione discende, senza che la Corte neppure senta la necessità di precisarlo, l’inapplicabilità del principio di irretroattività invocato dal giudice *a quo*, visto che l’art. 25 Cost. limita tale principio alle sole sanzioni penali.

In questa decisione, peraltro, la Corte non dice che il carattere di sanzione penale – dal quale dipende l’applicabilità dell’art. 25 Cost. – sia proprio solo delle sanzioni *qualificate come penali* dal legislatore; anzi, ammettendo *en passant* che anche la confisca possa talora assumere natura e funzione di pena, e desumendone nel caso concreto la natura non penale dal ricorrere di elementi sostanziali di disciplina (in particolare l’applicabilità agli eredi) incompatibili con tale natura, la Consulta pare qui consi-

⁵ Principio che, nota la Corte, “doveva ricevere, poco dopo, nell’art. 27 della Costituzione, una esplicita e decisa riaffermazione, tanto più significativa in quanto d’ordinario (ed a differenza di altri) questo principio non è espresso nelle leggi, ma connaturato alla essenza stessa degli istituti penali e della penale responsabilità”.

⁶ Parla, in riferimento alla decisione del 1964 (che come detto riprende le argomentazioni della sentenza del 1961) di un “itinerario logico censurabile per ovvie ragioni”, F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 107, nota 108.

derare ascrivibili al *genus* della pena pure sanzioni diverse dalle pene principali di cui all'art. 17 c.p., aprendo così uno spiraglio all'adozione di un'accezione ampia di sanzione penale.

Tale perplessa apertura, priva di riscontro in una decisione coeva in materia di *misure di prevenzione*⁷, trova invece una conferma più esplicita pochi anni dopo⁸. La Corte decide congiuntamente cinque ordinanze di rimessione della sezione giurisdizionale della Corte dei conti, che investono alcune disposizioni del testo unico sulle pensioni civili e militari (R.D. 21.2.1895, n. 70), in base alle quali la condanna per certi reati o per certi illeciti disciplinari comportava la perdita del trattamento pensionistico o degli assegni o indennità previsti nello stesso testo unico. I giudici rimettenti invocano diversi parametri costituzionali, tra cui in particolare l'art. 36 Cost.⁹. Il passaggio che qui interessa è relativo alla legittimità della norma che nei casi di destituzione o di perdita del grado militare prevedeva la possibilità per l'amministrazione di disporre discrezionalmente la perdita del trattamento di quiescenza. La Corte afferma che tale previsione "è illegittima per il solo fatto della rimessione della perdita del trattamento in esame a un latissimo potere amministrativo discrezionale del quale la legge non specifica in alcun modo i limiti. In tal modo, a parte l'art. 36 Cost., viene ad essere sicuramente vulnerata una regola di *riserva di legge*: venendo in questione la comminazione di una sanzione ulteriore rispetto a quella della destituzione o della perdita del grado, deve avere infatti applicazione il principio della legalità della pena, ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire"¹⁰.

All'interno, dunque, di un procedimento in cui i giudici *a quibus* neppure avevano evocato la violazione dell'art. 25 Cost., la Corte coglie l'occasione per precisare che tale disposizione si applica anche alle sanzioni amministrative: un'affermazione impegnativa, che viene però formulata in modo estemporaneo, senza neppure un abbozzo di motivazione, e senza alcun cenno alle decisioni degli anni precedenti.

⁷ Cfr. C. cost. 68/64, ove la Corte, senza alcun riferimento ai precedenti in materia di confisca appena citati, nega recisamente che alle misure di prevenzione personali, in quanto sanzioni non penali, sia applicabile il principio di legalità di cui all'art. 25 (per un commento molto critico, cfr. L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 938 ss.).

⁸ C. cost. 78/67.

⁹ "Il lavoratore ha diritto ad una retribuzione proporzionata alla quantità e qualità del suo lavoro e in ogni caso sufficiente ad assicurare a sé ed alla famiglia un'esistenza libera e dignitosa".

¹⁰ § 4 del "considerato in diritto".

Il decennio si conclude con un'altra decisione importante¹¹, relativa alla compatibilità con l'art. 25 co. 3 e l'art. 24 Cost. di alcune disposizioni all'epoca vigenti che limitavano in maniera considerevole l'esercizio del diritto di difesa nei procedimenti davanti al Tribunale di sorveglianza per la dichiarazione di abitualità nel reato e la conseguente applicazione di una misura di sicurezza. Il giudice *a quo*, rilevando che l'art. 25 Cost. riconosce il principio di legalità anche per le misure di sicurezza, derivava la riconducibilità di tali misure al *genus* delle "sanzioni criminali giurisdizionali", in relazione alle quali sarebbero state da rispettare le garanzie processuali dell'art. 24 Cost. La sentenza, pur premettendo che "non è compito di questa Corte l'addentrarsi in una trattazione teorica del concetto di sanzione, né in una valutazione complessiva della natura giuridica", si impegna comunque in un tentativo definitorio, e osserva che il termine *sanzione* "esprime ordinariamente la *reazione dell'ordinamento alla inosservanza della norma*", ma può essere inteso anche "in un significato più ampio, tale da comprendere, in via generale, *ogni misura giuridica o mezzo di tutela giuridica*"¹². La Corte ritiene qui poco proficuo l'utilizzo di un'accezione troppo generale, e sottolinea la "differenza, essenziale e di natura, che nettamente si manifesta (tra pene e misure di sicurezza): la differenza cioè tra la reazione contro un fatto avvenuto, propria della pena, e l'attuazione, propria della misura di sicurezza, di mezzi rivolti ad impedire fatti di cui si teme il verificarsi nel futuro"¹³. Tale differenza trova del resto riscontro nel diverso contenuto delle garanzie dei co. 2 e 3 dell'art. 25 Cost., da cui – al contrario di quanto sostenuto nell'ordinanza di rimessione – viene derivata dalla Corte non già l'assimilazione, ma piuttosto la netta differenziazione costituzionale tra pene e misure di sicurezza. Ai fini della specifica questione sottoposta alla Corte, poco importa, però, che le misure di sicurezza abbiano natura amministrativa e non penale; tali misure incidono sulla libertà personale, e dunque "al di là della specifica tutela sancita dall'art. 24, appare manifesto che gli artt. 13 e 111 co. 2, interpretati nello spirito delle supreme esigenze fissate dalla Costituzione, conferiscono alla *libertà personale una propria e particolare rilevanza costituzionale*; e con essa il diritto, in relazione ai procedimenti che alla libertà si riferiscono, ad una effettiva integrale difesa di questo supremo interesse del cittadino"¹⁴.

Proprio tale ultima affermazione, più che la scontata distinzione tra

¹¹ C. cost., 53/68.

¹² § 1 del "considerato in diritto".

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ § 2 del "considerato in diritto". Prosegue poi la sentenza: "la Corte non si dissimula le difficoltà e le implicazioni di ogni genere cui in pratica, d'ora in poi, potrà dar luogo l'attuazione di un tale principio, ma ritiene in pari tempo che ciò non debba valere a limitarne la rigorosa affermazione".

pene e misure di sicurezza, ci pare l'elemento di maggiore interesse della decisione. Al di là della finalità punitiva o preventiva che una certa misura riveste, se essa incide sulla libertà personale, deve rispettare le peculiari garanzie (tra cui in particolare il diritto di difesa) che la Costituzione appresta quando è in gioco tale bene fondamentale. In altri termini, anche misure diverse dalle pene possono incidere sulla libertà personale, a condizione però che rispettino le garanzie costituzionali previste in questi casi, che non coincidono con quelle della materia penale. A prescindere dalla sua natura di pena, la misura che incida sulla libertà personale ha un suo corredo di garanzie costituzionali, che non ammettono deroghe anche quando la finalità sia preventiva e non punitiva: una conclusione che, come vedremo, potrà risultare utile nella nostra prospettiva dell'elaborazione di una nozione costituzionale di sanzione penale.

2.2. *La quarantennale limitazione dell'art. 25 Cost. alle sole sanzioni formalmente penali*

Nei decenni successivi, il tema dell'applicabilità dell'art. 25 Cost. a misure non formalmente penali perde di vitalità nella giurisprudenza costituzionale. Tutte le decisioni sul tema che abbiamo potuto reperire si limitano a confermare la conclusione della sentenza del 1961 (cui spesso espressamente si fa rinvio) circa l'applicabilità di tale articolo alle sole sanzioni penali, mentre nessun riferimento viene operato al precedente del 1967 che aveva sostenuto la tesi opposta.

Senza che alla questione vengano dedicate più di poche righe, spesso di mero richiamo ai precedenti¹⁵, viene ad esempio negata la riconducibilità allo spettro di tutela di tale articolo: delle *misure disciplinari* previste a carico dei *magistrati*, di cui era stata eccepita l'incostituzionalità per violazione del principio di tassatività¹⁶; dell'*ordine di demolizione* di un fabbri-

¹⁵ Sulla scarsa attenzione dedicata alla questione dalla giurisprudenza costituzionale di questo lungo periodo, cfr. in particolare F. GALLO, *Aspetti inquietanti della disciplina del cosiddetto condono edilizio: violazioni dello 'status' di cittadino*, in *Giur. it.*, 1987, p. IV, c. 347: "Le sentenze (che si occupano dell'applicabilità dell'art. 25) presentano la motivazione relativamente alle specifiche norme considerate o al settore a cui esse afferiscono; non la presentano invece per l'enunciazione di portata generale. Manca per quest'ultima la sollecitazione offerta dal caso concreto; manca ogni indagine ermeneutica volta a stabilire positivamente i confini dell'ambito applicativo dell'art. 25 co. 2. Le acritiche ripetizioni secondo cui tale comma riguarda solo la materia penale sono in buona sostanza *obiter dicta*".

¹⁶ C. cost., 100/81; la Corte ritiene comunque che "per quanto concerne la materia disciplinare riguardante i magistrati, il principio di legalità trova egualmente piena applicazione, oltre che come fondamentale esigenza dello Stato di diritto, come conseguenza necessaria del nuovo assetto dato alla magistratura dal legislatore costituente" (§ 4 del "considerato in diritto"). Il passaggio della motivazione ove si esclude la riconducibilità degli illeciti disciplinari all'ambito di tutela dell'art. 25 Cost. fa un riferimento che ci risulta oscuro anche

cato abusivo disposto con ordinanza sindacale, per il quale quindi non si applica il divieto di applicazione retroattiva¹⁷; degli *illeciti amministrativi* di cui alla l. 689/81¹⁸ o alla legislazione regionale¹⁹, rispetto ai quali le esigenze di legalità sono comunque tutelate ai sensi degli artt. 23 e 97 Cost.²⁰; delle *misure disciplinari* previste dal Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli *impiegati civili* dello Stato (d.P.R. 10.1.1957, n. 3)²¹; delle *sanzioni disciplinari militari* punibili con la perdita del grado e la rimozione²².

2.3. *L'apertura della giurisprudenza più recente ad una nozione sostanziale di sanzione penale*

Dopo diversi decenni in cui pareva essersi definitivamente consolidata nella giurisprudenza costituzionale un'interpretazione dell'art. 25 Cost. che ne limitava l'applicazione alle sole sanzioni penali, il primo segnale di un mutamento di indirizzo viene da un'ordinanza del 2009²³, ove si discute della legittimità di applicare anche a fatti commessi prima della sua entrata in vigore la nuova ipotesi di *confisca per equivalente* per i reati tributari introdotta dalla l. 244/07. La Corte ritiene errato il presupposto dell'ordinanza di rimessione per cui tale ipotesi di confisca, in quanto misura di sicurezza, sarebbe stata da applicare retroattivamente, e ricorda come al contrario la Cassazione abbia a più riprese escluso tale possibilità, posto che la "natura 'eminentemente sanzionatoria' della misura impedisce l'applicabilità del principio generale dell'art. 200 c.p.". A sostegno di tale orientamento, la Corte ricorda che "a tale conclusione si giunge sulla base

al primo comma di tale disposizione: "Deve osservarsi che non appare pertinente il richiamo all'art. 25, comma secondo. Tale norma infatti, interpretata nel necessario collegamento con il primo comma dello stesso articolo, si riferisce, come è generalmente ritenuto, solo alla materia penale e non è di conseguenza estensibile a situazioni, come gli illeciti disciplinari, estranee all'attività del giudice penale, pur se con questa possono presentare, per determinati aspetti, una qualche affinità" (§ 3 del "considerato in diritto").

¹⁷ C. cost., 68/84, che in senso adesivo cita, oltre ai noti precedenti degli anni Sessanta, anche C. cost. 194/76 e 13/77. La Corte precisa poi che, fuori dalla materia penale, "nelle restanti materie l'osservanza del principio di irretroattività è rimessa alla prudente valutazione del legislatore" (§ 2 del "considerato in diritto").

¹⁸ C. cost. 421/87 (ord.). Per la medesima conclusione in relazione agli illeciti depenalizzati ai sensi del d.lgs. 30.12.1999, n. 507, cfr. C. cost. 150/02.

¹⁹ C. cost. 447/88 e C. cost. 159/94 (ord.).

²⁰ Così in particolare l'ordinanza citata da ultimo, secondo cui "l'art. 25 co. 2 e 27 della Costituzione disciplinano le sanzioni penali, mentre gli artt. 23 e 97 disciplinano la potestà sanzionatoria amministrativa".

²¹ C. cost. 541/88 (ord.).

²² C. cost. 356/95.

²³ C. cost. 97/09 (ord.).

della duplice considerazione che il secondo comma dell'art. 25 Cost. vieta l'applicazione retroattiva di una *sanzione penale*, come deve qualificarsi la *confisca per equivalente*, e che la giurisprudenza della Corte EDU ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall'art. 7 della Convenzione l'applicazione retroattiva di una confisca di beni riconducibile proprio ad un'ipotesi di confisca per equivalente"²⁴. La Corte dunque ribadisce l'adagio tradizionale per cui l'art. 25 Cost. si riferisce alle sanzioni penali, e tuttavia ritiene, aderendo all'indirizzo prevalente nella giurisprudenza ordinaria, che anche una misura formalmente non penale come la confisca per equivalente sia da ascrivere al *genus* delle sanzioni penali in ragione della sua natura sanzionatoria.

Il superamento dell'orientamento tradizionale diviene più esplicito e consapevole in una sentenza dell'anno successivo²⁵, relativa anche in questo caso alla possibilità di applicare retroattivamente una speciale ipotesi di confisca (la confisca obbligatoria del veicolo introdotta nel codice della strada dalla l. 125/08 nei casi di condanna per il reato di guida in stato di ebbrezza). A differenza della confisca oggetto di scrutinio nel 2009, qui la giurisprudenza ordinaria ritiene la misura applicabile in via retroattiva, e dunque la Corte si trova a dover decidere se tale "diritto vivente" sia costituzionalmente legittimo. La questione è quella di stabilire se la confisca del veicolo, che il legislatore espressamente qualifica in termini di misura di sicurezza²⁶, sia tuttavia – come ritiene il giudice rimettente – da considerare come penale ai sensi della giurisprudenza della Corte EDU, con la conseguenza che la sua applicazione retroattiva costituisca una violazione dell'art. 117, per il tramite interposto dell'art. 7 CEDU. La Corte ripercorre i criteri Engel, e conclude che "dalla *giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, formatasi in particolare sull'interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricava, pertanto, il principio secondo il quale *tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo* devono essere soggette alla medesima disciplina della *sanzione penale* in senso stretto"²⁷. Prima di passare ad elencare le ragioni per cui ritiene la confisca del veicolo ascrivibile a tale categoria, con la conseguenza di dichiarare incostituzionale per violazione dell'art. 117

²⁴ La Corte cita in proposito la nota sentenza Corte EDU, 9.2.1995, *Welch c. Regno Unito*.

²⁵ C. cost. 196/10, con commenti di V. MANES, *La confisca 'punitiva' tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla 'truffa delle etichette'*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 534 ss. e A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di 'sanzione'*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2323. In F. MAZZACUVA, *Le pene*, cit., p. 106 proprio tale decisione viene individuata come il "turning point" della giurisprudenza costituzionale in materia.

²⁶ La confisca in esame era disciplinata dall'art. 186 co. 2 lett. c) del codice della strada, così come modificato dalla l. 125/08: "è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'art. 240 co. 2 c.p., salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato".

²⁷ § 3.1.5 del "considerato in diritto".

Cost. la sua applicazione retroattiva²⁸, la sentenza continua con un *obiter dictum* di cruciale importanza nella nostra prospettiva: “Principio questo, del resto, desumibile dall’art. 25 co. 2 Cost., il quale – data l’ampiezza della sua formulazione (‘Nessuno può essere punito...’) può essere interpretato nel senso che *ogni intervento sanzionatorio*, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti *già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato*”²⁹.

Non si tratta, lo abbiamo appena precisato, che di un *obiter*, posto che l’ordinanza di rimessione non aveva invocato la violazione dell’art. 25, ma solo dell’art. 117 Cost., e solo a tale norma (ed al parametro interposto dell’art. 7 CEDU) fa riferimento la Corte per motivare la dichiarazione di incostituzionalità. L’affermazione di principio però è importante: se una misura qualificata dal legislatore come misura di sicurezza ha in realtà contenuto punitivo-afflittivo, non può trovare applicazione retroattiva non solo in ragione dell’art. 7 CEDU, ma anche dell’art. 25 Cost.; insomma, alla “truffa delle etichette” non si oppone solo la CEDU, ma anche la nostra Carta fondamentale. Ciò che lascia un po’ di perplessità è constatare come un tale ribaltamento dell’orientamento precedente sia in sostanza privo di motivazione (l’unico passaggio della sentenza dedicato al tema qui in esame sono le poche righe citate nel testo), e come la sentenza non prenda minimamente in considerazione i numerosi precedenti in senso contrario, limitandosi a citare l’unico, risalente precedente favorevole.

L’apertura contenuta della sentenza del 2010 trova poi riscontro in diverse decisioni successive, che a questa espressamente si richiamano.

Una decisione del 2014 dichiara l’illegittimità costituzionale per violazione dell’art. 25 Cost. di una norma regionale che rendeva applicabile retroattivamente una *sanzione amministrativa pecuniaria* di nuovo conio³⁰.

Due anni dopo, una sentenza relativa alla possibilità di applicare retroattivamente le ipotesi di *sospensione da cariche elettive* regionali e locali

²⁸ La sentenza dichiara incostituzionali solo le parole “ai sensi dell’art. 240 c.p.”: tolto l’esplicito riferimento alle misure di sicurezza, la giurisprudenza ordinaria avrà la possibilità di interpretare la norma in modo conforme alla giurisprudenza della Corte EDU, escludendone l’applicazione retroattiva in quanto contraria all’art. 7 CEDU.

²⁹ *Ibidem*. A sostegno di tale conclusione, la sentenza richiama il precedente del 1967 citato sopra, ed il fatto che il principio di irretroattività sia stato adottato dalla l. 689/81 come regola generale anche dell’illecito amministrativo.

³⁰ C. cost. 104/2014, con nota di F. URBANI, *Successione penale impropria e disciplina transitoria: la Corte costituzionale apre uno spiraglio alla teoria della “continuità dell’illecito*, in *Cass. pen.*, 2015, p. 1832 ss. In tale decisione la Corte non affronta la questione della possibile violazione dell’art. 117, dichiarando inammissibile la relativa censura perché priva di motivazione; nell’argomentare in relazione alla violazione dell’art. 25 Cost., la sentenza si limita poi a riprendere letteralmente la sentenza del 2010 citata sopra.

in conseguenza di una condanna penale introdotte dal cd. decreto Severino (d.lgs. 235/12), conferma il principio per cui l'art. 25 Cost. si applica a tutte "le misure di carattere afflittivo-punitivo", anche se ne esclude la rilevanza nel caso concreto, posto che le misure in questione sarebbero prive di tale carattere, mirando piuttosto a garantire l'interesse pubblico all'onorabilità di coloro che rivestono pubbliche funzioni³¹.

Nell'anno appena trascorso, infine, sono da segnalare in particolare tre decisioni, dove per la prima volta il tema dei rapporti tra garanzie costituzionali e convenzionali viene fatto oggetto di specifica attenzione, con esiti in larga misura confermativi del più recente indirizzo estensivo dell'applicabilità dell'art. 25 Cost. alle sanzioni penali in senso lato, ma con precisazioni importanti in ordine al contenuto ed ai limiti di tale estensione.

2.3.1. La sentenza n. 68 del 2017

Un primo caso³² riguarda ancora l'ipotesi di una nuova forma di *confisca per equivalente*, che la legge espressamente afferma applicabile anche ai fatti commessi prima della sua introduzione³³: in diverse ordinanze di rimessione, la Cassazione, qualificata come penale la misura in ragione del suo carattere punitivo, chiede alla Corte di dichiarare l'illegittimità della norma che ne dispone l'applicazione retroattiva per violazione dell'art. 25 co. 2 e 117 (in relazione all'art. 7 CEDU). La Corte condivide la premessa del ragionamento, e ritiene che la qualificazione della misura come penale ai sensi della giurisprudenza europea non rilevi solo ai fini dell'art. 117 Cost., ma anche dell'art. 25, posto che "tale garanzia costituzionale concerne non soltanto le pene qualificate come tali dall'ordinamento nazionale, ma anche quelle così qualificabili per effetto dell'art. 7 CEDU (sentenza 196/2010), perché punire a qualsivoglia titolo la persona per un fatto privo di anti-giuridicità quando è stato commesso significa violare il cuore dell'affidamento che l'individuo è legittimato a riporre nello Stato (sentenza 364/1988) quanto all'esercizio della potestà pubblica in forme prive di arbitrarietà e irrazionalità"³⁴. Nel caso di specie, tuttavia, la Corte ritiene

³¹ C. cost. 276/16. Per un'analisi delle problematiche costituzionali e convenzionali legate all'applicazione retroattiva delle disposizioni del decreto Severino, sia consentito il rinvio a L. MASERA, *Il decreto Severino di fronte alla Corte costituzionale, in attesa della decisione di Strasburgo sul caso Berlusconi*, in *Dir. pen. proc.*, 2017, 9, p. 1218 ss.

³² C. cost. 68/17, con nota di F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *Dir. pen. cont.*, 10.4.2017.

³³ Si tratta della misura introdotta all'art. 9 l. 62/2005, che nei casi di condanna per l'illecito (depenalizzato dalla medesima legge) di *abuso di informazioni privilegiate* (art. 187 *sexies* t.u.f.) prevede la possibilità per la Consob di disporre, ove non sia possibile confiscare il prodotto o il profitto dell'illecito e i beni utilizzati per commetterlo, la confisca di somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente.

³⁴ § 7 del "considerato in diritto".

che l'applicazione retroattiva della nuova ipotesi di confisca non configuri di per sé una violazione né dell'art. 7 CEDU né dell'art. 25 Cost., in quanto la misura è parte di un generale mutamento del trattamento sanzionatorio previsto per il fatto illecito (che da penale diventa amministrativo), e spetta al giudice rimettente operare una valutazione di maggiore o minore afflittività complessiva dell'apparato punitivo; la questione viene quindi dichiarata inammissibile per mancanza di motivazione sul punto, essendo rilevante solo ove il giudice *a quo* ritenesse che il legislatore ha aggravato, nonostante la depenalizzazione, il complessivo carico afflittivo.

Al di là dell'esito finale³⁵, ciò che non ci convince in tale pronuncia è proprio il passaggio dedicato alla questione che ci interessa, e che abbiamo appena riportato letteralmente. L'affermazione della Corte per cui la qualificazione di una misura come penale ai sensi dell'art. 7 CEDU comporta anche l'applicazione dell'art. 25 Cost. non tiene in considerazione che la nozione di materia penale formulata dalla Corte EDU rileva ai soli fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali, ma non può determinare l'ambito di applicabilità delle garanzie costituzionali, la cui individuazione è rimessa ai giudici delle leggi di ciascun ordinamento. Certo, le medesime ragioni di tutela dell'individuo in materia punitiva addotte a sostegno dell'ampliamento della materia penale da parte della Corte EDU potranno essere poste a fondamento dell'estensione della materia penale anche in sede costituzionale; ma ciò non toglie che si tratti di nozioni autonome, che è necessario tenere ben distinte: il contrario di quanto fa il brano appena citato, che attribuisce alla giurisprudenza della Corte EDU una impropria rilevanza al fine di determinare l'ambito di applicabilità della garanzia interna di cui all'art. 25 Cost.

2.3.2. La sentenza n. 109 del 2017

Proprio tale commistione di piani viene peraltro censurata in una decisione di poche settimane successiva³⁶. La questione riguardava l'applicabilità in via retroattiva delle sanzioni amministrative previste dal d.lgs. 8/2016 per alcuni illeciti oggetto di contestuale depenalizzazione: il giudice *a quo* reputava tale previsione in contrasto con l'art. 25 Cost., ritenuto applicabile in ragione della natura sostanzialmente penale ai sensi dei cri-

³⁵ In senso critico rispetto alla decisione di ritenere la questione inammissibile, cfr. la nota di F. VIGANÒ, per cui "ciò che non convince nella sentenza in esame è la logica per così dire 'compensativa' utilizzata dalla Corte nella valutazione se un nuovo trattamento sanzionatorio – 'nel suo complesso' – sia o meno peggiorativo rispetto a quello precedentemente in vigore" (p. 3).

³⁶ C. cost. 109/17, con nota di F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 15.5.2017, e I. PELLIZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in *Dir. pen. cont.*, 26.9.2017.

teri Engel delle sanzioni amministrative di nuova introduzione. La Corte, senza entrare nel merito della questione, contesta in radice l'itinerario logico seguito dall'ordinanza di rimessione, in quanto "il rimettente non ricorre ai criteri Engel per estendere alla sanzione formalmente amministrativa (ma 'sostanzialmente penale' per la CEDU, nell'interpretazione della Corte di Strasburgo) le sole garanzie convenzionali – ed in particolare quelle enucleate dall'art. 7 CEDU – in via interpretativa (se ciò gli fosse consentito dalla lettera delle legge), ovvero sollevando una questione di legittimità costituzionale della disposizione di legge per violazione dell'art. 117 co. 1 Cost. Neppure sostiene con franchezza, alla luce del carattere punitivo-afflittivo che accomuna le pene in senso stretto alle sanzioni amministrative – carattere pur riconosciuto, talvolta, da questa Corte (sentenze n. 276/16, 104/14 e 196/10) – che l'art. 25 co. 2 Cost., in virtù della sua ampia formulazione, dovrebbe applicarsi non solo alle prime ma anche alle seconde, fungendo, in tal caso, i criteri Engel da *mero supporto argomentativo*³⁷ per integrare il significato del parametro costituzionale interno, in vista dell'allargamento della sua sfera di operatività (...) In definitiva, il giudice *a quo* utilizza i criteri Engel per perseguire – nella prospettiva che egli stesso privilegia – l'obiettivo dell'applicazione delle tutele predisposte dal diritto nazionale per i soli precetti e per le sole sanzioni che l'ordinamento interno considera, secondo i propri principi, espressione della potestà punitiva penale dello Stato. Ma tale scopo è del tutto diverso da quello che il ricorso ai criteri Engel lascerebbe attendere, cioè l'estensione alla sanzione amministrativa delle sole garanzie convenzionali, come elaborate dalla Corte di Strasburgo per la *matière pénale*"³⁸.

La sentenza, sul punto specifico che ci occupa, è chiarissima, e sviluppa un argomento importante ai fini della nostra indagine. La Corte non esclude che l'art. 25 Cost. possa applicarsi anche a sanzioni punitive non formalmente penali (al riguardo vengono riportati i recenti precedenti di cui abbiamo appena dato conto), ma ritiene scorretto far derivare tale conclusione dall'applicazione dei criteri Engel della Corte EDU, che rilevano per la sola applicazione delle garanzie convenzionali, e non di quelle costituzionali. Forse, come ritiene un autorevole commentatore, l'errore del giudice *a quo* era veniale, ed avrebbe potuto essere corretto dalla Corte senza necessità di pervenire ad una dichiarazione di inammissibilità³⁹. Comunque, le critiche della Corte ci paiono ineccepibili, per le ragioni che abbiamo già esposto sopra; ciò che sorprende è però che tali critiche sarebbero state da muovere anche alla sentenza della Corte di qualche settimana prima, che aveva compiuto esattamente il medesimo errore argo-

³⁷ Corsivo nostro.

³⁸ § 3.1 del "considerato in diritto".

³⁹ In questo senso F. VIGANÒ, *op. ult. cit.*, p. 2.

mentativo ora considerato motivo di inammissibilità dell'eccezione: evidentemente la questione dei rapporti tra garanzie costituzionali e convenzionali non è così pacifica neppure tra i nostri giudici delle leggi⁴⁰.

2.3.3. La sentenza n. 43 del 2017

Altri spunti di grande interesse vengono infine dall'ultima sentenza che ci accingiamo ad analizzare. Il caso⁴¹ riguardava la richiesta del giudice *a quo* di dichiarare incostituzionale per contrasto con gli artt. 25 e 117 Cost. l'art. 30 co 4 l. 87/53 nella parte in cui prevede solo nel caso di sanzioni penali, e non amministrative, la revoca della sentenza definitiva di condanna quando la norma incriminatrice è stata dichiarata incostituzionale. Per quanto riguarda la violazione dell'art. 117 Cost., la Corte ritiene che dalla giurisprudenza della Corte EDU non sia desumibile alcun principio che imponga, nel caso di sanzioni penali ai sensi dei criteri Engel, di superare il principio dell'intangibilità del giudicato nei casi di declaratoria di incostituzionalità della norma contenente il precetto sanzionatorio. Ciò che qui interessa è però il brano relativo all'applicabilità dell'art. 25 Cost. a sanzioni punitive non penali. "È pur vero che questa Corte ha, occasionalmente (sentenze n. 104/2014, n. 196/2010, richiamate dalla recente n. 276/2016), riferito il parametro di cui all'art. 25 co. 2 Cost. anche a misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto. Ma lo ha fatto limitatamente al contenuto essenziale del richiamato precetto costituzionale, in virtù del quale una misura 'è applicabile soltanto se la legge che la prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato' (sentenza n. 276/2016) e in riferimento a misure amministrative incidenti su libertà fondamentali che coinvolgono anche i diritti politici del cittadino. Diverso è il problema, posto dalla odierna ordinanza di rimessione, dell'applicabilità alle sanzioni amministrative di tutte le garanzie previste dalla legge per le sanzioni penali. Nulla impedisce al legislatore di riservare alcune garanzie, come quelle previste dall'art. 30, co. 4 l. 87/53, al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, qualificato come tale dall'ordinamento interno"⁴².

Il passaggio della motivazione è breve (lo abbiamo anche in questo caso riportato integralmente), ma davvero denso di spunti. La Corte⁴³ non

⁴⁰ Le sentenze avevano diverso estensore: Giorgio LATTANZI per la sentenza n. 68, Nicolò ZANON per la n. 109.

⁴¹ C. cost. 43/17, con nota di M.C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa 'sostanzialmente penale': per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3, p. 293 ss. e A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 4 p. 15 ss.

⁴² § 4.3 del "considerato in diritto".

⁴³ Il giudice redattore di tale decisione è Marta CARTABIA.

intende smentire i precedenti recenti che estendono l'applicabilità delle garanzie penalistiche di cui all'art. 25 Cost. anche alle sanzioni punitive formalmente non penali, ma mostra chiara la volontà di ridurre la portata di tale estensione, negando innanzitutto che sul punto vi sia un orientamento consolidato. La sentenza ricorda che solo "occasionalmente" tale principio ha trovato applicazione, anche se non viene fatto alcun riferimento ai numerosi (anche se più risalenti) precedenti in cui era stato affermato il principio contrario.

Nell'intento poi di delimitare l'estensione dell'art. 25 co. 2 a sanzioni formalmente non penali, la Corte afferma che tale estensione ha ad oggetto solo il "*contenuto essenziale del precetto costituzionale*", che viene identificato con il *principio di irretroattività*. Da ciò parrebbe dedursi che vi siano anche garanzie previste in tale norma applicabili solo alle sanzioni penali in senso stretto, o addirittura che a tali sanzioni siano riservate tutte le garanzie dell'art. 25 co. 2 diverse dall'irretroattività: ma la Corte sul punto non si esprime in modo esplicito.

In termini assai concisi viene, inoltre, evocata anche la possibilità di individuare all'interno della materia penale in senso lato un "*nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio*", costituito dalle sanzioni anche formalmente penali, alle quali soltanto si applicano tutte le garanzie proprie del sistema penale. Il tema della possibilità di individuare un "nucleo duro" del diritto punitivo, rispetto al quale le garanzie si applicano con maggior rigore, è come vedremo oggetto di attenzione anche da parte della Corte EDU, e vi torneremo ampiamente più avanti; nella sentenza il cenno sul punto è brevissimo, e lascia intuire più che definire l'accezione in cui si debba intendere tale concetto.

Tra le righe del passaggio riportato sopra vi è infine un'altra affermazione importante, che vale la pena esplicitare in termini più distesi. La sentenza ricorda che la natura penale di una misura ai fini del riconoscimento delle garanzie costituzionali della materia penale non significa affatto che a tale misura debbano altresì essere applicate tutte le garanzie (sostanziali e processuali) che la legislazione ordinaria appresta per tale materia. Assegnare ad una misura formalmente non penale la qualifica di misura costituzionalmente (o convenzionalmente) penale non significa dunque assoggettarla *in toto* alla disciplina penalistica di rango ordinario (come chiedeva di fare il giudice rimettente). Un conto sono le garanzie penalistiche di rango sovra-ordinato alla legge, che la Corte non esclude di poter estendere anche a misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto; altro conto è la disciplina penalistica di rango ordinario, che il legislatore può legittimamente riservare alle sanzioni solo formalmente penali: ma anche su questo profilo non possiamo ora che rinviare all'ultimo capitolo per qualche specifica riflessione al riguardo.

2.3.4. *Brevi considerazioni di sintesi*

La giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni si è in diverse pronunce orientata verso l'applicazione dell'art. 25 co. 2 Cost. anche a sanzioni formalmente non penali. Le argomentazioni a sostegno di tale indirizzo sono in verità solo abbozzate, e su alcuni punti pare esservi ancora qualche incertezza (esemplare al riguardo è la questione del rilievo da attribuire in sede costituzionale ai criteri Engel, che come abbiamo appena visto sarebbero secondo una pronuncia rilevanti anche ai fini dell'applicazione dell'art. 25 Cost., mentre secondo un'altra sentenza coeva, che a noi pare da condividere, essi rileverebbero solo ai sensi dell'art. 117 Cost.). La sentenza da ultimo citata mostra poi come l'indirizzo estensivo incontri ancora delle resistenze, al punto che la Corte ritiene opportuno fornire un duplice *caveat* (sulla stabilità dell'orientamento, e sulla precisa individuazione delle garanzie applicabili alla materia penale in senso lato) a chi dovesse ritenere la soluzione del problema ormai acquisita. Ma la strada per l'estensione delle garanzie dell'art. 25 Cost. oltre i confini del diritto penale in senso stretto pare ormai definitivamente imboccata.

3. *La (mancata) estensione a misure punitive non penali delle garanzie di cui all'art. 27 Cost.*

Completamente diverso è il quadro della giurisprudenza costituzionale relativa all'applicabilità alle misure punitive non penali delle garanzie di cui all'art. 27 Cost., ed in particolare del principio di personalità-colpevolezza della responsabilità penale di cui al co. 1, e del principio della finalità rieducativa della pena di cui al co. 3⁴⁴.

L'apertura della giurisprudenza degli ultimi anni verso una nozione di sanzione penale in senso lato, che abbiamo appena finito di descrivere in relazione all'art. 25 Cost., non ha sinora trovato riscontro in ordine alle garanzie ora in esame, che anche le sentenze più recenti reputano applicabili solo alle sanzioni penali in senso stretto. Tale orientamento è assolutamente univoco sin dalle prime pronunce che hanno affrontato il problema, ormai cinquant'anni fa.

La questione, come per l'art. 25 Cost., inizia appunto a porsi già negli anni Sessanta. In una sentenza relativa alla conformità delle misure di prevenzione personali rispetto alla garanzia della presunzione di innocenza, la Corte afferma che "il richiamo all'art. 27 non è pertinente alla detta questione, perché tale articolo, nelle disposizioni a cui le ordinanze si rife-

⁴⁴ Come vedremo, abbiamo reperito una sola decisione ove il problema si sia posto in relazione al principio processuale della presunzione di innocenza di cui al co. 2.

riscono, riguarda la responsabilità penale e importa la presunzione di non colpevolezza dell'imputato fino alla condanna, mentre le misure di prevenzione, pur implicando restrizioni della libertà personale, non sono connesse a responsabilità penali del soggetto, né si fondano sulla colpevolezza, che è elemento proprio del reato"⁴⁵.

Una pronuncia di poco successiva si occupa di alcune forme di pericolosità presunta presenti nella legislazione coeva in materia di ricovero, a titolo di misura di sicurezza, in un manicomio giudiziario⁴⁶; quanto all'invocato parametro di cui all'art. 27 co. 3, la Corte in modo lapidario afferma che "questo articolo si riferisce soltanto alla pena, e non considera le misure di sicurezza, proprio perché *ex se* tendono ad un risultato che eguaglia quella rieducazione cui deve mirare la pena"⁴⁷.

Dopo alcune decisioni del decennio successivo che confermano la non applicabilità dell'art. 27 co. 3 alle misure di sicurezza⁴⁸, a partire dagli anni Ottanta il problema si pone soprattutto in relazione all'applicabilità dell'art. 27 (co. 1 e 3) Cost. a diverse tipologie di *illecito amministrativo*: in tutti i provvedimenti che abbiamo avuto modo di reperire, la conclusione, per cui le garanzie di cui all'art. 27 co. 1 e 3 non si applicano ad illeciti punitivi non penali, viene data talmente per pacifica, da non meritare alcun tipo di specifica motivazione⁴⁹.

Nell'unica sentenza di questo periodo⁵⁰ in cui la Corte dedica alla questione un'argomentazione più distesa, in un caso relativo alla eccepita illegittimità di una misura prevista da una legislazione regionale, si afferma che "l'art. 27 co. 3 Cost. riguarda le sanzioni propriamente penali; e queste, nell'essere particolarmente caratterizzate, sono implicitamente distinte da tutte le altre sanzioni. Le sanzioni penali, a differenza di quelle ex-

⁴⁵ C. Cost. 23/64.

⁴⁶ C. cost. 68/67.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ Cfr. C. cost. 168/72, che richiama sul punto il passaggio appena citato della decisione del 1967, e C. cost., 19/74, che a sua volta richiama le due decisioni appena citate.

⁴⁹ Si limitano a negare l'applicabilità dell'art. 27 Cost. a sanzioni non penali, in relazione agli illeciti di cui alla l. 689/81, C. cost., 420/87 (ord.), che a sostegno di tale conclusione fa riferimento alla già citata C. cost., 68/84, peraltro relativa alle garanzie dell'art. 25 Cost., e C. cost., 421/87 (ord.), con medesimo rinvio alla decisione del 1984. In relazione ad una sanzione amministrativa pecuniaria di entità fissa, di cui era stato eccepito il contrasto con il principio rieducativo di cui all'art. 27 co. 3, cfr. C. cost., 502/87 (ord.), dove viene richiamata la già citata decisione C. cost. 29/61, anch'essa relativa all'art. 25. In relazione a misure disciplinari applicabili secondo la normativa sul pubblico impiego, cfr. C. cost., 541/88 (ord.), dove l'esclusione della qualificazione come sanzione penale viene affermata in relazione sia all'art. 25 che all'art. 27 Cost. In relazione infine ad una sanzione amministrativa pecuniaria di entità fissa prevista da una legge regionale, di cui era stata eccepita l'incostituzionalità per violazione dell'art. 27 co. 1 e 3, cfr. C. cost. 159/94 (ord.).

⁵⁰ C. cost. 487/99.

tra-penali, sono dalla Costituzione caratterizzate dalla tendenza ad incidere sull'animo, sulla vita del condannato, tutelando, mediante un singolare tipo di prevenzione speciale (la rieducazione) non soltanto questo o quel bene specificamente offeso dal reato ma anche tutti i beni garantiti dall'ordinamento statale in quanto tendente a realizzare una vita in comune democraticamente orientata"⁵¹.

Il panorama non cambia venendo ad anni più recenti. La svolta verso un ampliamento della nozione di sanzione penale, che abbiamo descritto sopra in relazione alle garanzie di cui all'art. 25 Cost., non trova riscontro nella giurisprudenza relativa all'art. 27, che semplicemente ignora le aperture verso una nozione sostanziale di materia penale ormai consolidate quanto all'art. 25 Cost.⁵².

In una decisione del 2011 relativa alla responsabilità del proprietario del veicolo in caso di mancata individuazione del conducente responsabile di una violazione al codice della strada, la Corte non prende posizione sull'applicabilità dell'art. 27 co. 1, ritenendo che comunque la responsabilità delineata dalla normativa abbia carattere personale e colpevole, e dunque l'eccezione di costituzionalità sia da respingere in quanto fondata su un erroneo presupposto interpretativo⁵³.

Dall'analisi di tale pronuncia, un autore giunge alla conclusione che possa ricavarsi una "significativa conferma del nuovo orientamento della Corte costituzionale (relativo all'art. 25: n.d.a.)" anche "sul piano dell'impu-

⁵¹ § 4 del "considerato in diritto".

⁵² Cfr. C. cost. 369/99 (ord.) (con nota di A. CASADONTE, *La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince*, in *Dir., imm., citt.*, 1999, 3, p. 85 ss.) e C. cost. 226/04 (ord.), relative all'espulsione dello straniero irregolarmente soggiornante a titolo rispettivamente di misura sostitutiva o alternativa alla detenzione, di cui era stata eccepita l'incostituzionalità per violazione del principio della finalità rieducativa della pena; C. cost. 27/05, relativa alla decurtazione dei punti dalla patente per il proprietario che non segnalasse il nominativo di chi conduceva il veicolo al momento dell'infrazione, disposizione comunque ritenuta incostituzionale per violazione dell'art. 3 Cost. (per l'interpretazione di tale decisione come una forma surrettizia di estensione del principio di personalità della responsabilità penale anche alle sanzioni amministrative, cfr. P. CHIRULLI, *La sanzione penale ovvero 'se', 'come', 'quando' e 'quanto' punire, alla luce della giurisprudenza della Corte costituzionale*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, a cura di D'ORLANDO-MONTANARI, 2009, p. 57; C. cost. 434/07 (ord.), relativa alle sanzioni per l'omessa segnalazione dell'autore di un illecito in materia di circolazione stradale; C. cost. 125/08 (ord.), relativa ad una particolare ipotesi di confisca del veicolo in caso di illeciti stradali; C. cost. 169/13 (ord.), relativa alla revoca della patente di guida per reati in materia di stupefacenti; C. cost. 281/13, ancora in materia di revoca della patente.

⁵³ C. cost., 118/11: "Quanto alla prima censura, inerente all'asserita violazione dei principi di ragionevolezza e di personalità della responsabilità penale (artt. 3 e 27), è dirimente, a prescindere da ogni altro rilievo, la considerazione che le doglianze del rimettente poggiano su un erroneo presupposto interpretativo. Tale deve ritenersi l'assunto in forza del quale la norma censurata configurerebbe, a carico del proprietario del veicolo, una responsabilità per fatto altrui e a carattere oggettivo": § 4 del "considerato in diritto").

tazione personale e colpevole”, in quanto “le questioni di legittimità concernenti la possibile violazione dei divieti di responsabilità indiretta ed oggettiva sono state dichiarate infondate nel merito proprio sulla base del riconoscimento di indici normativi nel senso della responsabilità colpevole, anziché manifestamente inammissibili come sarebbe avvenuto se il parametro costituzionale fosse stato ritenuto inapplicabile *ratione materiae*”⁵⁴.

A noi tale ricostruzione proprio non convince. La sentenza afferma esplicitamente di ritenere dirimente, per escludere un’eventuale violazione dell’art. 27 co. 1, la considerazione che la doglianza parte dal presupposto erroneo per cui la norma in esame configurerebbe un’ipotesi di “responsabilità per fatto altrui ed a carattere oggettivo”, mentre una più attenta esegesi del disposto normativo “dimostra il contrario di quello che il giudice *a quo* intenderebbe provare: e, cioè, che la responsabilità in questione resta regolata dai principi generali in materia di sanzioni amministrative, e, in particolare, da quello della responsabilità almeno per colpa dell’art. 3 della legge 24 novembre 1981, n. 689; principi ai quali non consta che il legislatore abbia inteso nella specie derogare”. La Corte quindi non dice affatto che l’art. 27 co. 1 si applica anche alle sanzioni amministrative, ma che il problema semplicemente non si pone perché la norma di cui è eccepita l’incostituzionalità rispetta il canone della responsabilità per colpa previsto in generale dal legislatore per le sanzioni amministrative. L’autore appena citato, tuttavia, deriva dalla circostanza che la questione sia stata dichiarata infondata, invece che inammissibile, la conclusione che la Corte abbia voluto riconoscere l’applicabilità dell’art. 27 anche alle sanzioni amministrative: un’operazione ermeneutica che ci pare davvero troppo arida, specie in considerazione del fatto che l’indirizzo della Corte sul punto era (ed è) stabilmente orientato in senso contrario, e se la Corte avesse voluto porsi in discontinuità con l’orientamento tradizionale avrebbe dovuto farlo in modo ben più chiaro ed esplicito.

Ci pare, in conclusione, possa senz’altro constatarsi come attualmente i nostri giudici delle leggi, che pure estendono l’applicabilità dell’art. 25 Cost. anche alle misure punitive non penali, ritengano invece applicabile l’art. 27 alle sole sanzioni *stricto sensu* penali.

4. Questioni problematiche e linee di sviluppo della ricerca

Benché il tema dell’estensione delle garanzie costituzionali proprie della materia penale anche a sanzioni punitive non formalmente penali sia presente da lungo tempo nella giurisprudenza costituzionale, non si può

⁵⁴ Cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 111.

certo dire che sia stato raggiunto un solido e definitivo punto d'approdo. La questione non è tanto che siano presenti orientamenti contrastanti: abbiamo appena visto come, dopo il deciso *revirement* di una decina d'anni fa, oggi l'orientamento riguardo all'art. 25 Cost. sia stabile nel senso di una nozione ampia di sanzione penale, mentre in ordine all'art. 27 Cost. è rimasto indiscusso il tradizionale orientamento restrittivo.

Il dato più significativo è piuttosto la fragilità dell'impianto argomentativo addotto a sostegno delle diverse posizioni. Le conclusioni, sia in un senso che nell'altro, vengono motivate attraverso la tralatizia riproposizione di precedenti favorevoli, senza un chiaro confronto con quelli contrari. Il passaggio, quanto all'art. 25 Cost., da una nozione formale di sanzione penale dominante per cinquant'anni all'attuale nozione estensiva, è avvenuto senza che siano mai state esplicitate con un adeguato supporto critico le ragioni di un cambiamento sistematico così significativo.

Abbiamo già fatto cenno nell'introduzione ai motivi di tale sottovalutazione del problema, in larga parte addebitabile al soverchiante interesse suscitato dagli interventi sulla nozione di materia penale della Corte EDU, con il risultato che la Corte costituzionale non ha avvertito la necessità di elaborare criteri autonomi, in ipotesi diversi da quelli Engel, per definire i confini delle garanzie che la Costituzione italiana riserva alla materia penale.

La ricostruzione della giurisprudenza costituzionale sul tema ci consente ora di individuare le *questioni principali* sulle quali ci pare necessario fare chiarezza. Una volta individuate tali questioni, nei capitoli successivi cercheremo di verificare quale contributo alla loro soluzione possa ricavarsi dalla giurisprudenza della Corte EDU (cap. 2), dall'analisi comparata (cap. 3) e dalla dottrina (cap. 4), prima di proporre nell'ultimo capitolo la nostra personale proposta ricostruttiva.

4.1. Una nozione unitaria o differenziata di materia penale

L'analisi appena condotta ha mostrato come i giudici delle leggi attualmente adottino due diverse nozioni di sanzione penale a seconda che si tratti di applicare ad una misura punitiva formalmente non penale le garanzie dell'art. 25 o dell'art. 27 Cost.: mentre le prime sono da estendere, almeno secondo l'indirizzo più recente, a tutte le misure aventi "carattere punitivo-afflittivo", le seconde rimangono ancora oggi limitate alle sanzioni penali in senso stretto.

La Corte costituzionale, quindi, pur non affermandolo esplicitamente, nei fatti ritiene possibile *differenziare i criteri* di delimitazione dell'area della materia penale a seconda delle garanzie penalistiche che si tratti di applicare. È legittima e condivisibile una tale operazione? o invece è necessario fornire una *nozione unitaria* di sanzione penale che sia valida ogniqualvolta si debba decidere se applicare una garanzia costituzionale propria della materia penale ad una misura punitiva non penale?