



**COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA**

**Luca Masera**

# **LA NOZIONE COSTITUZIONALE DI MATERIA PENALE**



**G. Giappichelli Editore – Torino**



COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

---

*Nuova Serie – 13*



Luca Masera

# LA NOZIONE COSTITUZIONALE DI MATERIA PENALE



G. Giappichelli Editore – Torino

© Copyright 2018 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1695-5

*La pubblicazione di questo volume è stata subordinata alla valutazione positiva espressa su di esso da due docenti esterni anonimi, scelti dal Direttore del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia (nella sua qualità di Coordinatore pro-tempore della Collana) secondo il modello della "revisione fra pari in doppio cieco".*

*Il presente volume è pubblicato con il contributo del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Brescia (Fondi Locali della Ricerca).*

*Stampa:* Stampatre s.r.l. - Torino

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail [autorizzazioni@clearedi.org](mailto:autorizzazioni@clearedi.org) e sito web [www.clearedi.org](http://www.clearedi.org).

*A Marianna e Ada,  
con tutto il mio amore*



# INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Introduzione</i>	XIII

## CAPITOLO I

### LA NOZIONE DI MATERIA PENALE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE

1. Premessa	1
2. L'estensione a misure punitive non penali delle garanzie di cui all'art. 25 co. 2 Cost.	3
2.1. Le aperture degli anni Sessanta verso una nozione ampia di materia penale	3
2.2. La quarantennale limitazione dell'art. 25 Cost. alle sole sanzioni formalmente penali	7
2.3. L'apertura della giurisprudenza più recente ad una nozione sostanziale di sanzione penale	8
2.3.1. La sentenza n. 68 del 2017	11
2.3.2. La sentenza n. 109 del 2017	12
2.3.3. La sentenza n. 43 del 2017	14
2.3.4. Brevi considerazioni di sintesi	16
3. La (mancata) estensione a misure punitive non penali delle garanzie di cui all'art. 27 Cost.	16
4. Questioni problematiche e linee di sviluppo della ricerca	19
4.1. Una nozione unitaria o differenziata di materia penale	20
4.2. La nozione costituzionale di materia penale è diversa da quella convenzionale?	21
4.3. La graduabilità delle garanzie ed il "nucleo duro" della materia penale	22

## CAPITOLO II

### LA NOZIONE DI MATERIA PENALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

1. Premessa	25
-------------	----

	<i>pag.</i>
2. I <i>leading cases</i> della Corte EDU	29
2.1. La sentenza <i>Engel</i> (1976)	29
2.1.1. I fatti	29
2.1.2. La violazione dell'art. 5 CEDU	29
2.1.3. La violazione dell'art. 6 CEDU e la nozione di materia penale	31
2.1.4. Le opinioni separate	34
2.1.5. Spunti di riflessione	35
2.2. La sentenza <i>Öztürk</i> (1984)	37
2.2.1. Premessa	37
2.2.2. La vicenda	37
2.2.3. La decisione della Corte e la nozione di materia penale	38
2.2.4. Le opinioni separate	42
2.2.5. Spunti di riflessione	44
2.3. La sentenza <i>Jussila</i> (2006)	47
2.3.1. Premessa	47
2.3.2. La vicenda	47
2.3.3. I criteri <i>Engel</i> nella materia fiscale	48
2.3.4. Le garanzie convenzionali ed il "nocciolo duro" della materia penale	50
2.3.5. Le opinioni separate	52
2.3.6. Spunti di riflessione	53
2.4. Conclusioni provvisorie e sviluppo del lavoro	55
3. Il secondo criterio <i>Engel</i> : la natura dell'illecito	57
3.1. Premessa	57
3.2. La teleologia dell'illecito penale convenzionale	58
3.2.1. Premessa	58
3.2.2. Finalità punitiva vs. finalità preventiva	59
3.2.3. Finalità punitiva vs. finalità riparatoria	66
3.2.4. Altre finalità estranee all'illecito penale convenzionale	67
3.2.5. La compresenza di più finalità	69
3.2.6. Considerazioni conclusive sulla teleologia dell'illecito penale convenzionale	70
3.3. Gli altri elementi rilevanti per determinare la natura penale dell'illecito	74
3.3.1. L'applicabilità generale della norma	74
3.3.2. L'argomento comparatistico	76
3.3.3. Il legame della misura con un procedimento penale	78
4. Il terzo criterio <i>Engel</i> : la gravità della sanzione	80
4.1. La natura quantitativa del criterio	80
4.2. La rilevanza generale del criterio e la centralità dell'incidenza della misura sulla libertà personale	82
4.3. La natura sussidiaria del terzo criterio <i>Engel</i> , e la sua centralità politico-criminale	86
5. La nozione di materia penale rispetto a ciascuna delle garanzie convenzionali	89
5.1. La nozione di materia penale nell'ambito dell'art. 7 CEDU	90

	<i>pag.</i>
5.1.1. Il <i>leading case Welch</i> ed il criterio del collegamento con un procedimento penale	90
5.1.2. Norme penali sostanziali vs. norme processuali o incidenti sulle modalità di esecuzione della pena	92
5.2. La nozione di materia penale nell'ambito dell'art. 4 Prot. 7 CEDU	98
5.3. La nozione di materia penale nell'ambito dell'art. 2 Prot. 7 CEDU	105
5.4. Conclusioni	106
6. Un "nucleo duro" del diritto penale?	108
7. Sintesi conclusiva	109

### CAPITOLO III

#### LA NOZIONE DI MATERIA PENALE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE DI GERMANIA, STATI UNITI E SPAGNA

1. Premessa	111
2. La nozione di materia penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca	112
2.1. Il principio di legalità (art. 103 co. 2 GG)	112
2.2. Il principio del <i>ne bis in idem</i> (art. 103 co. 3 GG)	115
2.3. Il principio di colpevolezza	116
2.4. La presunzione di innocenza	118
2.5. Spunti di riflessione	120
3. La nozione di materia penale nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti	122
3.1. La <i>due process clause</i> (V Emendamento)	122
3.2. La <i>double jeopardy clause</i> (V Emendamento)	124
3.3. Il principio di irretroattività (art. 1 Cost.)	129
3.4. L' <i>excessive fine clause</i> (VIII Emendamento)	132
3.5. Spunti di riflessione	135
4. La nozione di materia penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale spagnola	135
4.1. Le garanzie sostanziali di cui all'art. 25 della Costituzione spagnola	135
4.1.1. Le garanzie della <i>legalidad sancionadora</i>	136
4.1.2. Le <i>sanciones encubiertas</i>	139
4.2. Le garanzie procedurali di cui all'art. 24 della Costituzione spagnola	140
4.3. Spunti di riflessione	144

## CAPITOLO IV

L'AMBITO DI APPLICABILITÀ DELLE GARANZIE  
COSTITUZIONALI DELLA MATERIA PENALE  
NELLA DOTTRINA ITALIANA

1. Premessa	145
2. La dottrina pre-codicistica: i caratteri differenziali tra illecito penale ed illecito amministrativo	147
3. La dottrina del dopoguerra: la nozione formale e la nozione costituzionale di illecito penale	149
4. La dottrina degli anni Settanta ed Ottanta: la nozione sostanziale di reato nel contesto della depenalizzazione	154
5. Il dibattito sull'ambito di applicabilità delle garanzie costituzionali della materia penale nei lavori meno recenti	158
5.1. Il <i>seminal article</i> di Nuvolone (1968)	159
5.2. Gli autori favorevoli all'estensione delle garanzie penalistiche all'illecito amministrativo depenalizzato	161
5.2.1. La tesi di Siniscalco (1983)	163
5.2.2. La tesi di M.A. Sandulli (1983)	164
5.2.3. Cenni ad altri autori	166
5.3. Gli autori contrari all'estensione delle garanzie penalistiche all'illecito amministrativo depenalizzato	168
5.3.1. Alcuni interventi a cavallo della depenalizzazione	168
5.3.2. Il lavoro di Paliero e Travi (1988)	170
5.3.3. I contributi degli anni Novanta	173
5.4. Le garanzie penalistiche e la loro applicabilità ad altre misure afflittive diverse dalla sanzione amministrativa	175
5.4.1. Le misure di prevenzione	176
5.4.2. Le sanzioni disciplinari	178
5.4.3. Le diverse ipotesi di confisca: cenni	179
6. Le garanzie costituzionali della materia penale nella dottrina più recente	181
6.1. Le tesi contrarie o perplesse rispetto all'estensione	181
6.2. Le tesi favorevoli all'estensione	185
6.2.1. La tesi dei "cerchi concentrici" di Viganò	186
6.2.2. I "cerchi concentrici" nella ricostruzione di Manes	188
6.2.3. La tesi di F. Mazzacuva e la nozione di materia penale "a geometria variabile"	190

## CAPITOLO V

DECOSTRUZIONE E RICOSTRUZIONE IN CHIAVE  
GARANTISTA DELLA NOZIONE DI MATERIA PENALE

1. Premessa	193
2. Le diverse possibili accezioni di materia penale	195

	<i>pag.</i>
2.1. La nozione formale di materia penale come criterio intra-sistemico di individuazione della disciplina applicabile	195
2.2. La nozione sostanziale di materia penale come strumento di valutazione delle scelte di incriminazione del legislatore	198
2.3. La nozione sovra-legale di materia penale come strumento di effettiva tutela delle garanzie individuali da “frodi delle etichette”	201
3. La struttura della nozione costituzionale di materia penale	205
3.1. La nozione differenziata di materia penale a seconda della <i>ratio</i> della garanzia da applicare	205
3.2. I criteri più rilevanti nel giudizio circa l’ambito di applicabilità delle diverse garanzie	210
3.2.1. Il criterio della finalità punitiva della misura: precisazioni e spunti critici	211
3.2.2. Il criterio della gravità della misura e <i>l’argumentum libertatis</i>	217
3.3. Il “nucleo duro” delle misure afflittive e delle garanzie	226
3.3.1. I cerchi concentrici del sistema afflittivo	227
3.3.2. La graduabilità delle garanzie sovra-legali	229
4. Conclusioni	234
4.1. Sintesi delle tesi principali	236
4.2. La nozione di materia penale rispetto alle singole garanzie costituzionali: cenni	238
4.2.1. Il principio di irretroattività	238
4.2.2. Il principio di precisione-prevedibilità	241
4.2.3. Il principio della riserva di legge	243
4.2.4. Il principio di personalità della responsabilità penale	244
4.2.5. Il principio di colpevolezza	245
4.2.6. Il principio della finalità rieducativa della pena	245
4.2.7. I principi di offensività ed <i>extrema ratio</i>	246
4.2.8. Il principio di retroattività <i>in mitius</i>	247
4.2.9. Le garanzie procedurali	248
4.2.10. L’obbligatorietà dell’azione penale	250
 <i>Bibliografia</i>	 251



## 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 fondamentali<sup>1</sup>. 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-

---

<sup>1</sup> 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 procedurali 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 vasto<sup>1</sup>: 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.

---

<sup>1</sup> 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 espressamente<sup>2</sup> 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*<sup>3</sup>. 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"<sup>4</sup>, 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-

---

<sup>2</sup> 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').

<sup>3</sup> 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").

<sup>4</sup> 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 penale<sup>5</sup>. Tale logica, tuttavia, appare viziata da un’evidente inversione metodologica<sup>6</sup>. 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-

---

<sup>5</sup> 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”.

<sup>6</sup> 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*<sup>7</sup>, trova invece una conferma più esplicita pochi anni dopo<sup>8</sup>. 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.<sup>9</sup>. 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"<sup>10</sup>.

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.

---

<sup>7</sup> 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.).

<sup>8</sup> C. cost. 78/67.

<sup>9</sup> "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".

<sup>10</sup> § 4 del "considerato in diritto".

Il decennio si conclude con un'altra decisione importante<sup>11</sup>, 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*"<sup>12</sup>. 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"<sup>13</sup>. 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"<sup>14</sup>.

Proprio tale ultima affermazione, più che la scontata distinzione tra

---

<sup>11</sup> C. cost., 53/68.

<sup>12</sup> § 1 del "considerato in diritto".

<sup>13</sup> *Ibidem*.

<sup>14</sup> § 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 precedenti<sup>15</sup>, 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 tassatività<sup>16</sup>; dell'*ordine di demolizione* di un fabbri-

---

<sup>15</sup> 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*".

<sup>16</sup> 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 retroattiva<sup>17</sup>; degli *illeciti amministrativi* di cui alla l. 689/81<sup>18</sup> o alla legislazione regionale<sup>19</sup>, rispetto ai quali le esigenze di legalità sono comunque tutelate ai sensi degli artt. 23 e 97 Cost.<sup>20</sup>; 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)<sup>21</sup>; delle *sanzioni disciplinari militari* punibili con la perdita del grado e la rimozione<sup>22</sup>.

### 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 2009<sup>23</sup>, 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 remissione 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").

<sup>17</sup> 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").

<sup>18</sup> 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.

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

<sup>20</sup> 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".

<sup>21</sup> C. cost. 541/88 (ord.).

<sup>22</sup> C. cost. 356/95.

<sup>23</sup> 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"<sup>24</sup>. 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 successivo<sup>25</sup>, 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 sicurezza<sup>26</sup>, 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"<sup>27</sup>. 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

---

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

<sup>25</sup> 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.

<sup>26</sup> 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".

<sup>27</sup> § 3.1.5 del "considerato in diritto".

Cost. la sua applicazione retroattiva<sup>28</sup>, 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*”<sup>29</sup>.

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 conio<sup>30</sup>.

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

<sup>28</sup> 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.

<sup>29</sup> *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.

<sup>30</sup> 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 funzioni<sup>31</sup>.

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 caso<sup>32</sup> 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 introduzione<sup>33</sup>: 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"<sup>34</sup>. Nel caso di specie, tuttavia, la Corte ritiene

---

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> 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.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> § 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 finale<sup>35</sup>, 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 successiva<sup>36</sup>. 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-

---

<sup>35</sup> 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).

<sup>36</sup> 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*<sup>37</sup> 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*"<sup>38</sup>.

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 inammissibilità<sup>39</sup>. 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-

---

<sup>37</sup> Corsivo nostro.

<sup>38</sup> § 3.1 del "considerato in diritto".

<sup>39</sup> 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 leggi<sup>40</sup>.

### 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 caso<sup>41</sup> 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"<sup>42</sup>.

Il passaggio della motivazione è breve (lo abbiamo anche in questo caso riportato integralmente), ma davvero denso di spunti. La Corte<sup>43</sup> non

---

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

<sup>41</sup> 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.

<sup>42</sup> § 4.3 del "considerato in diritto".

<sup>43</sup> 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. 3<sup>44</sup>.

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-

---

<sup>44</sup> 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"<sup>45</sup>.

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 giudiziario<sup>46</sup>; 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"<sup>47</sup>.

Dopo alcune decisioni del decennio successivo che confermano la non applicabilità dell'art. 27 co. 3 alle misure di sicurezza<sup>48</sup>, 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 motivazione<sup>49</sup>.

Nell'unica sentenza di questo periodo<sup>50</sup> 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-

---

<sup>45</sup> C. Cost. 23/64.

<sup>46</sup> C. cost. 68/67.

<sup>47</sup> *Ibidem*.

<sup>48</sup> 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.

<sup>49</sup> 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.).

<sup>50</sup> 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"<sup>51</sup>.

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.<sup>52</sup>.

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 interpretativo<sup>53</sup>.

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-

---

<sup>51</sup> § 4 del "considerato in diritto".

<sup>52</sup> 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.

<sup>53</sup> 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*”<sup>54</sup>.

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

---

<sup>54</sup> 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?

La Corte EDU, come vedremo in dettaglio nel prossimo capitolo, pare propendere per la soluzione unitaria. In svariate occasioni i giudici di Strasburgo hanno utilizzato i criteri Engel, elaborati per la prima volta in una vicenda che riguardava l'applicabilità dell'art. 6 CEDU, anche quando si tratta di definire la nozione di materia penale ai fini del riconoscimento di tutte le altre garanzie proprie di tale materia, ed in particolare quelle di cui all'art. 7 e 4 Prot. 7. Ancora di recente, in occasione della decisione di un ricorso riguardante proprio quest'ultima disposizione, la Grande camera della Corte EDU ha ribadito tale soluzione, respingendo le sollecitazioni ad adottare in relazione alla garanzia del *ne bis in idem* una nozione di materia penale più ristretta rispetto ai criteri Engel.

Tale orientamento dei giudici europei non è vincolante ai fini della elaborazione della nozione costituzionale di materia penale, che è interamente nelle mani dei nostri giudici costituzionali. Ma la circostanza che ai fini del riconoscimento delle garanzie convenzionali la Corte EDU adotti una nozione unitaria di sanzione penale, mentre di fatto la nostra Corte costituzionale si muova in una prospettiva differenziata, senza peraltro motivarla, rende evidente l'urgenza di una specifica riflessione sul punto.

#### 4.2. La nozione costituzionale di materia penale è diversa da quella convenzionale?

Una volta chiarito se si ritenga di adottare una sola o diverse nozioni di materia penale, il secondo passaggio decisivo sarà quello di definire in termini più nitidi degli attuali le ragioni per cui si ritenga di superare la nozione formale di sanzione penale, e soprattutto che cosa con precisione si intenda, a livello costituzionale, per materia penale in senso lato.

Il primo profilo ci pare tutto sommato il più semplice, non essendo difficili da individuare le ragioni per cui, almeno in relazione ad alcune garanzie penalistiche "primordiali" come il principio di irretroattività, sia inammissibile che il legislatore, mediante la qualificazione come non penale di una misura afflittiva, possa sottrarla a propria discrezione alle garanzie costituzionali della materia penale.

Attribuire ai giudici costituzionali la potestà di riconoscere tali garanzie anche al di fuori della materia penale in senso stretto ci pare una conclusione quasi obbligata se si vuole evitare una clamorosa *frode delle etichette*; ma rimane il problema di definire i criteri per individuare le misure cui riconoscere lo *status* di sanzioni penali in senso lato.

A differenza della Corte EDU con i criteri Engel, la Corte costituzionale non si è sinora dotata di alcuna chiara criteriologia della sanzione penale. Come abbiamo visto sopra, le recenti decisioni che estendono la portata delle garanzie di cui all'art. 25 Cost. oltre i confini della materia penale in senso stretto, si sono limitate a predicare l'applicazione di tali garanzie a

tutte le misure che abbiano carattere “afflittivo-punitivo”, perseguendo una finalità non preventiva, ma sanzionatoria.

Rispetto alla nozione convenzionale di sanzione penale, dunque, la nozione costituzionale pare più ristretta, posto che alla luce del terzo criterio Engel (attinente alla gravità della sanzione) una misura deve definirsi penale anche quando non abbia finalità punitiva, ma attinga un particolare livello di afflittività, mentre secondo la nozione costituzionale la finalità punitiva è un carattere indefettibile della sanzione penale.

I nostri giudici delle leggi, con lo sbrigativo riferimento al carattere afflittivo-punitivo, hanno davvero voluto prendere le distanze dalla criteriologia europea? Leggendo le motivazioni delle sentenze, che a sostegno dell’ampliamento della nozione costituzionale di materia penale si richiamano costantemente alla giurisprudenza della Corte EDU, non pare affatto che vi sia la volontà di segnare una distanza dalla criteriologia europea; al contrario, l’esclusivo riferimento alla finalità punitiva delle sanzioni penali in senso lato, più che una presa di distanza, pare piuttosto una (imprecisa) sineddoche per richiamare proprio i criteri europei.

Insomma, nulla vieta ai nostri giudici di adottare una nozione costituzionale di sanzione penale diversa e più ristretta di quella convenzionale, ma ciò non può che avvenire all’esito di un percorso motivazionale che giustifichi una tale opzione.

#### 4.3. *La graduabilità delle garanzie ed il “nucleo duro” della materia penale*

Infine, rimane da chiarire un punto, sul quale già si è espressa la Corte EDU. Una volta qualificata una misura punitiva come convenzionalmente penale, è necessario riconoscerle le garanzie della materia penale esattamente come se si trattasse di una misura penale anche in senso formale, oppure è possibile che almeno alcune di queste garanzie si applichino in modo meno rigoroso in relazione alle misure formalmente non penali? La Corte EDU, in un’importante sentenza della Grande Camera che avremo modo di analizzare da vicino, prende avvio dalla constatazione che l’applicazione dei criteri Engel conduce a qualificare come penali anche illeciti che si collocano al di fuori del “nucleo duro” del diritto penale, e ritiene che per tali illeciti le garanzie convenzionali (nel caso di specie si trattava delle garanzie del giusto processo di cui all’art. 6 CEDU) possano non applicarsi “in tutto il loro rigore”<sup>55</sup>.

La Corte costituzionale non ha mai affrontato *ex professo* il problema della graduabilità delle garanzie penalistiche in relazione alle sanzioni non formalmente penali. Abbiamo visto sopra come una decisione recentissima abbia cursoriamente affermato la possibilità di applicare a tali sanzio-

---

<sup>55</sup> Corte EDU, GC, 23.11.2006, *Jussila c. Finlandia*.

ni solo “il contenuto essenziale del precetto costituzionale” di cui all’art. 25 co. 2, identificato nel principio di irretroattività<sup>56</sup>. Esiste allora, anche in prospettiva costituzionale, la possibilità di una graduazione delle garanzie in relazione alle misure che giacciono al di fuori del “nucleo duro” del diritto punitivo? E tale nucleo è rappresentato da ciò che formalmente il legislatore definisce come penale, o rilevano altri criteri, quali ad esempio il reale contenuto afflittivo della misura?

---

<sup>56</sup> C. cost. 43/17, *loc. cit.*



## CAPITOLO II

# LA NOZIONE DI MATERIA PENALE NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. I *leading cases* della Corte EDU. – 2.1. La sentenza *Engel* (1976). – 2.1.1. I fatti. – 2.1.2. La violazione dell'art. 5 CEDU. – 2.1.3. La violazione dell'art. 6 CEDU e la nozione di materia penale. – 2.1.4. Le opinioni separate. – 2.1.5. Spunti di riflessione. – 2.2. La sentenza *Öztürk* (1984). – 2.2.1. Premessa. – 2.2.2. La vicenda. – 2.2.3. La decisione della Corte e la nozione di materia penale. – 2.2.4. Le opinioni separate. – 2.2.5. Spunti di riflessione. – 2.3. La sentenza *Jussila* (2006). – 2.3.1. Premessa. – 2.3.2. La vicenda. – 2.3.3. I criteri Engel nella materia fiscale. – 2.3.4. Le garanzie convenzionali ed il “nocciolo duro” della materia penale. – 2.3.5. Le opinioni separate. – 2.3.6. Spunti di riflessione. – 2.4. Conclusioni provvisorie e sviluppo del lavoro. – 3. Il secondo criterio Engel: la natura dell'illecito. – 3.1. Premessa. – 3.2. La teleologia dell'illecito penale convenzionale. – 3.2.1. Premessa. – 3.2.2. Finalità punitiva vs. finalità preventiva. – 3.2.3. Finalità punitiva vs. finalità riparatoria. – 3.2.4. Altre finalità estranee all'illecito penale convenzionale. – 3.2.5. La compresenza di più finalità. – 3.2.6. Considerazioni conclusive sulla teleologia dell'illecito penale convenzionale. – 3.3. Gli altri elementi rilevanti per determinare la natura penale dell'illecito. – 3.3.1. L'applicabilità generale della norma. – 3.3.2. L'argomento comparatistico. – 3.3.3. Il legame della misura con un procedimento penale. – 4. Il terzo criterio Engel: la gravità della sanzione. – 4.1. La natura quantitativa del criterio. – 4.2. La rilevanza generale del criterio e la centralità dell'incidenza della misura sulla libertà personale. – 4.3. La natura sussidiaria del terzo criterio Engel, e la sua centralità politico-criminale. – 5. La nozione di materia penale rispetto a ciascuna delle garanzie convenzionali. – 5.1. La nozione di materia penale nell'ambito dell'art. 7 CEDU. – 5.1.1. Il *leading case Welch* ed il criterio del collegamento con un procedimento penale. – 5.1.2. Norme penali sostanziali vs. norme processuali o incidenti sulle modalità di esecuzione della pena. – 5.2. La nozione di materia penale nell'ambito dell'art. 4 Prot. 7 CEDU. – 5.3. La nozione di materia penale nell'ambito dell'art. 2 Prot. 7 CEDU. – 5.4. Conclusioni. – 6. Un “nucleo duro” del diritto penale? – 7. Sintesi conclusiva.

### 1. Premessa

Il primo orizzonte di ricerca, verso il quale orientare l'attenzione per trovare risposta alle domande che abbiamo posto in chiusura del capitolo

precedente, non può che consistere in un'attenta analisi delle soluzioni adottate al riguardo nella giurisprudenza della Corte EDU<sup>1</sup>.

Non si tratta, è bene ribadirlo, di soluzioni vincolanti nella prospettiva che stiamo seguendo. La nozione convenzionale di materia penale assume rilievo come indiretto parametro di costituzionalità in relazione all'art. 117 Cost., ma in ordine all'estensione da attribuire alle garanzie costituzionali proprie della materia penale, il giudice nazionale è libero di adottare la nozione di materia penale che ritenga più coerente con il sistema interno nel suo complesso e con la singola disposizione costituzionale interessata. Ciò non toglie che verificare da vicino se e come la Corte EDU abbia fornito una risposta alle questioni ancora lasciate inevase dalla nostra Corte costituzionale, possa senz'altro risultare di grande interesse ai fini della nostra ricerca, considerato come il grado di approfondimento della questione nella giurisprudenza della Corte EDU non sia neppure paragonabile a quello che è dato riscontrare nella giurisprudenza della nostra Corte Costituzionale, o, come vedremo nel prossimo capitolo, delle Corti supreme in sistemi a noi vicini.

D'altra parte, il tema della nozione convenzionale di materia penale viene solitamente affrontato dalla dottrina all'interno di lavori dedicati ad altre questioni (le ipotesi più frequenti sono quelle di lavori sul *ne bis in idem* o sul principio di legalità in cui viene discussa incidentalmente la questione in esame), mentre sono ancora rari i contributi ad esso specificamente dedicati<sup>2</sup>. Per questo, ci pare quanto mai opportuno nella prospet-

---

<sup>1</sup> Non procederemo invece ad analizzare la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, in quanto in relazione alla nozione di materia penale qui allo studio si limita ad aderire alla nozione convenzionale, senza fornire spunti di particolare interesse nella nostra prospettiva di ricerca: per un'analisi di tale giurisprudenza, cfr. per tutti F. CONSULICH, *'Materia penale' e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europea (Il paradigma sanzionatorio tra definizioni formali e definizioni sostanziali)*, in *Riv. it. dir. pen. ec.*, 2006, p. 65 ss. e F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 95 ss.

<sup>2</sup> Di recente, il tema è stato oggetto di specifica attenzione in particolare in V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 988 ss.; F. MAZZACUVA, *La materia penale ed il 'doppio binario' della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1899 ss. (le citazioni saranno dalla versione on-line del lavoro); F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, 2015, p. 1 ss. Per le opere di commento articolo per articolo alla Convenzione, cfr. per tutti il commento agli artt. 6, 7, 2 e 4 Prot. 7 nel *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di BARTOLE-DE SENA-ZAGREBELSKY, 2012 (le singole voci sono rispettivamente l'art. 6 di R. CHENAL e A. TAMIETTI, l'art. 7 di V. MANES, l'art. 2 Prot. 7 di S. TESORIERO e l'art. 4 Prot. 7 di S. ALLEGREZZA) e in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di UBERTIS-VIGANÒ, 2016 (il commento dell'art. 6 è di S. BUZZELLI, R. CASIRAGHI, F. CASSIBBA, P. CONCOLINO, L. PRESSACCO, quello dell'art. 7 di F. MAZZACUVA, dell'art. 2 Prot. 7 di S. LONGO, dell'art. 4 Prot. 7 di E.M. MANCUSO e F. VIGANÒ). Per i commenti alla Convenzione in lingua inglese, cfr. in particolare FITZMAURICE-MERKOURIS (a cura di), *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights – Legal and Practical Implications*, 2013; GARCIA-SANTOLAYA (a cura di), *Eu-*

tiva di delineare una nozione *costituzionale* di materia penale procedere anzitutto ad una ricognizione sistematica della giurisprudenza di Strasburgo, che non può non costituire l'ideale parametro di riferimento della nozione qui allo studio.

A) Il nostro percorso prenderà avvio dallo studio di tre pronunce della Grande Camera (a partire ovviamente dalla sentenza *Engel* del 1976), che hanno per varie ragioni segnato altrettanti *turning points* negli indirizzi della Corte riguardo alla questione.

Per comprendere la portata astratta di categorie concettuali di matrice pretoria è sempre utile avere sotto gli occhi le vicende che hanno portato alla pronuncia del (o dei) *leading case(s)*; se ciò è vero in generale, lo è ancora di più per la giurisprudenza di Strasburgo, che come noto si caratterizza sin dalle origini per un approccio anti-formalista ed attento alle peculiarità della vicenda concreta. Il lettore allora ci perdonerà se dedicheremo molto spazio a ricostruire in modo dettagliato le argomentazioni di tali provvedimenti; ci pare questa la strada migliore per iniziare a comprendere la genesi ed il significato non solo sistematico, ma anche in termini di politica giudiziaria delle categorie teoriche che andremo poi meglio ad analizzare.

B) Alla luce delle indicazioni fornite dai *leading cases*, proveremo a descrivere l'*esatto perimetro* che la giurisprudenza della Corte EDU attribuisce alla *materia penale convenzionale*.

Il richiamo ai criteri *Engel*, spesso invocati per esaurire sbrigativamente la questione, non sarà che il punto di partenza della ricerca. Andando oltre la formulazione stereotipata e semplificata di tali criteri, è facile infatti avvedersi come la giurisprudenza della Corte EDU sia tutt'altro che di semplice decifrazione<sup>3</sup>.

Innanzitutto è meritevole di approfondimento il *contenuto del secondo criterio Engel*, attinente alla natura dell'illecito: oltre al canone più ricorrente della finalità punitiva e non preventiva, nel corso degli anni la giuri-

---

*rope of Rights: a Compendium on the European Convention of Human Rights*, 2012; HARRIS-O'BOYLE-WARBRICK, (a cura di), *Law of the European Convention on Human Rights*, II ed., 2009; W.A. SCHABAS, *The European Convention on Human Rights – A commentary*, 2015. Per i lavori dedicati al tema generale dei rapporti tra diritto penale e CEDU, cfr. in particolare E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, 2006 e C.E. PALIERO-F. VIGANÒ (a cura di), *Europa e diritto penale*, 2013.

<sup>3</sup> Per la (sconsolata) sottolineatura della "labile indicatività dei criteri Engel", che "sembrano sapientemente congegnati in modo da poter giustificare la soluzione che meglio si addice al caso da risolvere, senza una reale previa 'predicabilità dell'approdo", cfr. M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1 ss., nota 22, secondo cui conclusivamente "la 'materia penale' che ne risulta è sì funzionale a un positivo ampliamento degli spazi di garanzia per il cittadino, ma ciò avviene nei fatti a scapito della stabilità di indici, strutture e rapporti punitivi da tempo consolidati nei diritti nazionali dei diversi Stati".

sprudenza ha ricondotto a tale criterio una serie di parametri tra loro anche assai eterogenei, che sarà necessario analizzare singolarmente, per valutarne il fondamento e la reale portata applicativa.

Un'altra questione non semplice riguarda poi i *rapporti da stabilire tra il secondo ed il terzo criterio Engel*, attinente alla gravità della sanzione; la Corte EDU ne esclude recisamente e costantemente la cumulatività (nel senso che non è necessario ricorrano entrambi perché una misura possa qualificarsi come penale), ma in diverse occasioni afferma che, nei casi dubbi circa la natura penale della misura ai sensi dell'uno o dell'altro, sia possibile procedere ad una valutazione complessiva che tenga conto di entrambi i criteri tra loro combinati. Dal che la domanda se il giudizio sulla natura penale rappresenti l'esito di due distinte operazioni logiche attinenti l'una alla natura dell'illecito e l'altra alla gravità della sanzione, o se piuttosto costituisca il risultato di un giudizio olistico sulla qualità complessiva della risposta afflittiva predisposta dall'ordinamento con quella specifica misura.

Una giurisprudenza casistica come quella di Strasburgo non può essere affrontata solo con un approccio dogmatico, che si ponga alla ricerca di un rigore concettuale e definitorio difficile (se non impossibile) da riscontrare; sicché la nostra attenzione sarà costantemente rivolta anche alle vicende concrete che hanno fatto da sfondo alle diverse pronunce della Corte.

C) Una volta ricostruita la reale ampiezza della nozione di materia penale secondo la Corte EDU, esamineremo i percorsi argomentativi che hanno condotto la Corte a farne un'applicazione *in sostanza uniforme* rispetto a tutte le garanzie penalistiche presenti nella Convenzione e nei suoi protocolli.

In verità, il lettore ricorderà che nel percorso di ricerca ipotizzato nel primo capitolo, la domanda circa la natura unitaria o differenziata (a seconda delle garanzie) della nozione costituzionale di materia penale, precede, e non segue, quella dell'individuazione dei contorni di tale nozione; secondo una corretta scansione logica del ragionamento, infatti, prima si deve verificare se si intenda adottare una sola o più nozioni di materia penale, e poi interrogarsi circa il suo, o il loro, esatto contenuto, posto che in caso di risposta nel senso della pluralità di nozioni la soluzione dovrà essere differenziata a seconda della garanzia di cui è in gioco l'applicazione.

Nella ricostruzione della giurisprudenza della Corte EDU che seguirà, abbiamo tuttavia ritenuto di *invertire l'ordine di analisi* delle questioni, in quanto la Corte (salvo isolate eccezioni) adotta una nozione in sostanza unitaria di materia penale rispetto a tutte le garanzie penalistiche, sia sostanziali che processuali, ed in tale contesto risulta più agevole verificare prima il contenuto di tale nozione unitaria, e poi cercare di comprendere le ragioni dell'opzione monistica, che meglio possono essere comprese qualora già sia stato definito il contenuto della nozione stessa.

D) Da ultimo vedremo in che termini trovi corrispondenza nella giuri-

sprudenza della Corte EDU l'orientamento della nostra Corte costituzionale, per la verità al momento ancora solo embrionale, secondo cui sarebbe possibile procedere ad una graduazione delle garanzie penalistiche, che dovrebbero essere applicate in tutto il loro rigore solo in relazione alla materia penale in senso stretto<sup>4</sup>.

Nella giurisprudenza europea è stata sostenuta l'idea di una graduabilità delle garanzie a seconda che la misura (pure formalmente penale ai sensi dei criteri Engel) rientri o meno in un "nucleo duro" dell'illecito punitivo; analizzeremo la sentenza più significativa di tale orientamento, e vedremo quali indicazioni se ne possano trarre al fine di una migliore comprensione di tale nozione anche in chiave costituzionale.

## 2. I leading cases della Corte EDU

### 2.1. La sentenza Engel (1976)

#### 2.1.1. I fatti

I ricorrenti erano cinque soldati e sotto-ufficiali di leva dell'esercito olandese, che erano stati condannati a *sanzioni in vario modo incidenti sulla libertà personale* per avere commesso *infrazioni disciplinari* di diversa natura; le decisioni, contestate secondo i mezzi di impugnazione disponibili, erano poi state definitivamente confermate dalla alta corte militare. Tutti i ricorrenti invocavano tanto la violazione dell'art. 5 CEDU, quanto del *volet pénal* dell'art. 6.

#### 2.1.2. La violazione dell'art. 5 CEDU

Per quanto concerne la prima allegazione, la sentenza parte dall'assunto che la disciplina militare non è sottratta all'ambito applicativo dell'art. 5, la cui enumerazione delle ipotesi consentite di privazione di libertà deve ritenersi esaustiva. Ciò non toglie che i peculiari vincoli cui sono soggetti i militari fanno sì che una misura, che per un civile verrebbe considerata come privazione di libertà ai sensi dell'art. 5, possa essere ritenuta estranea a tale norma se applicata ad un militare; una misura disciplinare militare rientrerà nell'area di applicabilità delle garanzie di cui all'art. 5 solo se – per le sue concrete caratteristiche di natura, durata, effetti e modalità di esecuzione della misura – “si traduce in restrizioni che si discostano significativamente dalle condizioni di vita normali all'interno delle Forze armate dei singoli Stati”<sup>5</sup>.

---

<sup>4</sup> Cfr. *supra*, cap. 1 § 4.3.

<sup>5</sup> Corte Edu, (Plenaria), 8.6.1976, *Engel et al. c. Paesi Bassi*, § 59: “*Une sanction ou mesure*

Sulla base di tale premessa, la Corte distingue tra le diverse forme di sanzioni militari cui erano stati sottoposti i ricorrenti. Gli “arresti semplici” e gli “arresti aggravati” – i primi consistenti nel divieto di lasciare la caserma dopo il turno di servizio, ed i secondi nell’obbligo di trascorrere le ore fuori servizio in un locale predisposto allo scopo – non configurano una vera e propria detenzione, e non rientrano quindi nelle misure riconducibili all’art. 5. Diversa è la conclusione della Corte rispetto agli “arresti provvisori di rigore” (misura peraltro già abolita al momento della decisione), che consistevano nella detenzione notte e giorno in una cella, ed alla misura dell’“assegnazione ad una unità disciplina” (anch’essa non più vigente), che si traduceva nell’internamento per un periodo da tre a sei mesi in uno stabilimento destinato anche all’esecuzione delle sanzioni penali militari: in relazione ad entrambe le misure, e malgrado rispetto agli arresti provvisori subiti da un ricorrente la Corte sottolinei la breve durata in concreto della privazione di libertà (3 giorni), i giudici ritengono applicabile l’art. 5.

Si tratta a questo punto di verificare se le misure in questione rientrino nelle ipotesi tassative in cui il § 1 di tale disposizione consente la privazione della libertà. Per quanto concerne la misura più grave, la Corte la ritiene riconducibile alla lett. a)<sup>6</sup>, che non opera alcuna distinzione a seconda della natura penale o disciplinare dell’illecito per cui è stata disposta la detenzione; in ordine poi al requisito della pronuncia della condanna da parte di un “tribunale competente”, la Corte ritiene che l’Alta corte militare olandese (sino alla cui decisione l’applicazione della misura era rimasta sospesa) possedesse le caratteristiche di imparzialità ed indipendenza inerenti alla nozione di “tribunale” come concepita in sede convenzionale (la Corte ha cura di precisare che le garanzie procedurali da riconoscere ai sensi dell’art. 5 non coincidono con quelle previste per il *volet pénal* dell’art. 6).

La soluzione è diversa riguardo alla misura dell’arresto di rigore, rispetto al quale l’impugnazione del provvedimento non aveva effetto sospensivo della misura applicata in via provvisoria dal superiore gerarchico del militare. La Corte esclude recisamente che tale situazione sia riconducibile alle ipotesi di cui alla lett. a); nega altresì la possibilità di sussumerla nelle ipotesi di cui alla lett. b) dell’art. 5 §1<sup>7</sup>, posto che la misura aveva

---

*disciplinaire qui s’analyserait sans conteste en une privation de liberté si on l’appliquait à un civil peut ne pas en avoir le caractère si on l’inflige à un militaire. Elle n’échappe cependant pas à l’art. 5 quand elle se traduit par des restrictions s’écartant nettement des conditions normales de vie au sien des forces armées des Etats contractant”.*

<sup>6</sup> Art. 5 § 1 CEDU: “Ogni persona ha diritto alla libertà ed alla sicurezza. Nessuno può essere privato della libertà, se non nei casi seguenti e nei modi previsti dalla legge: a) se è detenuto regolarmente in seguito a condanna da parte di un tribunale competente; (...)”.

<sup>7</sup> Art. 5 § 1 lett. b.: “se si trova in regolare stato di arresto o di detenzione per violazione di un provvedimento emesso, conformemente alla legge, da un tribunale o alla scopo di garantire l’esecuzione di un obbligo prescritto dalla legge”.

una preminente finalità repressiva<sup>8</sup>; e reputa se mai riferibile la misura ai casi della prima parte della lett. c)<sup>9</sup>, alla cui riconducibilità comunque osta il fatto che l'arresto non fosse stato disposto in vista della presentazione davanti ad una autorità giudiziaria. Oltre a non essere riconducibile alle ipotesi tassative di cui all'art. 5 § 1, la misura era in contrasto con tale disposizione anche in ordine all'ulteriore requisito della conformità alla legge nazionale, posto che il soggetto era stato sottoposto alla misura per una durata superiore a quella massima di ventiquattro ore fissata dalla normativa. In relazione alla sola misura dell'arresto provvisorio di rigore, la Corte ritiene quindi violato l'art. 5 § 1.

### 2.1.3. La violazione dell'art. 6 CEDU e la nozione di materia penale

Venendo alla allegata violazione dell'art. 6, che i ricorrenti ritenevano applicabile anche rispetto alle garanzie che il § 3 riserva ai procedimenti di natura penale, il primo problema che la Corte si trova ad affrontare, e che interessa più direttamente il nostro lavoro, riguarda la possibilità di ricondurre alla nozione di "*accusation en matière pénale*"<sup>10</sup> anche procedimenti che secondo l'ordinamento nazionale non hanno tale natura, trattandosi dell'applicazione di peculiari misure disciplinari previste per i militari in servizio.

La sentenza riconosce come sia tradizionale negli ordinamenti di tutti gli Stati parte della Convenzione distinguere tra procedimenti disciplinari e penali, e scolpisce in termini chiarissimi l'ambiguità di una tale distinzione nella prospettiva delle garanzie individuali, posto che ad una minore

---

<sup>8</sup> Corte EDU, *Engel*, cit., § 69: "*La Cour estime que les mots "garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi" concernent seulement les cas où la loi autorise à détenir quelqu'un pour le forcer à exécuter une obligation spécifique et concrète qu'il a négligé jusqu'ici de remplir. Une interprétation extensive (...) justifierait, par exemple, un internement administratif tendant à contraindre un citoyen à s'acquitter, sur un point quelconque, de son devoir général d'obéissance à la loi. Or, les arrêts provisoires de M. Engel n'avaient point pour but d'assurer à l'avenir l'exécution de pareille obligation. (...) La mesure représente une étape préparatoire de la procédure disciplinaire militaire et se place donc dans un cadre répressif*".

<sup>9</sup> Art. 5 § 1 lett. c): "se è stato arrestato o detenuto per essere tradotto dinanzi all'autorità giudiziaria competente, quando vi sono motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato o vi sono motivi fondati di ritenere che sia necessario impedirgli di commettere o di darsi alla fuga dopo averlo commesso".

<sup>10</sup> Tale formula individuata nella versione francese della sentenza in realtà non trova esatto riscontro testuale nella norma, che al § 2 afferma come "*toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie*", mentre il § 3 si limita a stabilire che "*tout accusé a droit notamment à: a) (...)*"; riscontro testuale assente anche rispetto alla versione inglese della sentenza, ove si parla di "*criminal charge*", quando il testo convenzionale al § 3 prevede che "*everyone charged with a criminal offence has the following minimum rights*". In entrambe le lingue ufficiali, in sostanza, la sentenza fa riferimento per individuare l'ambito della materia penale alla nozione oggettiva di "accusa" (*accusation, charge*), mentre la Convenzione delimita il campo facendo riferimento al soggetto "accusato" (*accusé, everyone charged*).

gravità delle sanzioni disciplinari si accompagna solitamente un minor grado di garanzie rispetto all'ambito penale<sup>11</sup>.

La pacifica libertà per gli Stati di adottare l'una o l'altra qualificazione pone secondo la Corte dei problemi quando ci si trovi di fronte ad un "*illicito misto*" (*infraction mixte, mixed offence*), che si configura "*quand il existe pour elle une possibilité d'option, voire de cumul, entre poursuites pénales et disciplinaires*"<sup>12</sup>. Basta in questi casi la qualificazione interna della misura come disciplinare per escludere l'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 6?

La Corte dà conto di come già in alcune decisioni passate fosse emersa la necessità di formulare una peculiare nozione convenzionale di "materia penale", e si impegna a delinearne meglio il contenuto.

Il ragionamento parte dal riconoscimento agli Stati della piena libertà di punire con la sanzione penale una condotta che non costituisca l'esercizio di una libertà tutelata dalla Convenzione; se un illecito è qualificato come penale a livello interno, *nulla quaestio* circa l'applicabilità delle garanzie degli artt. 6 e 7, non sussistendo alcun margine per la Corte di sindacare la correttezza della scelta qualificatoria operata dal legislatore<sup>13</sup>.

La discrezionalità degli Stati incontra invece dei limiti nel caso inverso, cioè quando l'ordinamento interno decida di *non* qualificare come penale un certo illecito. Qui, se alla Corte fosse precluso discostarsi dalla qualificazione nazionale e ricondurre anche tali ipotesi nell'ambito dell'art. 6 e 7, l'ambito di applicabilità di tali disposizioni risulterebbe di fatto rimesso alla "volontà sovrana" degli Stati; per evitare tale risultato, che sarebbe secondo la Corte in contrasto con gli scopi e con l'oggetto della Convenzione, essa si attribuisce la facoltà di assicurarsi che "*le disciplinaire n'empiète pas indûment sur le pénale*"<sup>14</sup>. L'autonomia degli Stati nello scegliere lo strumento penale è quindi "a senso unico": la Corte non può sindacare l'attribuzione di natura penale ad un certo illecito da parte del legislatore nazionale, ma può invece censurare la mancata attribuzione di tale qualifica ad un illecito che a suo giudizio ha natura sostanzialmente penale, e come tale risulta meritevole del corredo di garanzie di cui agli artt. 6 e 7<sup>15</sup>.

<sup>11</sup>"*Les premières (poursuites disciplinaires) offrent d'habitude sur les secondes des avantages substantiels, par exemple quant aux condamnations infligées: en général moins lourdes, celles-ci ne figurent pas au casier judiciaire et entraînent des conséquences plus limitées. Il peut cependant en aller autrement; en outre, les instances pénales s'entourent d'ordinaire de garanties supérieures*": § 80.

<sup>12</sup> *Ibidem*.

<sup>13</sup> "*La Convention laisse libres les Etats d'ériger en infraction pénale une action ou omission ne constituant pas l'exercice normal de l'un des droits qu'elle protège; cela ressort, spécialement, de son art. 7. Pareil choix, qui a pour effet de rendre applicables les art. 6 et 7, échappe en principe au contrôle de la Cour*": § 81.

<sup>14</sup> *Ibidem*.

<sup>15</sup> "*En résumé, l'autonomie de la notion de matière pénale opère pour ainsi dire à sens unique*": *ibidem*.

Il passaggio centrale della motivazione risiede nell'individuazione dei criteri alla cui stregua decidere quando ci si trovi di fronte ad una "accusa penale". I famosi "criteri Engel", che nei decenni a venire costituiranno un riferimento ineludibile per delimitare l'area della materia penale convenzionale, vengono formulati dalla Corte in poche righe, senza alcuna pretesa di costituire una criteriologia tassativa e di portata generale (si precisa al contrario che tali criteri valgono solo nel limitato ambito dell'ordinamento militare<sup>16</sup>).

Il primo riguarda la *qualificazione formale* nell'ordinamento di appartenenza, che tuttavia – come già visto *supra* – non risulta decisiva per escludere l'applicabilità delle garanzie penalistiche a misure formalmente non penali<sup>17</sup>.

Il secondo criterio riguarda la "*natura stessa dell'illecito*"<sup>18</sup>. Definito di maggiore importanza rispetto al criterio formale, esso non viene in alcun modo descritto dalla Corte, che si limita cursoriamente ad affermare la possibilità per gli Stati di utilizzare sanzioni disciplinari piuttosto che penali per punire la violazione di norme regolanti il funzionamento delle forze armate<sup>19</sup>.

Il terzo ed ultimo criterio riguarda "*il grado di severità della sanzione*" comminata. Secondo la Corte, ogni *privazione di libertà* applicata a titolo repressivo deve essere ricompresa nell'ambito della materia penale, salvo che per le sue caratteristiche non sia in grado di cagionare un pregiudizio importante al destinatario: a tale conclusione conduce il valore che la Convenzione attribuisce al *rispetto della libertà fisica* della persona<sup>20</sup>.

Calati nel caso concreto, tali criteri conducono a conclusioni diverse a seconda della misura presa in considerazione. Esclusa per tutte le misure

---

<sup>16</sup> "La Cour doit préciser, en se limitant au domaine du service militaire, comment elle vérifiera si une 'accusation' donnée, à laquelle l'Etat en cause attribue un caractère disciplinaire, relève néanmoins de la 'matière pénale' telle que l'entend l'art. 6": § 82.

<sup>17</sup> "Il importe d'abord de savoir si le ou les textes définissant l'infraction incriminée appartiennent, d'après la technique juridique de l'Etat défendeur, au droit pénal, au droit disciplinaire ou aux deux à la fois. Il s'agit cependant là d'un simple point de départ. L'indication qu'il fournit n'a qu'une valeur formelle et relative": *ibidem*.

<sup>18</sup> *La nature même de l'infraction; the very nature of the offence.*

<sup>19</sup> "La nature même de l'infraction représente un élément d'appréciation d'un plus grand poids. Si un militaire se voit reprocher une action ou omission qui aurait transgressé une norme juridique régissant le fonctionnement des forces armées, l'Etat peut en principe utiliser contre lui le droit disciplinaire plutôt que le droit pénal": *ibidem*.

<sup>20</sup> "Là ne s'arrête pourtant pas le contrôle de la Cour. Il se révélerait en général illusoire s'il ne prenait pas également en considération le degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé. Dans une société attachée à la prééminence du droit, ressortissent à la 'matière pénale' les privations de liberté susceptibles d'être infligée à titre répressif, hormis celles qui par leur nature, leur durée ou leurs modalités d'exécution ne sauraient causer un préjudice important. Ainsi le veulent la gravité de l'enjeu, les traditions des Etats contractants et la valeur que la Convention attribue au respect de la liberté physique de la personne": *ibidem*.

la natura penale ai sensi del secondo criterio, ribadendo la Corte che è consentita agli Stati la scelta della via disciplinare per violazioni di norme regolanti il funzionamento delle forze armate, la questione decisiva risulta quella attinente alla gravità della sanzione. Le misure degli arresti (semplici, aggravati e di rigore) non vengono repute di gravità tale da imporre la qualificazione come sanzioni penali, al contrario della misura dell'assegnazione ad unità di disciplina, che poteva comportare l'applicazione di pene detentive di durata significativa (sino a sei mesi; in un caso la pena inflitta dall'Alta corte militare era stata in realtà della durata di soli undici giorni, ma per la Corte è decisiva l'astratta comminatoria edittale, non la pena applicata in concreto).

In relazione al procedimento di applicazione della misura più grave, lo Stato avrebbe quindi dovuto rispettare le garanzie riconosciute dall'art. 6, tanto al § 1, che ai § 2 e 3 relativi specificamente alla materia penale; all'esito dello scrutinio circa il rispetto di ciascuna delle garanzie procedurali ivi previste, la Corte individua l'unica violazione nella circostanza che il procedimento presso l'Alta corte militare si era svolto a porte chiuse, in difformità rispetto a quanto disposto all'art. 6 §1.

#### 2.1.4. *Le opinioni separate*

Alla sentenza vengono allegate ben sette opinioni separate, che non pongono peraltro in discussione la scelta di fondo riguardo l'adozione di quelli che diventeranno i "criteri Engel".

Le maggiori perplessità vengono espresse riguardo alla decisione della maggioranza di non considerare le forme meno gravi di arresto come misure incidenti sulla libertà personale ai sensi dell'art. 5, o ancora a quella di reputare la complessiva procedura di applicazione delle sanzioni più gravi conforme a quanto richiesto dall'art. 5 § 1 lett. a)<sup>21</sup>.

In ordine poi alle argomentazioni relative all'art. 6, viene criticata la scelta di far dipendere la qualificazione come penale dalla durata della misura privativa della libertà<sup>22</sup>; oppure si ritiene superfluo, una volta stabilito che una misura incidente in maniera significativa sulla libertà personale deve considerarsi di natura penale, valutare il rispetto delle garanzie procedurali non solo rispetto all'art. 6, ma anche all'art. 5<sup>23</sup>; o ancora si pone

<sup>21</sup> Cfr. in particolare le opinioni separate dei giudici ZEKIA e CREMONA.

<sup>22</sup> Cfr. in particolare l'opinione separata del giudice CREMONA, secondo cui "*quand je recherche ensuite si certaines 'accusations disciplinaires', impliquant le risque de sanctions indéniablement privatives de liberté, peuvent s'analyser en des accusations de nature pénale (aux fins de l'art. 6), je ne puis, à la différence de la majorité de mes collègues, établir des distinctions additionnelles fondées notamment sur la durée respective de telles privations de liberté*".

<sup>23</sup> Cfr. l'opinione separata del giudice EURIGENIS: "*si une sanction privative de liberté a été infligée par une juridiction devant correspondre aux conditions de l'art. 6, il est inutile de s'interroger en outre sur la conformité de cette juridiction avec la notion de tribunal de l'art. 5 § 1*".

in evidenza come, una volta qualificata la misura come penale, risulti arduo reputare che la procedura disciplinare seguita presso l'Alta corte militare rispettasse davvero le garanzie di un equo processo penale, e sia altresì necessario por mente al fatto che tale qualificazione comporta anche l'applicazione delle garanzie di cui all'art. 7, e non solo di quelle di cui all'art. 6<sup>24</sup>.

Quanto tuttavia alla questione-chiave circa la possibilità di estendere le garanzie dell'art. 6 anche a sanzioni formalmente non penali, nessuno dei giudici esprime una posizione di esplicito dissenso.

### 2.1.5. Spunti di riflessione

Crediamo utile a questo punto svolgere qualche rapida considerazione di sintesi, che ci potrà essere utile nel prosieguo della ricerca.

A) Il primo elemento di riflessione concerne lo *stretto legame* che sussiste nella sentenza tra l'*estensione della materia penale* a misure formalmente non penali e l'incidenza di tali misure sulla *libertà personale*. Vedremo tra breve come l'ambito delle misure non penali secondo il diritto interno, che tuttavia rientrano nell'ambito della materia penale convenzionale, sia ormai stabilmente esteso dalla giurisprudenza della Corte anche a misure non incidenti sulla libertà personale. È tuttavia importante rammentare come la prima volta in cui la Corte ha deciso di valicare il limite della qualificazione formale di una misura sia stato proprio in un caso in cui era in gioco il valore fondamentale della libertà personale, e come anzi l'argomento relativo alla centralità della tutela della libertà fisica nel sistema della Convenzione sia risultato decisivo nello spingere la Corte ad un passaggio tanto importante. Insomma, l'evoluzione successiva della giurisprudenza ha portato la materia penale convenzionale a ricomprendere anche sanzioni dallo scarso contenuto afflittivo, ma la spinta forte in termini "politici" ad infrangere il postulato del rispetto della qualificazione formale della misura è venuta quando si trattava di apprestare tutela alla libertà personale dell'individuo: di questo profondo legame tra estensione della nozione di materia penale e libertà personale, spesso trascurato dai contributi successivi, converrà tenere conto quando si tratterà di avanzare delle proposte ricostruttive.

B) Un altro elemento, a questo strettamente correlato, che emerge in particolare in alcune opinioni separate, riguarda i *rapporti* che in questa

---

lett. a)". Nell'opinione si sottolinea altresì la circostanza, in effetti curiosa, che la medesima misura (gli arresti provvisori di rigore applicata al sig. Engel) era stata da un lato ritenuta integrare una sanzione cui era applicabile l'art. 5, ma al contempo era stata reputata di durata troppo breve per essere qualificata come penale in virtù del criterio relativo alla gravità della sanzione.

<sup>24</sup> Cfr. ancora l'opinione appena citata.

prospettiva si instaurano tra le *garanzie penalistiche e quelle previste a tutela della libertà personale*. Nella sentenza il problema si pone in ordine ai rapporti tra l'art. 6 e l'art. 5, ma la questione può rilevare anche nella prospettiva costituzionale che ci interessa più da vicino. Attualmente, come abbiamo visto nello scorso capitolo, la nozione costituzionale di materia penale adottata dalla più recente giurisprudenza della Consulta si fonda sul criterio della natura repressivo-afflittiva della misura, piuttosto che sulla sua incidenza sulla libertà personale. Qualora, invece, si ritenesse di valorizzare anche in chiave costituzionale il terzo criterio Engel relativo alla gravità della sanzione, in cui un ruolo decisivo rivestono le misure incidenti sulla libertà personale, sarà da affrontare la questione dei reciproci rapporti tra le garanzie penalistiche e le tutele già apprestate dall'art. 13 Cost. in relazione a tutte le misure incidenti sulla libertà personale, a prescindere dalla loro natura penale. In altri termini, tale tipologia di misure è già oggetto di per sé di peculiari garanzie a livello tanto convenzionale che costituzionale; quando si intenda valorizzare l'incidenza di una misura sulla libertà al fine di connotarla in termini penalistici, bisognerà verificare con attenzione la reale portata estensiva delle garanzie di tale operazione, alla luce di un confronto tra lo statuto garantistico della libertà personale e della materia penale.

C) Indicazioni assai scarse ci vengono, infine, dalla sentenza quanto alla delimitazione dei connotati della materia penale. Quelli che saremo abituati a conoscere come i "*criteri Engel*" sono in realtà, nella sentenza che ha dato loro il nome, *soltanto abbozzati*. Per quanto riguarda in particolare il secondo di tali criteri, che la stessa sentenza definisce di particolare importanza e che assumerà un ruolo assolutamente centrale negli sviluppi giurisprudenziali successivi, la sentenza *Engel* si limita in sostanza a denominarlo (è il criterio della "natura stessa dell'illecito"), lasciandone del tutto inesplorato il contenuto.

Al di là dunque dei connotati che i criteri Engel assumeranno nell'elaborazione successiva, nella decisione del 1976 la Corte in sostanza afferma con chiarezza soltanto: che il perimetro della materia penale convenzionale è autonomo (a senso unico) dalla qualificazione interna della misura *iudicanda*; che la natura penale di una misura si valuta al metro della sua qualificazione nel diritto interno, della natura dell'illecito e della gravità della sanzione; e che salvi i casi di minima rilevanza, ogni misura che incide sulla libertà personale rientra nel perimetro di garanzie delineato dal *volet pénal* dell'art. 6. Dell'attuale configurazione dei criteri Engel, l'omonima sentenza si era limitata a schizzare niente più che l'intelaiatura.

## 2.2. La sentenza Öztürk (1984)

### 2.2.1. Premessa

Se con la sentenza *Engel* la Corte EDU aveva affermato il principio della legittimità di una nozione convenzionale di materia penale autonoma rispetto alla qualificazione formale dell'illecito, è con la sentenza *Öztürk*<sup>25</sup> che il contenuto di tale nozione acquista connotati più definiti, e si coglie sino in fondo la sua capacità espansiva dell'area delle garanzie penalistiche; al punto che i commentatori sono concordi nell'individuare proprio in questa decisione, più ancora che in *Engel*, il momento che segna davvero la svolta della giurisprudenza europea in materia<sup>26</sup>.

La Corte mostra in questa occasione chiara consapevolezza della portata generale della criteriologia della materia penale che intende fornire, e delle ricadute sistematiche di tale operazione. Ancora oggi, conviene anticiparlo, la ricostruzione dei criteri *Engel* fornita in questa occasione dalla Corte, ed in particolare la lettura in chiave teleologica degli stessi, sono l'architrave costante di tutte le decisioni in argomento.

### 2.2.2. La vicenda

Come non di rado accade, una decisione destinata a lasciare traccia di sé nei decenni a venire giunge a conclusione di una vicenda dai contorni di per sé modesti.

Il ricorrente era un cittadino turco, residente in Germania dal 1964. Nel 1978, provocava un lieve incidente stradale, che causava danni ai veicoli coinvolti per 5000 DM. L'autorità amministrativa gli applicava altresì una sanzione amministrativa pecuniaria dell'importo di 60 DM "per avere provocato un incidente stradale entrando in collisione con altri veicoli a seguito di una condotta imprudente", in violazione della legge del 1968 (modificata nel 1975) sugli illeciti amministrativi (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) e del codice della strada. Il ricorrente presentava appello contro tale decisione presso il tribunale regionale (*Landgericht*), ove veniva sentito personalmente in pubblica udienza, insieme a tre testimoni. Poco dopo l'udienza, tuttavia, per motivi che la sentenza non chiarisce, l'impugnazione veniva ritirata, e la decisione dell'autorità amministrativa diventava irrevocabile.

---

<sup>25</sup> Corte EDU, GC (Plenaria), 21.2.1984, *Öztürk c. Germania*.

<sup>26</sup> L'importanza storica della decisione era già stata colta lucidamente nel primo commento alla sentenza (C.E. PALIERO, 'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica ad una svolta 'radicale', in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.), e viene da ultimo ribadita in un prezioso contributo di V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., p. 994 s.: "Per quanto siano spesso citati i criteri *Engel*, l'autentica 'svolta radicale' nella giurisprudenza di Strasburgo sembra doversi attribuire alla sentenza *Öztürk*".

Il tribunale aveva condannato il ricorrente alle spese del giudizio, di cui 63,90 DM per le spese sostenute per l'interprete. La difesa del ricorrente aveva fatto opposizione presso il tribunale contro tale decisione, invocando la violazione dell'art. 6 § 3 lett. e) CEDU<sup>27</sup>, e citando a sostegno il rapporto emesso dalla Commissione in un caso relativo a tale disposizione all'epoca pendente presso la Corte. Il tribunale aveva respinto la richiesta, ed il sig. Öztürk si era rivolto alla Commissione presso il Consiglio d'Europa, che a maggioranza aveva deciso per l'accoglimento del ricorso; il Governo tedesco aveva chiesto il deferimento dell'affare alla Corte, e la sezione cui il caso era stato assegnato aveva infine deciso, considerata l'importanza della questione, di rimettere la decisione alla composizione plenaria.

### 2.2.3. La decisione della Corte e la nozione di materia penale

A differenza del caso *Engel*, in cui come abbiamo appena visto la Corte aveva dovuto affrontare diverse questioni ulteriori rispetto a quella della definizione di materia penale, ora essa rappresenta il solo aspetto problematico sottoposto alla sua attenzione. Una recente pronuncia, relativa ad un procedimento penale, aveva infatti già chiarito la portata della garanzia invocata dal ricorrente<sup>28</sup>, ed il Governo tedesco non aveva addotto argomenti per negare che, una volta ritenuto applicabile il *volet pénal* dell'art. 6 agli illeciti amministrativi, il sig. Öztürk avesse diritto ad essere esentato dalle spese sostenute per l'interprete.

La Corte ha ben chiaro come all'assoluta modestia della posta concretamente in gioco (l'addebito di spese per un importo di meno di 70 DM, a carico di un soggetto che, come ha cura di precisare la Corte, aveva un reddito mensile di 2000 DM), corrisponda un enorme rilievo della questione generale sottesa alla vicenda. L'illecito amministrativo per cui era stato condannato il ricorrente, infatti, come la gran parte degli illeciti disciplinati dal codice della strada tedesco, era stato oggetto dell'ampio intervento di depenalizzazione operato dal legislatore tedesco nel 1968 e nel 1975. Accogliere il ricorso, confermando la decisione della Commissione, avrebbe significato ricondurre all'area della materia penale convenzionale l'*Ordnungswidrigkeiten* tedesco, che in quegli anni aveva rappresentato per molti Paesi europei (tra cui l'Italia) il modello di riferimento, anche in

---

<sup>27</sup> "Art. 6 § 3 lett. e CEDU: "Ogni accusato ha diritto in particolare a: (...) e) farsi assistere gratuitamente da un interprete se non comprende o non parla la lingua parlata in udienza".

<sup>28</sup> La Corte richiama la decisione (invocata dalla difesa del ricorrente già nel procedimento interno) Corte EDU, 28.11.1978, *Luedicke et al. c. Germania*, ove era stato affermato che "*le droit protégé par l'art. 6 § 3 e) comporte, pour quiconque ne parle ou ne comprend pas la langue employée à l'audience, le droit d'être assisté gratuitement d'un interprète sans pouvoir se voir réclamer après coup le paiement des frais résultant de cette assistance*" (§ 46).

termini di garanzie riconosciute al privato, nel comune processo di depenalizzazione degli illeciti minori<sup>29</sup>.

La sentenza parte allora da una approfondita ricostruzione del tipo di illecito delineato dall'intervento di depenalizzazione, e del suo corredo di garanzie sostanziali e processuali: ben 25 paragrafi della motivazione sono dedicati alla legislazione tedesca; e non manca un cenno ai numeri imponenti che il processo di depenalizzazione aveva assunto in Germania<sup>30</sup>.

La materia del contendere verte sull'applicabilità a questa tipologia di illecito delle garanzie che la Convenzione riconosce alla materia penale: il Governo tedesco la esclude, ricordando alla Corte che l'illecito amministrativo per cui era stato condannato il ricorrente si distingueva dall'illecito penale tanto per la procedura seguita per accertarlo, quanto per le sue caratteristiche e le sue conseguenze giuridiche; il ricorrente invece la reclama, con argomenti che avevano trovato riscontro nella decisione della Commissione che aveva accolto il ricorso.

La Corte ricorda come il tema dell'applicabilità delle garanzie penali-stiche dell'art. 6 ad illeciti non qualificati come penali fosse già stato affrontato nella sentenza *Engel*, il cui insegnamento, benché espressamente limitato dalla sentenza stessa all'ambito della disciplina militare, deve essere tenuto in considerazione anche per la soluzione del caso in esame.

Viene dunque ribadito il principio per cui la qualificazione formale dell'illecito non può ritenersi decisiva per la Corte, in quanto altrimenti si consentirebbe agli Stati di delimitare a propria discrezione l'ambito di applicabilità delle garanzie convenzionali della materia penale. La Corte ha cura di precisare come ciò non significhi affatto una bocciatura del processo di depenalizzazione, di cui anzi la Corte sottolinea l'importanza tanto al fine di una buona amministrazione della giustizia che della tutela dei diritti individuali; tale processo però non può condurre ad attribuire agli Stati il potere insindacabile di decidere a quali illeciti si applichino la garanzie penali-stiche della Convenzione<sup>31</sup>.

---

<sup>29</sup> Sulla depenalizzazione degli anni Settanta ed Ottanta ci soffermeremo nel cap. 4 § 4.

<sup>30</sup> I §§ da 17 a 41, dedicati alla "législation pertinente", sono così intitolati: 1) *Dispositions générales*; 2) *Les autorités de poursuite*; 3) *La procédure en général*; 4) *La procédure préliminaire*; 5) *La décision administrative infligeant une amende*; 6) *La phase judiciaire (éventuelle) de la procédure*; 7) *Procédure administrative et procédure pénale*; 8) *Exécution des décisions infligeant une amende*; 9) *Frais d'interprète et autres*. Negli ultimi paragrafi, dedicati in particolare agli illeciti in materia di circolazione stradale, vengono citati alcuni dati statistici, da cui emerge come ogni anno venissero pronunciate circa cinque milioni di condanne a sanzioni amministrative per illeciti stradali oggetto della depenalizzazione.

<sup>31</sup> "Le législateur qui soustrait certains comportements à la catégorie des infractions pénales du droit interne peut servir à la fois l'intérêt de l'individu et les impératifs d'une bonne administration de la justice, notamment où il décharge les autorités judiciaires de la poursuite et de la répression de manquements, nombreux ma de peu d'importance, à des règles de la circulation routière. La Convention ne va pas à l'encontre des tendances à la 'décriminalisation' exis-

Passando alla criteriologia da adottare per individuare la nozione convenzionale di materia penale, la Corte dichiara di voler riprendere i criteri Engel.

Quanto al primo, la sentenza riconosce che l'illecito per cui era stato condannato il ricorrente aveva natura amministrativa, ma ricorda altresì gli stretti legami sussistenti tra l'illecito amministrativo e quello penale, specialmente nei casi di connessione, e l'espressa previsione legislativa circa l'applicabilità analogica delle disposizioni del codice di procedura penale ai procedimenti riguardanti l'illecito amministrativo, specie per quanto riguarda la fase eventuale davanti all'autorità giudiziaria.

In ogni caso, dal momento che la qualificazione giuridica interna non è decisiva, assume un ruolo di fondamentale importanza l'analisi del secondo criterio relativo alla *natura dell'illecito*, che la Corte ritiene di verificare in stretto rapporto con quello della "*natura della sanzione*" corrispondente (criterio, peraltro, di nuovo conio, posto che la sentenza *Engel* aveva fatto riferimento alla gravità, non alla natura, della sanzione)<sup>32</sup>.

Il Governo tedesco aveva addotto svariati argomenti per negare che l'illecito in questione avesse natura penale. Innanzitutto, sarebbero diversi gli scopi che si prefigge lo Stato: con il diritto penale vengono tutelati i fondamenti stessi del vivere associato nonché i diritti e gli interessi essenziali alla vita della collettività, mentre la sanzione amministrativa serve solo a mantenere l'ordine. Gli illeciti amministrativi, di conseguenza, sarebbero privi di quel significato di disvalore sociale, tipico invece dell'illecito penale<sup>33</sup>. Le due forme di responsabilità risultano poi nettamente distinte a livello di diritto positivo, sia sotto il profilo procedurale (alla procedura semplificata di accertamento propria degli illeciti amministrativi si accompagna la scarsa incisività sulle libertà individuali dei poteri attribuiti in fase istruttoria all'autorità procedente) sia sotto il profilo delle conseguenze sanzionatorie dell'illecito (alla sanzione detentiva comminata quando l'illecito aveva natura penale è stata sostituita la sanzione pecuniaria, che non risulta nel casellario giudiziario).

La depenalizzazione ha avuto effetti positivi – conclude il Governo – tanto per il singolo individuo, che non risponde più di un reato ma di un

---

*tant, sous des formes fort diverses, dans les Etats membres du Conseil de l'Europe; le Gouvernement a raison d'y insister. Toutefois, si les Etats contractant pouvaient à leur guise, en qualifiant une infraction d'administrative plutôt que de pénale, écarter le jeu des clauses fondamentales des articles 6 et 7, l'application de celles-ci se trouverait subordonnée à leur volonté souveraine*": § 49.

<sup>32</sup> "De toute manière, les indications que fournit le droit interne de l'Etat défendeur n'ont qu'une valeur relative. Le deuxième des critères énoncés plus haut – la nature même de l'infraction, considérée aussi en rapport avec celle de la sanction correspondante – représente un élément d'appréciation de plus grand poids": § 51.

<sup>33</sup> "Les 'contraventions administratives' ne témoigneraient pas d'une indignité propre à valoir à leur auteur le jugement défavorable (Unwerturteil) qui caractériserait la peine (Strafe)": § 52.

mero illecito amministrativo, quanto per il funzionamento dell'apparato giudiziario, sgravato di un gran numero di procedimenti di scarso rilievo; il rischio paventato nella difesa del Governo è che la decisione di qualificare come penale ai sensi della Convenzione il nuovo illecito amministrativo rappresenti un ostacolo al virtuoso processo riformatore varato dal legislatore tedesco.

La Corte riconosce il valore positivo e l'importanza storica della depenalizzazione<sup>34</sup>, ma ritiene comunque di concludere nel senso della natura penale dell'illecito amministrativo. Il nucleo di tutta la motivazione si concentra in un breve paragrafo, ove la Corte affastella una serie di argomenti, tra loro anche molto eterogenei, che rendono a suo giudizio qualificabile come penale ai sensi della Convenzione l'illecito amministrativo tedesco.

L'argomentazione prende le mosse da una considerazione di natura linguistico-sociologica, per il vero soltanto accennata, per cui *"il senso ordinario delle parole"* indicherebbe come appartenenti alla materia penale gli illeciti i cui autori si espongono a *"pene destinate ad esercitare un effetto dissuasivo e che consistono solitamente in misure privative della libertà ed in sanzioni pecuniarie"*<sup>35</sup>.

Viene proposto poi l'*argomento comparatistico*, per cui in una larga maggioranza di Stati membri gli illeciti della circolazione stradale continuano ad integrare fattispecie di reato, come era in Germania prima della riforma.

Si sottolinea inoltre come, se è vero che la sanzione amministrativa pecuniaria (*Geldbusse*) è per molti aspetti meno afflittiva della sanzione pecuniaria penale (*Geldstrafe*), essa ha comunque conservato il *"carattere punitivo"* che caratterizza la sanzione penale.

Venendo alla struttura dell'illecito, la Corte pone in evidenza come il *contenuto* della norma sia rimasto *identico* dopo la depenalizzazione. La norma *"non è rivolta ad uno speciale gruppo di soggetti, come le norme disciplinari, ma a tutti i cittadini in quanto utenti della strada"*, e la sua finalità è assieme *"dissuasiva e punitiva"*<sup>36</sup>.

Non è rilevante, conclude sul punto la Corte, sapere se la norma violata dal ricorrente miri *"a proteggere i diritti e gli interessi di terzi o soltanto a soddisfare le esigenze della circolazione. Queste due finalità non si esclu-*

<sup>34</sup> *"La Cour admet que la législation dont il s'agit marque une étape importante dans l'histoire de la réforme du droit pénal allemand et que les innovations introduites en 1968-1975 ne se ramènent pas à un pur changement d'appellation"*: § 53".

<sup>35</sup> *"Selon le sens ordinaire des termes relèvent en général du droit pénal les infractions dont les auteurs s'exposent à des peines destinées notamment à exercer un effet dissuasif et qui consistent d'habitude en des mesures privatives de liberté et en des amendes"*: *ibidem*.

<sup>36</sup> *"La règle de droit transgressée par le requérant ne s'adresse pas à un groupe à statut particulier – à la manière, par exemple, du droit disciplinaire – mais à tous les citoyens en leur qualité d'usagers de la route; elle leur prescrit un certain comportement et assortit cette exigence d'une sanction punitive. Celle-ci cherche à dissuader en même temps qu'à réprimer"*: *ibidem*.

dono a vicenda; soprattutto, il *carattere generale* della norma così come il suo *scopo, al contempo preventivo e repressivo, della sanzione* bastano per stabilire, ai sensi dell'art. 6 della Convenzione, la natura penale dell'illecito in questione”<sup>37</sup>.

Tale conclusione non viene revocata in dubbio dalla constatazione che si trattava di un illecito di scarsa gravità, che “non incideva in alcun modo sulla reputazione del ricorrente”, posto che le garanzie penalistiche previste all'art. 6 si applicano secondo la Corte *a prescindere dalla gravità della sanzione*<sup>38</sup>.

Il riconoscimento della natura penale dell'illecito ai sensi del secondo criterio Engel rende inutile la verifica della sussistenza dei requisiti del terzo criterio, relativo alla gravità della sanzione, posto che “*la faiblesse relative de l'enjeu ne saurait retirer à une infraction son caractère pénal intrinsèque*”<sup>39</sup>.

La motivazione si conclude con l'importante precisazione che la riconducibilità dell'illecito amministrativo depenalizzato all'ambito di applicabilità del *volet pénal* dell'art. 6 non significa mettere in discussione l'intero processo di depenalizzazione degli illeciti minori, di cui la Corte riconosce l'importanza, in quanto l'applicazione delle sanzioni per tali illeciti da parte dell'autorità amministrativa è da ritenere conforme alla Convenzione, a condizione che il condannato possa *impugnare il provvedimento amministrativo davanti ad un tribunale che rispetti le garanzie dell'art. 6*<sup>40</sup>.

#### 2.2.4. Le opinioni separate

La decisione viene assunta dalla Corte a maggioranza (tredici giudici contro cinque ritengono applicabile l'art. 6 nel caso di specie).

La critica più ricorrente alla decisione della maggioranza è quella di avere ricondotto l'illecito amministrativo all'ambito della materia penale, senza tenere in considerazione le profonde differenze, tanto sostanziali quanto procedurali, che intercorrono tra le due tipologie di illeciti, e che erano state poste in evidenza anche nell'intervento del Governo tedesco<sup>41</sup>.

<sup>37</sup> *Ibidem.*

<sup>38</sup> “*Rien ne donne en effet à penser que l'infraction pénale (criminal offence), au sens de la Convention, implique nécessairement un certain degré de gravité*”: *ibidem.*

<sup>39</sup> § 54.

<sup>40</sup> “*L'art. 6 s'appliquait donc en l'espèce. Il n'en résulte point, la Cour tient à le préciser, que le système adopté dans la matière par le législateur allemand soit en cause dans son principe. Eu regard au grand nombre des infractions légères, notamment dans le domaine de la circulation routière, un Etat contractant peut avoir des bons motifs de décharger ses juridictions du soin de les poursuivre et les réprimer. Confier cette tâche, pour de telles infractions, à des autorités administratives ne se heurte pas à la Convention pour autant que l'intéressé puisse saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'art. 6*”: § 56.

<sup>41</sup> Nell'opinione del giudice MATSCHER, in particolare, si individuano sei fondamentali dif-

La depenalizzazione non ha rappresentato un mero “cambio di etichette” rispetto alla situazione previgente, in quanto le modifiche apportate alla disciplina complessiva hanno inciso sulla stessa “qualità” dell’illecito<sup>42</sup>.

Si rimprovera poi alla sentenza di aver adottato una accezione del secondo criterio Engel troppo ampia e generica, specie per quanto riguarda il parametro della finalità repressiva e preventiva dell’illecito, che rischia di produrre una indebita espansione della nozione di materia penale a tutte le forme di illecito presenti negli ordinamenti nazionali<sup>43</sup>.

Inoltre, la decisione di non prendere in considerazione il terzo criterio Engel ha condotto irragionevolmente ad attribuire la qualificazione di penale ad una sanzione di gravità “insignificante”<sup>44</sup>, al fine per di più di riconoscere un diritto (la fruizione gratuita dei servizi dell’interprete) che nel caso concreto non era di rilevanza tale da giustificare l’intervento della Corte<sup>45</sup>.

Nessuno dei giudici dissenzienti mette comunque in discussione la possibilità per la Corte di formulare una nozione di materia penale autonoma dalla qualificazione interna, al fine di sottrarre l’ambito di applicabilità dell’art. 6 alla pura discrezionalità degli Stati. Ciò che si contesta sono i criteri adottati per delimitare tale nozione, e soprattutto l’applicazione di tali criteri in modo tale da farvi rientrare tutto l’ambito dell’illecito amministrativo depenalizzato, con il rischio di porre un serio ostacolo al processo di depenalizzazione già realizzato o in fase di implementazione in molti Paesi d’Europa.

ferenze tra illecito (e sanzione) penale ed illecito (e sanzione) amministrativa: 1) l’illecito amministrativo è privo di alcun profilo di biasimo etico-morale; 2) le condanne per illeciti amministrativi non sono iscritte nel casellario giudiziario; 3) l’aumento di pena per i recidivi, tipico della sanzione penale, non è previsto in ambito amministrativo; 4) i mezzi di istruzione sono limitati, non essendo prevista alcuna forma di ingerenza sulla libertà personale dell’accusato; 5) le sanzioni amministrative non possono consistere in misure privative della libertà personale; 6) il termine di prescrizione è molto più lungo in ambito penale (varia da tre a trent’anni) che in ambito amministrativo (da sei mesi a tre anni): cfr. § B.2 dell’opinione.

<sup>42</sup> “*On ne saurait objecter à ce raisonnement qu’il s’agit de simples différences ‘quantitatives’ concernant les effets juridiques (effets de fond et de procédure) des infractions pénales et des contraventions administratives: il est acquis que la ‘quantité’ peut se convertir en ‘qualité’; cela vaut notamment dans le domaine du droit. (...) Si les contraventions administratives suivent une procédure différente et sont assorties aussi d’autres sanctions, c’est précisément en raison de leur nature qui diffère de celle des infractions pénales*”: § B. 3.

<sup>43</sup> Cfr. in questo senso l’opinione dissenziente del giudice BINDSCHEDLER-ROBERT.

<sup>44</sup> È l’espressione usata nell’opinione dissenziente del giudice LIESCH, § 9.

<sup>45</sup> Cfr. ancora l’opinione del giudice MATSCHER, § C.1: “*Je ne crois pas que la gratuité, générale ou abstraite, de l’assistance d’un interprète dans une affaire de contraventions administratives d’importance minimale pour l’individu, et sans égard à ses ressources financières, présente un intérêt digne de protection. (...) La prise en compte de toutes les conséquences d’une applicabilité de l’art. 6 à la présente affaire devrait montrer que l’arrêt conduit sur un terrain très éloigné de ce qu’on entend par ‘droits de l’homme et libertés fondamentales’, les seuls dont les organes de la Convention aient à assurer le respect*”.

### 2.2.5. Spunti di riflessione

Con la sentenza in esame, la Corte fornisce un contributo decisivo a delineare quello che è ancora oggi il perimetro della materia penale convenzionale. I passaggi di significativa novità rispetto al precedente *Engel*, cui pure la Corte espressamente si richiama, sono numerosi; ma su tre aspetti in particolare appare ora necessario soffermare l'attenzione.

A) Il contributo più importante e duraturo riguarda senz'altro la *definizione del contenuto del secondo criterio Engel*, relativo alla natura dell'illecito, che in *Engel* la Corte si era limitata ad enunciare; ora si assiste al tentativo di dare un contenuto a tale criterio, anche se il passaggio dedicatovi non brilla per chiarezza.

Sicuramente emerge come fondamentale per connotare come penale un certo illecito la *finalità punitiva e dissuasiva* attribuitagli dal legislatore. La sentenza torna tre volte sul profilo teleologico che sarebbe peculiare dell'illecito penale, anche se si esprime con una terminologia non priva di ambiguità. Una prima volta si afferma che la finalità dissuasiva della sanzione sarebbe ciò che caratterizza l'illecito penale addirittura "secondo il senso ordinario delle parole"; in un secondo passaggio si aggiunge alla finalità dissuasiva quella punitiva; in un terzo si parla di finalità preventiva e repressiva. Numerosi gli interrogativi che restano aperti: considerando pure come sinonimi il termine "punitivo" e "repressivo", quando la Corte parla di finalità dissuasiva intende qualcosa di diverso oppure no dalla finalità preventiva? la dissuasione, in quanto modalità di conseguire l'effetto preventivo, può considerarsi una sorta di *species* del *genus* prevenzione? e, comunque, sono necessarie entrambe le finalità (punitiva/repressiva e dissuasiva/preventiva) oppure è sufficiente accertare la finalità punitiva? e ancora, tali finalità sono proprie dell'illecito o, come in alcuni passaggi pare distinguere la Corte, della sanzione? Una volta che si provi a guardare da vicino in cosa davvero consista questa teleologia propria dell'illecito e della sanzione penale, ci si rende conto che le affermazioni contenute in *Öztürk* sono tutt'altro che univoche<sup>46</sup>.

L'incertezza aumenta se si pone poi mente al fatto che il criterio del finalismo della sanzione penale non è l'unico cui la Corte fa riferimento per argomentare la natura penale dell'illecito. Come visto sopra, infatti, a tale argomento viene affiancato quello strutturale<sup>47</sup> relativo all'applicabilità generale

---

<sup>46</sup> Per una ricostruzione della motivazione della Corte sul punto, cfr. la nota di C.E. PALIERO, *'Materia penale'*, cit., p. 912: "La Corte Europea si orienta con decisione usando come stella polare il *finalismo* della sanzione, ricostruito in termini di 'dissuasione' e, al tempo stesso, di 'repressione' secondo un modello squisitamente 'punitivo': altrimenti detto, alla Corte sembra decisivo poter riconoscere nella sanzione amministrativa un carattere marcatamente afflittivo e, soprattutto, un teleologismo orientato sulla '*prevenzione (generale e speciale)*' (corsivi nel testo).

<sup>47</sup> Utilizza quest'espressione C.E. PALIERO, *ibidem*.

della norma, nonché l'argomento comparatistico. Ma quale rilievo attribuire a tali criteri in rapporto a quello finalistico? la portata generale del precetto deve essere considerato un carattere indefettibile della norma penale?

Vedremo più innanzi se ed in che termini a questi interrogativi lasciati aperti dalla sentenza *Öztürk* abbia fornito risposta la giurisprudenza successiva; ciò che si può sin d'ora anticipare, però, è che le (scarne) affermazioni contenute sull'argomento in tale sentenza sono rimaste un ineludibile punto di riferimento per tutte le decisioni che l'hanno seguita.

B) Il *terzo criterio Engel*, relativo alla gravità della sanzione, esce decisamente *ridimensionato* rispetto a quanto era accaduto nel precedente omonimo. Mentre in *Engel* l'argomento dell'incidenza della sanzione sulla libertà personale del destinatario era risultato decisivo per l'attribuzione di natura penale ad un illecito disciplinare, ora la Corte riconosce tale qualifica ad un illecito punito con una sanzione pecuniaria di entità bagatellare.

La scelta della Corte di non analizzare neppure il criterio della gravità della sanzione, una volta qualificata come penale la natura dell'illecito, getta le basi per quello che, come vedremo, sarà poi il *Leit motiv* della giurisprudenza successiva, ossia la *natura alternativa* e non cumulativa del secondo e terzo criterio Engel. Qualora si riscontrino in un illecito i connotati che lo rendono penale ai sensi del secondo criterio Engel, la modesta (o modestissima, come nel caso specifico) carica afflittiva della sanzione non serve a revocare in dubbio la qualificazione in termini convenzionalmente penali.

Tale presa di posizione, che ha trovato l'opposizione di diversi giudici, marca in effetti una decisa differenza di significato in termini di politica del diritto rispetto ad *Engel*. In quel caso la Corte si era eretta a difensore del valore supremo della libertà personale rispetto alle etichette assegnate dal legislatore nazionale ad una certa misura afflittiva; ora la Corte rischia addirittura di compromettere con la sua decisione un istituto come la *Ordnungswidrigkeit*, che in tutta Europa era stato accolto come un esempio positivo di alleggerimento del potere repressivo dello Stato, almeno in relazione agli illeciti di minore gravità.

Vedremo nei capitoli successivi come le preoccupazioni espresse dal Governo tedesco e condivise da diversi giudici non troveranno riscontro nella realtà dei decenni successivi, ove l'attribuzione di natura convenzionalmente penale agli illeciti amministrativi non rappresenterà alcun ostacolo all'attuazione di politiche di depenalizzazione. In chiave di ricostruzione storica, rimane da considerare il coraggio dimostrato in questa occasione dalla Corte, che per difendere il principio per cui l'ambito delle garanzie convenzionali non dipende dalla qualificazione formale dei diversi legislatori, ha accettato di apparire d'ostacolo ad un processo, come la depenalizzazione degli illeciti minori, che in quegli anni trovava ampio consenso tanto a livello dei tecnici che dell'opinione pubblica. La decisio-

ne appare ancora più coraggiosa, considerata la modestia della vicenda concreta e del diritto che il ricorrente assumeva violato; ma anche in relazione ai casi meno eclatanti, pare ragionare la Corte, si deve saggiare la solidità dei principi e delle garanzie.

C) Proprio in chiusura della motivazione, la Corte mostra di voler affiancare al coraggio la prudenza, quando precisa come la riconduzione dell'illecito amministrativo all'ambito di applicabilità delle garanzie di cui all'art. 6 non significhi una bocciatura del processo di depenalizzazione, in quanto è sufficiente ai fini del rispetto della Convenzione che la sanzione applicata dall'autorità amministrativa possa essere contestata davanti ad un'autorità giudiziaria che rispetti le garanzie convenzionali relative al *volet pénal* della norma.

Il passaggio è molto breve (lo abbiamo riportato sopra integralmente), ma di grandissimo rilievo ai fini della nostra ricerca. La Corte ritiene ammissibile, pur senza affermarlo esplicitamente, modulare in modo diverso le garanzie di cui all'art. 6 a seconda che il procedimento abbia ad oggetto un illecito penale in senso stretto o un illecito penale solo in senso convenzionale.

Nessuno, infatti, dubiterebbe della contrarietà alle tutele dell'art. 6 di un ordinamento nazionale che prevedesse la possibilità per l'autorità amministrativa di infliggere, ad esempio, una sanzione di 30 anni di detenzione per omicidio, a condizione che il provvedimento possa essere impugnato davanti ad un tribunale che rispetti le garanzie convenzionali. È assolutamente pacifico, al punto che non si è mai sentita la necessità di specificarlo, che un sistema penale conforme all'art. 6 della Convenzione non possa prevedere che sia l'autorità amministrativa a svolgere le indagini e ad accertare la responsabilità penale, specie per reati che comportano l'applicazione di lunghe pene detentive. In relazione invece alle modalità di accertamento della responsabilità per gli illeciti amministrativi, la Corte, che pure riconduce tali illeciti all'area della materia penale, ritiene conforme alla Convenzione un sistema che preveda l'intervento di un tribunale come mera eventualità, nel caso di impugnazione di un provvedimento legittimamente emesso dall'autorità amministrativa senza rispetto delle garanzie dell'art. 6.

*In nuce*, la tesi della graduabilità delle garanzie a seconda del tipo di illecito, che come vedremo verrà teorizzata in maniera esplicita dalla Corte solo più di vent'anni dopo, con la sentenza *Jussila*, era dunque già presente in *Öztürk*.

Per evitare che la decisione di ampliare la nozione di materia penale agli illeciti amministrativi significasse davvero la bocciatura della depenalizzazione, la Corte è costretta qui a riconoscere la legittimità di una sanzione convenzionalmente penale che viene inflitta dall'autorità amministrativa. L'illecito solo convenzionalmente penale non ha allora esattamente il medesimo corredo di garanzie dell'illecito penale in senso stretto; la Corte

questo certo non lo afferma esplicitamente, ed anzi pare quasi voler celare nell'ultimo paragrafo un passaggio così importante della motivazione, definito di mera "precisazione" di quanto affermato sopra. Tuttavia, proprio questa graduabilità implicita delle garanzie è quanto consente alla Corte di rendere politicamente sostenibile la decisione di estendere all'illecito amministrativo la nozione di materia penale: un aspetto, dunque, tutt'altro che trascurabile dell'impianto argomentativo, nonostante la sua collocazione ai margini della motivazione.

### 2.3. La sentenza *Jussila* (2006)

#### 2.3.1. Premessa

La sentenza *Öztürk* apre la strada, negli anni successivi, ad un costante e progressivo ampliamento del numero di situazioni in cui la Corte si trova ad affrontare il problema dell'estensione delle garanzie penalistiche ad illeciti e sanzioni formalmente non penali. Vedremo nei prossimi paragrafi quali precisazioni vengano fornite rispetto alla definizione dei criteri Engel, così come i concreti ambiti di materia in cui si è posto il problema della loro applicazione; quanto però alla struttura generale dell'argomentazione, l'impianto rimane quello delineato in *Öztürk*.

Una novità significativa in questo panorama viene più di vent'anni dopo dalla sentenza *Jussila*<sup>48</sup>, che pur nella ribadita volontà di conformarsi alla tradizionale interpretazione dei criteri Engel, segna in realtà rispetto ad essa una svolta. Ci è parso utile pertanto collocare anche questa decisione all'interno di una sorta di trittico dei *leading cases* della Corte EDU sul tema della materia penale<sup>49</sup>, con cui non intendiamo peraltro sottovalutare l'importanza delle molte altre decisioni su cui soffermeremo più rapidamente l'attenzione nel seguito della trattazione. Nell'analisi della sentenza, oltre ovviamente a segnalare il profilo di maggiore novità, coglieremo l'occasione per mettere a fuoco alcune specifiche questioni relative all'applicazione dei criteri Engel, dibattute nella giurisprudenza successiva ad *Öztürk*, e che in *Jussila* trovano soluzione a livello di Grande camera.

#### 2.3.2. La vicenda

Il ricorrente, cittadino finlandese, era stato ritenuto responsabile di un'evasione in materia di IVA dall'autorità fiscale del proprio Paese, che gli aveva applicato una maggiorazione di imposta del 10% sulla somma

<sup>48</sup> Corte EDU, GC, 23.11.2006, *Jussila c. Finlandia*.

<sup>49</sup> Per l'individuazione delle tre decisioni analizzate in questo paragrafo come le più rilevanti in materia, cfr. *ex multis* V. MANES, *Profili e confini*, cit., p. 995 e F. MAZZACUVA, *La materia penale*, cit., p. 1891.

ritenuta evasa (l'importo di tale maggiorazione era intorno ai 300 euro). Egli aveva fatto opposizione contro tale provvedimento davanti al tribunale amministrativo competente, chiedendo, oltre alla propria personale audizione, anche quella dell'ispettrice delle imposte che si era occupata del caso e di un esperto a sua scelta. Il tribunale, acquisita la relazione dell'ispettrice e la consulenza di parte, aveva ritenuto superflua la fissazione dell'udienza, ritenendo di aver acquisito tutte le circostanze rilevanti ai fini della decisione, ed aveva respinto tutte le doglianze del sig. Jussila. Respinta dalla Corte suprema amministrativa la richiesta di impugnazione, il ricorrente aveva adito la Corte EDU allegando nella mancata fissazione dell'udienza di audizione delle parti e dei testi una violazione dell'art. 6.

### 2.3.3. I criteri Engel nella materia fiscale

La ragione della scelta della quarta sezione della Corte, cui era stato in origine assegnato il ricorso, di rinviare d'ufficio la decisione alla Grande camera, derivava dalla difformità di opinioni che si era venuta a creare nella giurisprudenza delle sezioni semplici riguardo all'applicazione dei criteri Engel nella materia fiscale, ed all'attribuzione o meno di natura penale a sovrattasse del tipo di quella inflitta al sig. Jussila.

La sentenza ricorda come nel precedente *Bendenoun*<sup>50</sup> la Corte, chiamata a decidere della natura penale di una maggiorazione d'imposta applicata in seguito all'accertamento di una frode fiscale, avesse implicitamente proposto – senza nemmeno citare i criteri Engel, ma affermando di richiamarsi ai principi di *Öztürk* – una propria ed in parte diversa criteriologia di ciò che in ambito fiscale caratterizzerebbe un illecito penale. In replica agli argomenti del Governo francese che negava la natura penale della misura, la Corte aveva in quell'occasione individuato quattro elementi che al contrario sarebbero indicativi di tale misura: 1) l'*applicabilità generale* del precetto a tutti i cittadini e non ad una specifica categoria di soggetti; 2) la *finalità non di riparare* un danno, ma di *punire* una condotta a fine deterrente; 3) la *finalità insieme preventiva e repressiva* della norma; 4) la *gravità della sanzione*<sup>51</sup>. Sulla base di una considerazione unitaria di

<sup>50</sup> Corte EDU, 24.2.1994, *Bendenoun c. Francia*.

<sup>51</sup> Corte EDU, *Bendenoun*, cit., § 47: "Quant au cas d'espèce, la Cour ne sous-estime pas l'importance de plusieurs des éléments avancés par le Gouvernement. Elle relève cependant, à la lumière de sa jurisprudence et notamment de l'arrêt *Öztürk* précité, que quatre facteurs jouent dans le sens opposé. En premier lieu, les faits incriminés tombaient sous le coup de l'art. 1729 § 1 du code général des impôts. Or il concerne tous les citoyens en leur qualité des contribuables, et non un groupe déterminé doté d'un statut particulier; il leur prescrit un certain comportement et assortit cette exigence d'une sanction. Deuxièmement, les majorations d'impôt ne tendent pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais visent pour l'essentiel à punir pour empêcher la répétition d'agissements semblables. Troisièmement, elles se fondent sur une norme de caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif. Enfin, elles revêtaient en l'occurrence une

tali elementi, nessuno dei quali risultava di per sé decisivo, la Corte era giunta alla conclusione che la misura presentava carattere penale<sup>52</sup>.

Tale nuova criteriologia non aveva trovato riscontro in alcune decisioni successive, ed in particolare nella sentenza *Janosevic* della prima sezione<sup>53</sup>, che, senza nemmeno citare *Bendenoun*, aveva fatto applicazione dei criteri Engel, ritenendo la maggiorazione d'imposta misura penale ai sensi tanto del secondo quanto del terzo di tali criteri.

Richiamandosi invece a *Bendenoun*, una pronuncia successiva (*Morel*)<sup>54</sup> aveva valorizzato il riferimento dei "criteri Bendenoun" alla gravità della sanzione, ed aveva escluso che ad una sanzione "*de faible importance*" come una maggiorazione d'imposta del 10% fossero da applicare le garanzie del *volet pénal* dell'art. 6.

Con la sentenza ora in esame, la Grande camera prende decisamente le distanze tanto da *Bendenoun*, quanto da *Morel*. Quanto a *Bendenoun*, la Grande camera ne riduce la portata, negando che la Corte in tale occasione abbia voluto proporre una criteriologia della materia penale alternativa ai criteri Engel, ma interpretando il passaggio della sentenza relativo ai quattro elementi decisivi per la natura penale come un implicito rinvio ai criteri tradizionali<sup>55</sup>. Quanto invece a *Morel*, la Corte lo considera un precedente isolato<sup>56</sup>, di cui non condivide la scelta di ritenere necessario per la qualificazione come penale di una misura il superamento di una certa soglia di gravità, e conferma l'orientamento, tradizionale sin a partire da *Öztürk* e fatto proprio anche per la materia fiscale da *Janosevic*, per cui, al ricorrere degli elementi del secondo criterio Engel<sup>57</sup>, la modesta portata afflittiva della sanzione non fa venir meno la qualificazione come misura convenzionalmente penale, in quanto il secondo ed il terzo criterio sono tra loro *alternativi e non cumulativi*.

---

*ampleur considérable puisqu'elles s'élevaient à 422534 F, et le défaut de paiement exposait M. Bendenoun à l'exercice, par les juridictions répressives, de la contrainte par corps*".

<sup>52</sup> Ibidem: "Ayant évalué le poids respectif des divers aspects de l'affaire, la Cour note la prédominance de ceux qui présentent une coloration pénale. Aucun d'eux n'apparaît décisif à lui seul, mais additionnés et combinés ils confèrent à l'accusation litigieuse un 'caractère pénal' au sens de l'art. 6".

<sup>53</sup> Corte EDU, 23.7.2002, *Janosevic c. Svezia*; la sentenza *Jussila* cita anche, in senso conforme, la coeva Corte EDU, 23.7.2002, *Västberga Taxi Aktiebolag et al. c. Svezia*.

<sup>54</sup> Corte EDU, 3.6.2003, *Morel c. Francia* (dec.).

<sup>55</sup> Corte EDU, *Jussila*, cit.: "Dans le contexte de cette affaire, les éléments en question peuvent être considérés comme faisant partie de ceux que la Cour a pris en compte pour se prononcer sur l'application des deuxième et troisième critères Engel aux faits de la cause, car rien n'indique qu'elle ait entendu s'écarter de sa jurisprudence antérieure ou poser des principes distincts en matière fiscale": § 32.

<sup>56</sup> La Corte parla di "une exception parmi les affaires publiées" (§ 34).

<sup>57</sup> Elementi che la Grande Camera sintetizza come "généralité de la norme, sanction dépourvue de caractère indemnitaire poursuivant un but préventif et répressif": *ibidem*.

Ribadita così la generale portata applicativa dei criteri Engel, cui non fa eccezione la materia fiscale<sup>58</sup>, la Corte reputa nel caso concreto la misura inflitta al sig. Jussila convenzionalmente penale ai sensi del secondo criterio Engel (definito come il più importante dei tre), in quanto tale misura trova applicazione generale (non è rilevante che l'IVA sia un'imposta dovuta solo da coloro che svolgono determinate attività)<sup>59</sup> e non mira a riparare un danno, ma ha finalità repressiva e preventiva. Il fatto poi che la modesta entità della sanzione non permetta di ritenere integrato il terzo criterio, non incide, per le ragioni appena ricordate, sul giudizio di riconduzione della maggiorazione d'imposta all'area della materia penale.

#### 2.3.4. *Le garanzie convenzionali ed il "nocciolo duro" della materia penale*

Il problema che la Corte deve a questo punto affrontare, una volta qualificata la misura come penale, è verificare se la procedura seguita per la sua applicazione rispetti o meno le garanzie di cui all'art. 6, ed in particolare se tale norma debba ritenersi violata per il fatto che il tribunale amministrativo, presso il quale il ricorrente aveva fatto ricorso, non avesse ritenuto necessario fissare un'udienza di trattazione del caso.

La Corte riconosce al diritto ad una udienza pubblica di cui all'art. 6 § 1 il rango di "principio fondamentale", che riveste altresì una particolare importanza in materia penale. La Corte tuttavia prosegue ricordando come a tale diritto non corrisponda comunque un obbligo inderogabile da parte dello Stato<sup>60</sup>, e cita diversi precedenti in cui, per controversie di natura civile, era stato ritenuto legittimo per lo Stato prevedere come non necessaria, al ricorrere di alcune condizioni, la celebrazione di una pubblica udienza<sup>61</sup>.

---

<sup>58</sup> *"La Cour n'adhère pas à la thèse selon laquelle les procédures de redressement fiscal doivent ou devraient, en raison de leur nature même, échapper à la protection de l'art. 6. Les arguments qui ont été invoqués au soutien de pareille thèse en matière de discipline pénitentiaire et d'infractions légères aux règles de la circulation routière ont été rejetés par la Cour (voir, entre autres, Ezeh et Connors ainsi que Öztürk, précités). Si la Cour ne doute pas de l'importance de l'impôt pour le bon fonctionnement de l'Etat, elle n'est pas convaincue qu'il faille affranchir les sanctions fiscales des garanties procédurales contenue dans l'art. 6 pour préserver l'efficacité du système fiscal ni d'ailleurs que pareille démarche puisse se concilier avec l'esprit et le but de la Convention"*: § 36.

<sup>59</sup> *"(La Cour) n'est pas convaincue par l'argument du Gouvernement selon lequel la TVA ne s'applique qu'à un group déterminé des personnes ayant un statut particulier car en l'espèce le requérant était assujéti à cet impôt en tant que contribuable. Le fait que l'intéressé a choisi de soumettre son activité professionnelle au régime de la TVA ne modifie pas la situation à cet égard"*: § 38.

<sup>60</sup> *"L'obligation de tenir une audience publique n'est pas absolue"*: § 41.

<sup>61</sup> Su questo orientamento, cfr. i §§ 41 e 42 della sentenza, ove si riportano precedenti in cui non era stata ritenuta necessaria l'udienza (in materia civile) *"pour les affaires ne soulevant pas de question de crédibilité ou ne suscitant pas de controverse sur les faits qui auraient*

La Grande camera ritiene che, per quanto le esigenze del giusto processo siano più rigorose in ambito penale, non sia tuttavia da escludere che, almeno per alcuni procedimenti penali, i tribunali possano ritenere superflua la celebrazione dell'udienza. Pur ammettendo infatti che ogni procedimento penale, avendo ad oggetto l'imposizione di misure a carattere repressivo e dissuasivo, rivesta una certa gravità, la sentenza ritiene comunque che non tutti i procedimenti penali abbiano "lo stesso peso"<sup>62</sup>. Inoltre, con l'introduzione dei criteri Engel, sono stati attratti nell'ambito di applicabilità del *volet pénal* dell'art. 6 anche ambiti di disciplina estranei alla materia penale in senso formale, quali gli illeciti amministrativi, le violazioni della disciplina penitenziaria, gli illeciti doganali, le sanzioni pecuniarie per violazione del diritto della concorrenza o inflitte dalle autorità finanziarie<sup>63</sup>.

Il punto di assoluta novità della sentenza sta nell'affermazione (peraltro priva di alcun reale sostegno argomentativo) che, per le misure non rientranti nel "*nocciolo duro* del diritto penale", le garanzie penalistiche dell'art. 6 "non devono necessariamente applicarsi in tutto il loro rigore"<sup>64</sup> (a sostegno di tale affermazione, vengono citati i passaggi di *Bendenoun* e *Janosevic* ove la Corte aveva ritenuto ammissibile che in ambito fiscale la sanzione venisse emessa da un'autorità amministrativa, a condizione che il privato potesse fare ricorso contro tale decisione ad un tribunale ove erano rispettate le garanzie dell'art. 6).

Poste queste premesse, la Corte ritiene di non censurare la decisione del tribunale amministrativo che aveva giudicato superflua la celebrazione dell'udienza. Considerato come la somma in gioco fosse minima, l'accusato avesse avuto ampia occasione di contestare per iscritto gli addebiti, ed il tribunale avesse motivato il rifiuto di fissare l'udienza, la sentenza conclude affermando che "le esigenze di *equità* sono state soddisfatte,

---

*requis une audience, et pour lesquelles les tribunaux peuvent se prononcer de manière équitable et raisonnable sur la base des conclusions présentées par les parties et d'autres pièces*"; oppure ove la Corte, in materia di sicurezza sociale, aveva affermato che "*les autorités nationales peuvent tenir compte d'impératifs d'efficacité et d'économie, jugeant par exemple que l'organisation systématique de débats peut constituer un obstacle à la particulière diligence requise en matière de sécurité sociale*"; o ancora dove la Corte si era orientata ad una valutazione ispirata al "*principe d'équité*".

<sup>62</sup> "S'il faut garder à l'esprit que les procédures pénales, qui ont pour objet la détermination de la responsabilité pénale et l'imposition de mesure à caractère répressif et dissuasif revêtent une certaine gravité, il va de soi que certaines d'entre elles ne comportent aucun caractère infamant pour ceux qu'elles visent et que les 'accusations en matière pénale' n'ont pas toutes le même poids": § 43.

<sup>63</sup> Per ognuno di tali ambiti, la Corte cita la decisione che per prima ha ricondotto le relative misure all'ambito penale: cfr. § 43.

<sup>64</sup> "*Les majorations d'impôt ne faisant pas partie du noyau dur du droit pénal, les garanties offertes par le volet pénal de l'art. 6 ne doivent pas nécessairement s'appliquer dans toute leur rigueur*": *ibidem*.

e, in considerazione delle circostanze della vicenda concreta, esse non imponevano la celebrazione dell'udienza"<sup>65</sup>.

### 2.3.5. *Le opinioni separate*

Alla decisione della maggioranza (assunta quanto alla qualifica come penale della misura con voto di tredici giudici contro quattro) vengono allegiate due opinioni parzialmente dissidenti.

La prima opinione<sup>66</sup> contesta la decisione di non ritenere rilevante, ai fini del riconoscimento della natura penale della maggiorazione d'imposta, il suo carattere di modesta gravità. Gli estensori valorizzano il (così denominato) "quarto criterio Bendenoun", relativo all'"*ampleur considérable*' della maggiorazione imposta, e ritengono che in ambito fiscale ai tradizionali tre criteri Engel ne vada aggiunto un quarto, decisivo per dare '*coloration pénale*' alla misura, e relativo al suo significativo carattere afflittivo. In mancanza di tale carattere, e considerati non decisivi né l'argomento relativo al carattere generale della norma<sup>67</sup> né quello relativo al suo effetto dissuasivo e repressivo (che viene ritenuto comune tanto alle sanzioni penali che a quelle amministrative)<sup>68</sup>, la misura non doveva essere ritenuta sussumibile tra quelle cui si applicano le garanzie dell'art. 6.

La seconda opinione<sup>69</sup> muove alla decisione della maggioranza una critica in senso opposto, ritenendo non solo che la misura fosse qualificabile come penale, ma altresì che la mancata fissazione dell'udienza abbia comportato una violazione dell'art. 6. I giudici censurano il fatto che per la prima volta la Corte abbia riconosciuto anche in materia penale la possibilità di non fissare udienza pubblica, ritenendo errata l'assimilazione del processo civile a quello penale in quanto ogni procedimento penale ha di per sé carattere infamante, quale che sia la gravità della sanzione, anche se ovviamente il grado di stigmatizzazione dipende dalla gravità dei fatti contestati. Dall'insieme delle garanzie predisposte per la materia penale dai § 1 e 3 dell'art. 6, emergerebbe come "la celebrazione di un'udienza è una delle condizioni assolutamente indispensabili per un giusto processo in materia penale".

---

<sup>65</sup> § 48.

<sup>66</sup> Opinione parzialmente dissidente redatta dai giudici COSTA, CABRAL BARRETO e MUNARONI, cui si associa il giudice CALFISCH.

<sup>67</sup> "*Pourquoi ne serait-il possible d'appliquer à tous les contribuables qui enfreignent la loi des sanctions administratives (sous la forme de majoration d'impôt), et quel raisonnement juridique permet de conclure que, de ce fait, ces sanctions administratives sont pénales par nature ?*": § 8.

<sup>68</sup> "*On peut trouver une finalité dissuasive et une finalité répressive aussi bien dans le cas de sanctions pénales que dans le cas de sanctions purement administratives*": § 9.

<sup>69</sup> Opinione parzialmente dissidente del giudice Loucaides, alla quale si associano i giudici Zupančič e Spielmann.

La critica più interessante, ai fini della nostra ricerca, è quella relativa alla categoria di nuova introduzione del “nocciolo duro” del diritto penale. Gli estensori affermano la propria contrarietà all’idea di limitare la piena applicabilità delle garanzie dell’art. 6 solo ad alcuni illeciti penali e non a tutti, e pongono altresì in luce la mancanza nel parere della maggioranza di alcun tentativo di definire con un minimo di precisione tale categoria, la cui adozione non potrebbe che condurre a valutazioni arbitrarie<sup>70</sup>.

### 2.3.6. Spunti di riflessione

Con la sentenza appena analizzata, la Grande camera segna due passaggi importanti quanto al tema che qui ci interessa.

A) In primo luogo, la Corte mette fine al tentativo di una parte della giurisprudenza di derogare all’uso dei criteri Engel in materia fiscale.

Proprio in tale ambito, l’ampia estensione assunta dalla nozione di materia penale dopo *Öztürk* aveva incontrato una forte resistenza da parte di diversi governi, che sostenevano di vedere in questo modo compromessa la capacità di tutelare in maniera efficace il fondamentale interesse economico dello Stato alla riscossione dei tributi. Venendo incontro a tale esigenza, alcune pronunce della Corte avevano adottato una nozione di illecito penale più ristretta rispetto a quella tradizionale, richiedendo per tale qualificazione l’ulteriore e necessario requisito della significativa afflittività della misura.

Ora la Corte, nella sua composizione più autorevole, boccia in maniera decisa l’idea di una differenziazione dei criteri per la materia penale a seconda dei contesti in cui il problema si pone. Chiamando a sostegno i precedenti di Grande camera *Öztürk* e *Ezeh e Connors*<sup>71</sup>, la sentenza ribadisce che i criteri Engel hanno portata generale, e che nessun argomento relativo alla particolare importanza dello specifico interesse perseguito dallo Stato (nel caso di specie, la riscossione dei tributi) può condurre ad adottare criteri più restrittivi di quelli tradizionali per stabilire l’applicabilità delle garanzie penalistiche di cui all’art. 6.

Non soltanto quindi la Corte, come vedremo ampiamente più avanti, adotta una nozione sostanzialmente unitaria di materia penale per tutte le garan-

---

<sup>70</sup> “Il me paraît difficile, dans le contexte d’un procès équitable, de distinguer, à l’instar de la majorité, entre les infractions pénales ressortissant au ‘noyau dur du droit pénal’ et celles qui n’en relèvent pas. Où doit-on tracer la frontière entre les unes et les autres ? Dans quelle catégorie doit-on placer les infractions réprimées par des peines qui peuvent apparaître légères en elles-mêmes mais qui risquent d’aboutir à des graves sanctions en cas de récidive ? Je considère que les garanties du procès équitable consacrées par l’art. 6 valent pour toutes les infractions pénales (...) si elle devait être entérinée, la distinction en question ouvrirait la voie aux abus et à l’arbitraire”.

<sup>71</sup> Corte EDU, GC, 9.10.2003, *Ezeh e Connors c. Regno unito*, relativa a sanzioni disciplinari in ambito penitenziario: su tale sentenza cfr. in particolare *infra*, § 4.2.

zie convenzionali ad essa attinenti, ma con *Jussila* ne afferma anche l'applicazione generalizzata a *tutti gli ambiti di materia*. Su questa base teorica, si è ulteriormente consolidato negli anni successivi il processo di progressivo ampliamento dei contesti in cui vengono applicati i criteri Engel, senza che la loro portata generale (per materia) sia più stata messa in discussione.

B) La vera novità della sentenza consiste, però, come già abbiamo evidenziato, nell'affermazione che vi sono illeciti, pure convenzionalmente penali secondo i criteri Engel, che tuttavia non rientrano nel “*nocciolo duro*” del diritto penale, e rispetto ai quali le garanzie dell'art. 6 possono essere applicate in modo meno rigoroso, alla luce di parametri equitativi.

Viene così per la prima volta esplicitato quello che era stato un presupposto latente nella giurisprudenza sin da *Öztürk*: l'estensione delle garanzie procedurali di cui al *volet pénal* dell'art. 6 ad illeciti formalmente non penali non comporta necessariamente che i procedimenti per tali illeciti siano assistiti dalle medesime garanzie del processo penale. Si tratta insomma del non detto che in *Öztürk* stava a fondamento della possibilità, mai posta in discussione dalla giurisprudenza successiva, che ad applicare le sanzioni amministrative (e solo convenzionalmente penali) fosse un'autorità non qualificabile come un 'tribunale indipendente ed imparziale' ai sensi dell'art. 6, a condizione che il successivo ed eventuale processo di impugnazione della sanzione rispettasse le garanzie previste da tale norma. Ora la possibilità di un trattamento differenziato tra illeciti pur qualificabili tutti come penali secondo i criteri Engel viene affermato *expressis verbis* e dotato di portata generale, valendo per tutte le garanzie dell'art. 6: anche per quelle, come il diritto ad un'udienza pubblica, cui la stessa Corte riconosce il carattere di “principio fondamentale”.

Torneremo più avanti su questo tema, al fine soprattutto di verificare se vi sia o meno qualche consonanza tra la nozione di “nucleo duro del diritto penale” elaborata in questa occasione dalla Corte EDU e quella di “nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio” proposta nel 2017 dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 43.

In questa sede può essere sufficiente mettere in evidenza come, a fronte di un passaggio concettualmente così importante come l'introduzione di diverse sotto-categorie di illeciti penali all'interno del concetto di materia penale convenzionale, non vi sia stato alcuno sforzo della Corte di definire i concetti di nuovo conio, di cui in sostanza ci si limita a predicare l'esistenza. Come messo correttamente in luce in una delle opinioni separate, nessuna indicazione viene fornita su dove tracciare, e sulla base di quali criteri, la linea di demarcazione tra illeciti penali che stanno dentro o fuori questo nucleo duro.

In buona sostanza l'unica cosa che *Jussila* dice con chiarezza è che esiste un nucleo duro del diritto penale, e che per gli illeciti che ne stanno fuori le garanzie dell'art. 6 sono modulabili secondo criteri equitativi. Sa-

rebbe stato compito della giurisprudenza successiva delineare in modo più preciso cosa si debba intendere per nucleo duro, e precisare meglio a cosa ci si riferisca quando si parla di applicazione delle garanzie non in tutto il loro rigore; purtroppo, però, come vedremo, a questo compito sinora la Corte si è in buona misura sottratta.

#### 2.4. Conclusioni provvisorie e sviluppo del lavoro

Il lungo percorso attraverso le motivazioni dei tre *leading cases* della Corte EDU ci ha permesso di enucleare il contenuto fondamentale del concetto di materia penale, che ancora oggi è sostanzialmente assestato, almeno in ordine alla struttura generale della criteriologia di *Engel*, sulle posizioni di *Öztürk* e *Jussila*. Studiare la nozione convenzionale di materia penale attraverso le tappe salienti della sua evoluzione ci ha consentito di comprenderne non solo il profilo concettuale, ma anche il contesto giuridico-politico di riferimento, che dà conto di alcuni passaggi rendendoli meglio intellegibili.

Abbiamo visto così come con la sentenza *Engel* l'idea di una nozione convenzionale di materia penale, indipendente dalla qualificazione della misura secondo il diritto interno, sia nata negli anni Settanta all'insegna della difesa della libertà personale dell'individuo da un legislatore che, con una "truffa delle etichette", sottrae dalle garanzie procedurali dell'art. 6 misure gravemente incidenti su tale bene giuridico fondamentale.

Il medesimo impianto concettuale è poi servito, nel decennio successivo, ad un'operazione politicamente tutt'affatto differente. Con *Öztürk* la Corte ha voluto imporre nel pieno della stagione della depenalizzazione che gli Stati riconoscessero anche alla figura dell'illecito amministrativo le garanzie procedurali dell'art. 6 CEDU<sup>72</sup>, al fine di evitare che la scelta pur

---

<sup>72</sup> A conferma di quanto la decisione della Corte fosse all'epoca controversa, è significativo notare come dopo solo due anni la medesima questione della qualificazione come penale ai sensi dell'art. 6 di un illecito amministrativo tedesco in materia di circolazione stradale torni di nuovo all'attenzione della Grande camera (Corte EDU, GC (Plenaria), 25.8.1987, *Lutz c. Germania*). I giudici dovevano decidere un caso per molti versi simile ad *Öztürk*. Il ricorrente si lamentava del fatto che, all'esito di un procedimento amministrativo in materia di infrazioni stradali conclusosi con una dichiarazione di estinzione dell'illecito per prescrizione, il tribunale avesse deciso di lasciare a carico del ricorrente le spese da lui sostenute nel corso della procedura; nel ricorso si affermava la riconducibilità del procedimento in questione alla materia penale, e la violazione dell'art. 6 § 2 in quanto l'attribuzione delle spese al ricorrente in assenza di un'affermazione di responsabilità avrebbe violato la presunzione d'innocenza. Risultava decisiva la questione della natura penale dell'*Ordnungswidrigkeit*, e la Camera ha ritenuto di investire ancora della questione la formazione plenaria, che ha espressamente confermato sul punto il proprio recente precedente con quattordici voti contro tre (il ricorso è poi stato respinto, in quanto non è stato ritenuto violato l'art. 6); l'estensione dell'art. 6 all'illecito amministrativo tedesco ha dunque avuto bisogno di trovare eccezionalmente conferma in un secondo arresto della Grande camera, viste le forti perplessità che la prima decisione aveva sollevato.

apprezzabile di sottrarre gli illeciti bagatellari all'area del diritto penale si risolvesse, di fatto, in un aggiramento delle istanze convenzionali di tutela. Qui non si trattava, per espresso riconoscimento della Corte, di una truffa delle etichette, posto che il nuovo tipo di illecito amministrativo differiva realmente, sotto il profilo sostanziale quanto procedurale, dall'illecito penale in senso stretto. La Corte ha ritenuto però che le fondamentali garanzie procedurali dell'art. 6 fossero da estendere a tutte le misure a finalità punitiva e dissuasiva, quale che fosse la loro gravità e la loro qualificazione formale. I giudici avevano intravisto che, nelle pieghe di un fenomeno pur positivo come la depenalizzazione, potesse annidarsi il rischio di un formalismo che di fatto consegnava agli Stati le chiavi delle garanzie convenzionali, ed hanno voluto riaffermare la sostanza dei limiti allo *ius puniendi* apposti dalla Convenzione. Per altro verso, già i giudici del caso *Öztürk* avevano tuttavia ben chiaro come la riconduzione dell'illecito amministrativo all'area del penale non potesse essere intesa in senso rigoroso come trasposizione di tutte le garanzie convenzionali del processo penale al procedimento amministrativo, ed in una prospettiva di rispetto della depenalizzazione da subito prevedero la possibilità che le tutele di cui all'art. 6 fossero garantite solo in fase di impugnazione.

Con *Jussila* la Corte si trova a dover "difendere" i criteri Engel in un contesto, come quello fiscale, dove gli Stati vedono con particolare sfavore ogni intervento limitativo della loro potestà punitiva, ed individua il punto di compromesso nel riconoscere senza infingimenti che sussistono diverse categorie di illeciti penali, e rispetto a quelli non rientranti nel nucleo duro del diritto penale le garanzie dell'art. 6 sono da modulare in modo equitativo.

All'interno di questa cornice concettuale e storica, passeremo nei prossimi paragrafi ad analizzare più da vicino i singoli profili teorici della materia penale, atualizzando alle sentenze più recenti gli indirizzi della giurisprudenza sulla criteriologia Engel<sup>73</sup>. Posto che il primo criterio relativo

---

<sup>73</sup> Per una ricostruzione 'alternativa' dei criteri della materia penale convenzionale, cfr. F. CONSULICH, *'Materia penale'*, cit., p. 74: "Premesso che per la Corte di Strasburgo la qualificazione dell'illecito ha solo valore *formale* e *relativo*, la natura di questo si individua alla luce di tre criteri: 1) *natura della violazione*, a sua volta indicata a) dall'*analisi comparata* dell'istituto oggetto di violazione e poi di sanzione; b) dalla *struttura del precetto* (generale o diretto a specifici destinatari); c) dalla *natura del procedimento* (ad esempio deve considerarsi il suo carattere generale o la possibilità che durante il suo svolgimento una sanzione pecuniaria possa essere convertita in detentiva); 2) *natura della sanzione*, in particolare: a) la sua *capacità afflittiva* e b) il suo *finalismo punitivo e preventivo* e 3) *grado di severità della sanzione stessa*". Oltre che per la mancata precisazione di quali siano gli aspetti che differenziano i due parametri (che a noi paiono sinonimi) della capacità afflittiva e del grado di severità della sanzione, tale ricostruzione desta perplessità laddove non tiene in considerazione che per la giurisprudenza della Corte, come già ampiamente ricordato, il primo criterio è rappresentato dalla qualificazione formale della misura mentre natura e gravità della sanzione costituiscono insieme il terzo criterio; l'autore quindi propone una propria perso-

alla qualificazione giuridica nell'ordinamento nazionale non pone particolari questioni interpretative, soffermeremo ora l'attenzione sul secondo e terzo criterio Engel, e sui rapporti sussistenti tra gli stessi.

### 3. Il secondo criterio Engel: la natura dell'illecito

#### 3.1. Premessa

Il criterio della “*natura stessa dell'illecito*”, per riprendere alla lettera la sua formulazione originaria, rappresenta senz'altro il *tratto distintivo della criteriologia convenzionale* della materia penale.

Ben più che come strumento di tutela da indebite ingerenze dello Stato sul diritto alla libertà personale, l'estensione della nozione convenzionale di materia penale è storicamente servita per arricchire di contenuto garantistico la disciplina di illeciti puniti con sanzioni non incidenti, neppure indirettamente, su tale diritto. E a tale risultato si è giunti non certo in applicazione del terzo criterio Engel relativo alla gravità della sanzione, bensì proprio in ragione del criterio ora in esame, che nell'interpretazione teleologica adottata dalla Corte ha esteso le garanzie penalistiche convenzionali a tutta la materia *lato sensu* punitiva.

Se indubbiamente la *finalità dell'illecito* ha un peso preponderante nell'attribuzione allo stesso della qualifica come penale, la Corte tuttavia sin dalla decisione *Öztürk* vi ha affiancato altri criteri, *in primis* quello della *generalità dei destinatari* della norma<sup>74</sup>.

Di seguito andremo allora in primo luogo a chiarire meglio in cosa consista il finalismo proprio delle misure penali secondo la Corte, e ci soffermeremo poi sugli elementi sussidiari del secondo criterio Engel.

---

nale ricostruzione della nozione di materia penale, evidentemente diversa da quella in realtà utilizzata dalla giurisprudenza.

<sup>74</sup> Per una schematizzazione dei diversi criteri in cui si sostanzia il canone della natura dell'illecito, cfr. in particolare M. SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole: il 'caso' delle sanzioni amministrative*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1401 ss. (cit. da versione on-line): “la natura dell'illecito è concretizzata dalla Corte nella prospettiva del *contenuto*, della *struttura* e della *finalità* della fattispecie sanzionatoria: quanto al contenuto, si fa riferimento alla gravità del fatto sanzionato, valutata sulla base del danno prodotto o della riprovazione sociale suscitata; quanto alla struttura, è valorizzata la portata generale e astratta del precetto punitivo (contrapposta a quella individuale o settoriale propria, ad esempio, della materia disciplinare); quanto alla finalità, dirimente risulta la funzione retributiva o repressivo-punitiva della sanzione, ‘contrapposta’ a quella prettamente risarcitoria, ripristinatoria o preventiva, che vale invece a caratterizzare la materia come ‘non penale’” (p. 2).

### 3.2. La teleologia dell'illecito penale convenzionale

#### 3.2.1. Premessa

Abbiamo già avuto modo di notare come la sentenza *Öztürk*, cui si deve l'originaria collocazione della finalità dell'illecito tra i caratteri distintivi della materia penale, fosse stata tutt'altro che chiara nel precisare i contorni di tale pretesa finalità tipica dell'illecito penale<sup>75</sup>. Prima si individua come peculiare della sanzione penale la sua finalità *dissuasiva*; poi si parla di scopo dissuasivo e *punitivo*; infine si fa riferimento ad una finalità *al contempo preventiva e repressiva*. Da un punto di vista letterale, dunque, non vi è alcuna contrapposizione tra finalità punitiva-repressiva e finalità preventiva; anzi, la finalità preventiva, specie se tale finalità viene perseguita attraverso lo strumento della dissuasione, è individuata come una caratteristica tipica dell'illecito penale, al punto che nella definizione di ciò che sarebbe da considerare come penale "secondo il senso ordinario delle parole", è proprio la finalità dissuasiva, e non quella punitiva, ad essere individuata come elemento necessario.

L'evoluzione della giurisprudenza non fornisce un contributo decisivo nel risolvere le ambiguità del *leading case*, almeno a livello teorico. Nessuna delle decisioni successive si impegna in una ricostruzione più precisa di cosa si debba intendere con queste finalità, né di quali siano i rapporti tra le stesse. Piuttosto che dalle formule utilizzate per definire le finalità tipiche dell'illecito penale, spesso stereotipate e meramente ripetitive dei precedenti più noti, dovremo induttivamente cercare qualche indicazione soprattutto dallo studio dei casi in cui la Corte ha negato che ad una certa misura afflittiva potesse attribuirsi la finalità tipica dell'illecito penale, o perché assente, o perché soccombente rispetto ad altre finalità reputate di significato prevalente.

In relazione ad un concetto così complesso come la teleologia dell'illecito (penale), che da sempre impegna i giuristi, sarebbe stato in effetti illusorio attendersi un solido quadro teorico di riferimento in una giurisprudenza, come quella della Corte EDU, che ha nel suo DNA l'attenzione al caso concreto e la diffidenza da teoriche troppo rigide. Preso atto allora della natura strutturalmente *flou* del formante convenzionale, il procedimento euristicamente più efficace per cercare di delineare la finalità tipica dell'illecito convenzionalmente penale ci pare quello di verificare a quali diverse finalità essa è stata contrapposta, in modo almeno da poterne delineare abduttivamente gli spazi applicativi.

---

<sup>75</sup> Cfr. *supra*, § 2.2.5 A).

### 3.2.2. Finalità punitiva vs. finalità preventiva

Se al momento della loro prima formulazione nella sentenza *Öztürk* la finalità punitiva e quella preventiva erano considerate entrambe caratteristiche dell'illecito penale convenzionale, nel corso degli anni proprio la *dicotomia punizione-prevenzione* è diventata invece il vero caposaldo dell'intera criteriologia convenzionale della materia penale<sup>76</sup>. Oggi, dovendo fornire un primo punto di orientamento riguardo al contenuto del secondo criterio Engel, risulta senz'altro centrale la contrapposizione tra la *finalità punitiva*, propria dell'illecito penale convenzionale, e quella *preventiva*, la cui ricorrenza esclude l'applicabilità delle garanzie della materia penale.

A) Iniziando a vagliare le tipologie di situazioni in cui l'applicazione di tale criterio è risultato decisivo per *negare* la natura penale di una misura, il primo ambito tradizionale di esclusione, di particolare rilievo per il penalista italiano, è quello delle *misure di prevenzione* presenti nel nostro ordinamento.

Il carattere penale di tali misure viene escluso dalla Corte già nella prima occasione in cui le viene sottoposto il problema, relativo all'applicazione della misura della *sorveglianza speciale*: nella sentenza apoditticamente si afferma che l'applicazione dei criteri Engel conduce a ritenere la misura estranea all'ambito di applicazione del *volet pénal* dell'art. 6<sup>77</sup>. Una decisione degli anni Novanta, oltre a riprendere il precedente, esplicita meglio le ragioni di tale esclusione, facendo riferimento proprio alla *finalità preventiva* della misura<sup>78</sup>; argomento che viene utilizzato per negare natura penale anche alla *confisca* a titolo di misura di prevenzione<sup>79</sup>. L'estraneità della sorveglianza speciale all'area penale è stata anche di recente ribadita dalla Grande camera, che sul punto si è limitata a confermare i precedenti appena citati<sup>80</sup>.

---

<sup>76</sup> Su questa considerazione, comune a tutti i commentatori, cfr. per tutti F. MAZZACUVA, *La materia penale*, cit., p. 3, secondo cui "l'antitesi tra misure (comunque afflittive ma distinte tra) *punitive* e *preventive* (rappresenta) il perno attorno al quale ruota la nozione di *matière pénale*".

<sup>77</sup> Corte EDU, GC (Plenaria), 6.11.1980, *Guzzardi c. Italia*, § 108: "*La Cour estime que même au sens de la Convention il ne s'agissait pas de décider "du bien-fondé" d'une "accusation en matière pénale" (arrêt Engel et autres, précité, p. 34, § 81)*"; la sentenza era comunque pervenuta alla condanna dell'Italia per violazione dell'art. 5, avendo la Corte ritenuto che le peculiari modalità di esecuzione della misura (obbligo di residenza nell'isola dell'Asinara) la rendessero suscumbibile sotto la norma posta a tutela della libertà personale.

<sup>78</sup> Corte EDU, 22.2.1994, *Raimondo c. Italia*, § 43: "*la Cour estime que la surveillance spéciale ne saurait se comparer à une peine car elle vise à empêcher l'accomplissement d'actes criminels*".

<sup>79</sup> Cfr. *ex aliis* Corte EDU, *Raimondo c. Italia*, cit. e Corte EDU, 28.10.2004, *Bocellari e Rizza c. Italia* (dec.).

<sup>80</sup> Corte EDU, GC, 23.2.2017, *De Tommaso c. Italia*, § 143. È da notare come, nell'opinione

Proprio tale ultima decisione – che come noto si è conclusa con una grave censura della normativa italiana in materia di misure di prevenzione<sup>81</sup>, ed è stata all’origine di una importante sentenza delle Sezioni unite della Cassazione relativa al reato di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale<sup>82</sup> – mostra peraltro come la scelta di ritenere la sorveglianza speciale una misura non penale non abbia affatto impedito alla Corte di individuare diversi profili di illegittimità convenzionale, in relazione tanto al *volet civil* dell’art. 6<sup>83</sup>, che all’art. 2 del Protocollo n. 4<sup>84</sup>, rispetto al quale la disciplina italiana è stata censurata in quanto formulata in termini “vaghi ed eccessivamente generali” e dunque non conforme al requisito di prevedibilità della legge imposto dalla giurisprudenza in ma-

---

in parte dissenziente allegata dal giudice PINTO DE ALBUQUERQUE, vengano invece adottati ben dieci distinti argomenti che secondo l’estensore conducono alla conclusione opposta (cfr. §§ 33-42 dell’opinione), la quale viene peraltro motivata non ponendo in discussione il principio per cui la sanzione penale ha carattere punitivo e non preventivo, bensì affermando il carattere punitivo della sorveglianza speciale (oltre alla sua grave incidenza sui diritti fondamentali): “*Tous les critères classiques issus de la jurisprudence Engel et autres sont remplis. La présente espèce reflète manifestement le caractère excessivement punitif des mesures de prévention fondées sur la loi de 1956, dès lors que la liste des mesures applicables est non exhaustive et excessivement étendue et que la durée d’application possible est trop longue (cinq ans, avec possibilité de prolongation). En outre, l’atteinte aux libertés fondamentales du suspect est si grave qu’elle rend nécessaires les garanties du volet pénal de l’article 6. La situation est particulièrement critique en Italie, où ces mesures peuvent être appliquées même après un acquittement au pénal*”.

<sup>81</sup> Cfr. per tutti A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3, p. 15 ss. e F. VIGANÒ, *La corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, *ibidem*, p. 370 ss.

<sup>82</sup> Cass., SU, 27.4.2017, n. 40076, con nota di F. VIGANÒ, *Le Sezioni unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla Cedu di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 9, p. 146 ss. In parziale difformità da tale precedente, un’ordinanza di poco successiva della seconda sezione ha rimesso alla Corte costituzionale una questione di legittimità del medesimo reato, fondata anche in questo caso sui principi affermati nella decisione di Strasburgo: cfr. Cass., sez. II, 26.10.2017, n. 49194 (ord.), con nota di F. VIGANÒ, *Ancora sull’indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 10, p. 272 ss.

<sup>83</sup> La Corte, dopo avere argomentato la riconduzione della sorveglianza speciale al *volet civil* dell’art. 6 (§ 144 ss.), ritiene violata tale disposizione in ragione della mancanza di pubblicità delle udienze davanti al Tribunale ed alla Corte d’appello.

<sup>84</sup> Art. 2 Prot. 4 CEDU: “1. Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di sceglierli liberamente la sua residenza. 2. (...). 3. L’esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste dalla legge e costituiscono, in una società democratica, misure necessarie alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell’ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui. 4. (...).”.

teria di restrizione al diritto di libera circolazione<sup>85</sup>. È dunque importante tenere a mente come la collocazione di una misura al di fuori della materia penale non significhi che anche alcune garanzie tipiche di tale materia, come appunto quella della legalità-prevedibilità, possano essere comunque riconosciute in applicazione di altre norme convenzionali, al punto che una sentenza ritenuta di grande impatto sul nostro sistema di misure di prevenzione è stata possibile senza il passaggio dalla qualificazione delle stesse come misure penali. L'alternativa penale-non penale non equivale quindi di per sé all'alternativa tra il riconoscere ed il non riconoscere determinate garanzie, anche tra quelle tradizionali della sfera penalistica<sup>86</sup>: sul punto, di grande importanza per la nostra ricerca, avremo modo di tornare più ampiamente oltre.

B) Un'altra casistica in cui la finalità preventiva e non punitiva è risultata decisiva per la *negazione della natura penale* è quella relativa all'iscrizione, prevista in Francia dopo una condanna per reati in materia sessuali, nello speciale registro dei "criminali sessuali", che impone di certificare ogni sei mesi all'autorità di polizia la propria residenza e di comunicare entro quindici giorni ogni eventuale cambiamento di domicilio. In diverse pronunce coeve, la Corte respinge la qualificazione come penale della misura, proprio mettendone in luce la finalità preventiva (lo scopo è quello di "impedire la recidiva") e non punitiva<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> "Dès lors, la Cour estime que la loi no 1423/1956 était libellée en des termes vagues et excessivement généraux. Ni les personnes auxquelles les mesures de prévention pouvaient être appliquées (article 1 de la loi de 1956) ni le contenu de certaines de ces mesures (articles 3 et 5 de la loi de 1956) n'étaient définis avec une précision et une clarté suffisantes. Il s'ensuit que cette loi ne remplissait pas les conditions de prévisibilité telles qu'elles se dégagent de la jurisprudence de la Cour. En conséquence, on ne saurait considérer que l'atteinte à la liberté de circulation du requérant se fondait sur des dispositions juridiques respectant les exigences de légalité posées par la Convention. Il y a donc eu violation de l'article 2 du Protocole no 4 en raison du manque de prévisibilité de la loi litigieuse": § 125-126.

<sup>86</sup> In questo senso, cfr. F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, p. 337 ss. (cit. da versione on-line), ove il riferimento è in particolare alle tutele riconosciute dalla Convenzione al diritto di proprietà: "Una certa ampiezza del concetto CEDU di sanzione appare altresì coerente con la circostanza che (almeno gran parte de) le garanzie del giusto processo e del principio di legalità ben possono e debbono riguardare anche la determinazione dei diritti civili, e, in particolare, della proprietà nell'accezione CEDU del termine. Non avrebbe quindi molto senso prescegliere una nozione formalistica e ristretta di sanzione penale, per poi comunque sostanzialmente assicurare, seppur ad altro titolo, le garanzie (o gran parte delle garanzie) che la pena reclama" (p. 7).

<sup>87</sup> Cfr. per tutte Corte EDU, 17.12.2009, *Gardel c. Francia*, § 43: "En ce qui concerne le but et la nature de la mesure litigieuse, la Cour constate que le requérant regarde la nouvelle obligation mise à sa charge comme punitive. Toutefois, la Cour estime que l'objectif principal de cette obligation est d'empêcher la récidive. A cet égard, elle considère que la connaissance par les services de police ou de gendarmerie et les autorités judiciaires de l'adresse des personnes

Il medesimo argomento della finalità preventiva e non punitiva della misura viene speso poi per escludere la natura penale di una misura di *interdizione dall'esercizio della professione medica* disposta dagli organi del relativo ordine<sup>88</sup>; di un provvedimento di *interdizione dall'esercizio di un'attività commerciale* emesso a seguito della dichiarazione di fallimento<sup>89</sup>; di una misura comportante il *ritiro immediato della patente di guida* disposto in seguito alla verifica di un incidente grave<sup>90</sup>; dell'*espulsione dello straniero* irregolarmente soggiornante<sup>91</sup>; dell'*internamento in un ospedale psichiatrico giudiziario* del soggetto prosciolto da un'accusa penale per infermità di mente<sup>92</sup>; di una *sanzione pecuniaria* prevista dalla normativa anti-incendi<sup>93</sup>.

---

*condamnées, du fait de leur inscription (au registre) comporte un élément de dissuasion et permet de faciliter les investigations policières. L'obligation découlant de l'inscription a donc un but préventif et dissuasif et ne peut être regardée comme ayant un caractère répressif et comme constituant une sanction*". Alle medesime conclusioni la Corte era giunta in relazione ad una misura simile vigente in Inghilterra e Galles: cfr. Corte EDU, 4.1.2007, R. c. Regno Unito (dec.) e Corte EDU, 26.1.1999, Adamson c. Regno Unito (dec.).

<sup>88</sup> Corte EDU, 11.12.2007, *Haarvig c. Norway* (dec.): "The purpose of the measure was not to punish the person who had breached the norm, but rather to prevent that he or she in future cause damage to his or her patients or breach the necessary confidence between the public and the legal profession".

<sup>89</sup> Corte EDU, 1.2.2007, *Storbråten c. Norvegia* (dec.): "L'interdiction a pour objectif premier de protéger les actionnaires, les créanciers et la société dans son ensemble contre le risque inconsidéré de pertes et de mauvaise gestion des ressources susceptible de découler des activités menées par une personne irresponsable et malhonnête sous le couvert d'une société à responsabilité limitée. L'interdiction est une mesure à caractère essentiellement préventif, conçue pour intervenir aussitôt que possible en vue de parer au risque en question".

<sup>90</sup> Corte EDU, 28.10.1999, *Escoubet c. Francia*, § 37: "Le retrait immédiat apparaît comme une mesure préventive de sécurité routière qui vise à retirer provisoirement de la voie publique un conducteur qui semble présenter un danger potentiel pour les autres usagers. (...) Le retrait immédiat s'analyse en une mesure de prudence dont le caractère d'urgence justifie son application immédiate et dans laquelle ne transparait pas le but de punir".

<sup>91</sup> Corte EDU, GC, 5.10.2000, *Maaouia c. Francia*, § 39: "La mesure d'interdiction du territoire français qui, dans la plupart des Etats, peut également être prise par l'autorité administrative, constitutive, de par sa nature, une mesure de prévention spécifique en matière de police des étrangers et ne porte pas sur le bien-fondé d'une accusation pénale dirigée contre le requérant, au sens de l'article 6 § 1"; nella sentenza, la Corte mette altresì in luce come le garanzie del procedimento di esecuzione dell'espulsione dello straniero siano oggetto di specifica disciplina nell'art. 1 del Protocollo n. 7, rubricato proprio *Garanzie procedurali in caso di espulsione di stranieri*; norma da cui si desumerebbe la volontà degli Stati di escludere l'applicabilità a tali procedimenti dell'art. 6, tanto nel *volet civil che pénal*: "La Cour estime donc qu'en adoptant l'article 1 du Protocole no 7 contenant des garanties spécifiques aux procédures d'expulsion d'étrangers, les Etats ont clairement marqué leur volonté de ne pas inclure ces procédures dans le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention" (§ 37). Per il riconoscimento della natura penale di un caso di espulsione disposta dal giudice penale a titolo di misura sostitutiva di una pena detentiva di breve durata, cfr. invece Corte EDU, 15.12.2009, *Gurguchiani c. Spagna*.

<sup>92</sup> Corte EDU, 13.5.2003, *Antoine c. Regno Unito* (dec.): "La Cour estime que la procédure critiquée visait essentiellement à déterminer si le requérant avait commis un acte dont la dangerosité justifiait un internement en milieu hospitalier en vue de garantir la sécurité publique".

C) Meno significativa, nella prospettiva che ora ci interessa, è l'analisi delle numerose decisioni ove l'argomento della natura punitiva della misura viene utilizzato (quasi sempre insieme ad altri peculiari della singola vicenda processuale) per *affermare l'applicabilità delle garanzie* proprie della materia penale. La natura punitiva viene solitamente posta in luce in se stessa, non in quanto dicotomica rispetto alla prevenzione; ed anzi, non è infrequente che, come in *Öztürk*, la finalità punitiva venga associata a quella *dissuasiva* quasi fossero un'endiadi, senza che venga avvertita alcuna contraddizione rispetto al principio tradizionale della dicotomia tra punizione e prevenzione.

Gli ambiti di materia in cui il carattere punitivo-dissuasivo della misura (posto o meno in esplicita opposizione con la finalità preventiva) viene evidenziato per desumerne il carattere penale sono diversi e tra loro eterogenei (l'illecito amministrativo, le misure in ambito fiscale e doganale, le sanzioni disposte da autorità indipendenti, ecc.); analizzarli ora singolarmente risulterebbe però ultroneo rispetto al tentativo di precisare il contenuto della dicotomia punizione-prevenzione nella giurisprudenza europea, sicché per una loro ricostruzione analitica ci sia permesso rinviare alla rassegna casistica dei già citati commentari della Convenzione.

D) Di grande interesse ai fini della nostra indagine sono invece le decisioni in cui la *dicotomia* ora allo studio viene *messa in discussione* rispetto alla sua capacità di rivestire un ruolo decisivo nel giudizio di attribuzione di una specifica misura all'ambito della materia penale.

Un primo gruppo di decisioni particolarmente interessanti è quello relativo alla *detenzione di sicurezza* (*Sicherungsverwahrung*) prevista nell'ordinamento tedesco per i delinquenti giudicati pericolosi, ed in relazione

---

Per la medesima conclusione, relativa in questo caso alla misura di sicurezza prevista per i soggetti prosciolti per infermità di mente in Francia, cfr. Corte EDU, 3.9.2015, *Berland c. Francia* ("En ce qui concerne la nature et le but de l'hospitalisation d'office, la Cour observe qu'elle ne peut être ordonnée que si une expertise psychiatrique a établi que les troubles mentaux de la personne déclarée irresponsable "nécessitent des soins et compromettent la sûreté des personnes ou porte atteinte, de façon grave, à l'ordre public". Il s'agissait donc en l'espèce à la fois de permettre au requérant, admis dans un centre hospitalier spécialisé, et non dans une prison ordinaire, de se soigner et de prévenir le renouvellement de son acte. (...) Elle retient également que la levée de l'hospitalisation peut être demandée à tout moment au juge des libertés et de la détention, conformément aux dispositions du code de la santé publique (article D. 47□29-1 du CPP, paragraphe 20 ci-dessus).(...). La Cour en déduit que l'hospitalisation d'office, dont la durée n'est pas déterminée à l'avance, a un but préventif et curatif dénué de caractère répressif, et que cette mesure ne constitue pas une sanction": § 44); in Belgio, cfr. Corte EDU, 9.1.2014, *Moreels c. Belgio*, dove la misura del ricovero in ospedale psichiatrico del delinquente pericoloso affetto da vizio di mente viene ricondotta, una volta escluse la natura penale, all'ipotesi di cui all'art. 5 § 1 lett. e) (privazione di libertà degli alienati).

<sup>93</sup> Corte EDU, 31.5.2011, *Kurdov e Ivanov c. Bulgaria*, § 43: "La Cour observe que les règles de la sécurité incendie ont pour but de prévenir et limiter la propagation des incendies qui peuvent causer des dégâts matériels et des lésions corporelles, voire le décès de personnes. (...) Pour la Cour, la non-observation des règles de sécurité incendie ne se place pas dans tous les cas de figure dans le champ du droit pénal".

alla quale, dopo una riforma del 1998, non è più previsto un limite temporale massimo. La questione della natura penale della misura era rilevante al fine di valutare l'applicabilità del principio di irretroattività di cui all'art. 7. Nella prima delle diverse decisioni che hanno affrontato la questione, la Corte si trova a confrontarsi con l'argomento del Governo tedesco secondo cui la misura non è qualificata come penale secondo il diritto interno proprio perché ha una esclusiva finalità preventiva, mirando ad evitare la commissione di gravi reati da parte di un criminale ritenuto pericoloso, e non a punire il soggetto per un fatto da lui commesso<sup>94</sup>. La sentenza prende avvio da un'analisi delle modalità di esecuzione della misura, che viene espiata nelle strutture penitenziarie ordinarie, sia pure in reparti dedicati, e passa subito ad affrontare il nodo decisivo della finalità. La Corte mostra anzitutto perplessità rispetto alla genuina finalità preventiva della custodia di sicurezza, poco coerente con la mancanza di programmi trattamentali ulteriori rispetto a quelli previsti per i detenuti comuni, e viene poi a mettere in discussione la stessa dicotomia tra le finalità rispettivamente delle pene e delle misure di sicurezza, ponendo in luce come tali aspetti siano compresenti in entrambe le misure: se è pur vero, osserva la Corte, che le pene sono prevalentemente volte a punire e le misure di sicurezza a prevenire, la prevenzione è comunque "un elemento costitutivo della nozione stessa di pena"<sup>95</sup>. Tali argomenti – insieme alla constatazione che la misura è disposta dalla giurisdizione penale e che ha natura estremamente afflittiva, essendo di fatto la più grave prevista nell'intero arsenale sanzionatorio previsto dal codice penale tedesco – conducono a *qualificare la custodia di sicurezza come penale*, ed a censurarne di conseguenza l'applicazione retroattiva<sup>96</sup>. Tale conclusione non ha tuttavia

---

<sup>94</sup> Corte EDU, 17.12.2009, *M. c. Germania*, § 125: "Selon les dispositions du code pénal allemand, la détention de sûreté est considérée comme une mesure d'amendement et de prévention. Pareilles mesures ont toujours été jugées différentes des peines dans le cadre du double système de sanctions prévu par le droit pénal allemand. Contrairement aux peines, elles ne sont pas considérées comme visant à punir après l'établissement de la culpabilité pénale, mais passent pour des mesures à caractère purement préventif destinées à protéger la collectivité des délinquants dangereux". Per un commento alla decisione, cfr. F. ROCCHI, *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung ed i suoi riflessi sul sistema del 'doppio binario' italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3276 ss.

<sup>95</sup> § 130: "L'exécution tant des peines que des mesures d'amendement et de prévention vise deux objectifs, à savoir protéger la collectivité et aider le détenu à devenir capable de mener une vie responsable en société à sa sortie de prison. Même si l'on peut dire que les peines ont principalement un but punitif tandis que les mesures d'amendement et de prévention visent essentiellement la prévention, il n'en demeure pas moins que les objectifs de ces sanctions se recoupent en partie. Par ailleurs, en raison de sa durée illimitée, la détention de sûreté peut tout à fait se comprendre comme une punition supplémentaire pour l'infraction commise et comporte à l'évidence un élément de dissuasion. Quoi qu'il en soit, comme la Cour l'a déjà dit, l'objectif de prévention peut aussi se concilier avec celui de répression et peut être considéré comme l'un des éléments constitutifs de la notion même de peine".

<sup>96</sup> § 132: "Force est donc pour la Cour de constater que cette mesure paraît être l'une des

trovato conferma in una sentenza recente, che, pur ribadendo il principio generale secondo cui la custodia di sicurezza tedesca ha natura penale, opera un *distinguishing* rispetto al precedente appena citato, ritenendo che le peculiari modalità di esecuzione della misura (mediante un trattamento personalizzato volto alla cura delle patologie mentali da cui risultava affetto il destinatario) debbano indurre a ritenere nel caso concreto le finalità preventive genuinamente prevalenti su quelle punitive, con conseguente inapplicabilità delle garanzie proprie della materia penale<sup>97</sup>.

Il medesimo atteggiamento perplesso della Corte in ordine alla decisi-  
vità della dicotomia punizione-prevenzione, con frequenti richiami all'o-  
riginaria posizione sincretistica di *Öztürk*, è rintracciabile in decisioni  
relative ai più svariati campi di materia. A mero titolo esemplificativo, la  
dicotomia in esame non è stata reputata decisiva in relazione al ricono-  
scimento di natura penale ad una *misura disciplinare carceraria* per gravi  
violazioni del regolamento<sup>98</sup>, ad una sovrattassa a seguito di accertata  
*evasione fiscale*<sup>99</sup>, oppure alla sottrazione di punti dalla patente di guida

---

*plus graves – sinon la plus grave – de celles prévues par le code pénal allemand. Elle note à cet égard que le requérant a eu beaucoup plus à pâtir de la prolongation de sa détention de sûreté – dont la durée est à ce jour plus de trois fois supérieure à celle de la peine d'emprisonnement – que de la peine d'emprisonnement proprement dite*"; in senso conforme, cfr. Corte EDU, 13.1.2011, *Kallweit c. Germania*; Corte EDU, 13.1.2011, *Lorenzen c. Germania*; Corte EDU, 13.1.2011, *Mautes c. Germania* (tutte annotate in G. ABBADESSA, *Tre sentenze sulla 'custodia di sicurezza' (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in *Dir. pen. cont.*, 11.3.2011); Corte EDU, 9.6.2011, *Gendrowiak c. Germania* (con nota di G. ABBADESSA, *La Corte di Strasburgo ritorna sulla custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco: la difesa sociale non ammette il sacrificio delle garanzie convenzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 9.6.2011); Corte EDU, 28.11.2013, *Glien c. Germania*.

<sup>97</sup> Cfr. Corte EDU, 7.1.2016, *Bergmann c. Germania*, § 181-182: "Preventive detention implemented in accordance with the new legislative framework as a rule still constitutes a "penalty" for the purposes of Article 7 § 1. It finds that the more preventive nature and purpose of the revised form of preventive detention do not suffice to eclipse the fact that the measure, which entails a deprivation of liberty without a maximum duration, was imposed following conviction for a criminal offence and it is still determined by courts belonging to the criminal justice system. However, in cases such as that of the applicant, where preventive detention is extended because of, and with a view to the need to treat his mental disorder, the Court accepts that both the nature and the purpose of his preventive detention substantially changed and that the punitive element, and its connection with his criminal conviction, is eclipsed to such an extent that the measure is no longer to be classified as a penalty within the meaning of Article 7 § 1".

<sup>98</sup> Corte EDU, GC, 9.10.2003, *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, § 105: "Le Gouvernement fait valoir que les règles et sanctions disciplinaires en prison sont conçues essentiellement pour assurer le bon fonctionnement d'un système de libération anticipée, de sorte que l'élément "répressif" de l'infraction est secondaire par rapport au but premier de "prévention" des troubles. (...). La Cour n'est pas convaincue par l'argument du Gouvernement consistant à distinguer entre les objectifs de répression et de dissuasion des infractions en question, ces objectifs ne s'excluant pas mutuellement (arrêt *Öztürk* précité) et étant tenus pour caractéristiques des sanctions pénales."

<sup>99</sup> Cfr. per tutte Corte EDU, *Bendenoun*, cit., per cui le norme convenzionalmente penali sono quelle che si fondano su "une norme de caractère général dont le but est à la fois préventif et répressif" (§ 47), e Corte EDU, *Jussila*, cit., § 34.

in un caso di condotta inottemperante alle norme della *circolazione stradale*<sup>100</sup>.

### 3.2.3. Finalità punitiva vs. finalità riparatoria

L'altra tradizionale dicotomia teleologica tra *funzione punitiva e riparatoria* di una misura afflittiva assume un rilievo assai più limitato nella giurisprudenza della Corte.

La tesi dell'autonoma rilevanza di tale dicotomia ai fini della qualificazione come non penali delle misure aventi finalità riparatoria e non punitiva viene avanzata nella già citata sentenza *Bendenoun*, che di tale dicotomia aveva fatto il secondo elemento nella criteriologia autonoma per la materia fiscale poi bocciata dalla Grande camera in *Jussila*<sup>101</sup>.

Pochi anni dopo, richiamandosi proprio a tale precedente, la Corte riprende l'argomento della natura non riparatoria ma punitiva per qualificare come penale l'istituto del diritto fiscale svizzero che prevedeva la trasferibilità agli eredi delle sanzioni derivanti dalla commissione da parte del *de cuius* di reati tributari<sup>102</sup>. La Corte non accoglie l'argomento del Governo per cui dalla circostanza che gli eredi fossero responsabili solo entro i limiti dell'ammontare della loro quota successoria si sarebbe dovuta ricavare la finalità non punitiva ma restitutoria della misura, e – ritenendola al contrario di natura marcatamente repressiva – accerta la violazione del principio di personalità della responsabilità penale di cui all'art. 6 § 2<sup>103</sup>.

Più di recente, la natura non esclusivamente riparatoria o ripristinatoria della misura è risultata decisiva per la qualificazione come convenzionalmente penale della cd. *confisca urbanistica* prevista dalla legislazione italiana nei casi di condanna penale per reati legati ad attività di lottizzazione abusiva (nel caso di specie la confisca aveva riguardato in larga parte terreni non edificati, e tale elemento svelava secondo la Corte la natura sanzionatoria, e dunque convenzionalmente penale, della misura in questione)<sup>104</sup>; o delle *sanzioni applicate dalla CONSOB* per casi di manipola-

<sup>100</sup> Corte EDU, 23.9.1998, *Malige c. Francia*, § 39: “La Cour, avec la Commission, en déduit que si la mesure de retrait présente un caractère préventif, elle revêt également un caractère punitif et dissuasif et s'apparente donc à une peine accessoire”.

<sup>101</sup> Cfr. *supra*, § 2.3.3.

<sup>102</sup> Cfr. Corte EDU, 29.8.1997, *E.L., R.L. e J.O.-L. c. Svizzera* e la coeva Corte EDU, A.P., M.P. e T.P. c. Svizzera.

<sup>103</sup> Corte EDU, *E.L., R.L. e J.O.-L.*, cit., § 46: “Or les sanctions, qui, en l'espèce, revêtent la forme d'amendes, ne tendent pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais ont un caractère essentiellement punitif et dissuasif (voir, mutatis mutandis, l'arrêt *Bendenoun*)”.

<sup>104</sup> Corte EDU, 30.8.2007, *Sud Fondi Srl c. Italia* (dec.): “La Cour observe que la sanction prévue à l'article 19 de la loi no 47 de 1985 ne tend pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais vise pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération de manquements aux conditions fixées par la loi (voir, mutatis mutandis et en relation à la notion d'accusation en ma-

zione del mercato (la Corte sottolinea al riguardo come l'importo della sanzione non fosse parametrato sulla gravità del danno arrecato agli investitori, ma sulla gravità della condotta)<sup>105</sup>.

### 3.2.4. Altre finalità estranee all'illecito penale convenzionale

La definizione "in negativo" della finalità tipica dell'illecito penale convenzionale non si arresta alla sua incompatibilità "classica" con le funzioni preventive e restitutorie; nella vastissima giurisprudenza della Corte in argomento, non mancano decisioni che pongono in luce particolari finalità della singola misura *iudicanda*, diverse da quella punitiva e dalle due appena analizzate, e tali da orientare in senso negativo il giudizio circa la natura penale della stessa.

A) L'ambito di materia più significativo di questo indirizzo è senz'altro quello delle misure incidenti sui *diritti politici* dei destinatari.

Una prima decisione riguarda la misura dell'*ineleggibilità* (e della *decadenza* per gli eletti) prevista nell'ordinamento francese a carico del candidato alle elezioni legislative che avesse superato il limite alle spese elettorali fissato dalla legge; la Corte ne sottolinea la finalità non punitiva, ma di garanzia del *corretto funzionamento delle competizioni elettorali*, e ne esclude per tale ragione la natura penale<sup>106</sup>.

A conclusioni diverse giunge la Corte in relazione ad un'altra ipotesi di ineleggibilità, stabilita dalla legge polacca a carico di chi, nell'ambito della cd. procedura di lustrazione, avesse taciuto la propria collaborazione con i servizi segreti del deposto regime comunista; la natura penale della misura deriva dal riconoscimento che essa era volta non già ad estromettere gli appartenenti ai servizi segreti dalla partecipazione alla vita pubblica (l'ammissione della collaborazione non comportava alcuna preclusione

---

*tière pénale*", Bendenoun et Jussila). Cette conclusion est renforcée par le constat que la confiscation a frappé à 85% des terrains non construits, donc en l'absence d'une atteinte réelle au paysage. Cette pénalité était donc à la fois préventive et répressive, cette dernière caractéristique étant celle qui distingue d'habitude les sanctions pénales (Öztürk)". A tale passaggio della decisione sulla ricevibilità viene fatto integrale rinvio nella decisione sul merito del 20.1.2009 (§ 85) e nella successiva sentenza Corte EDU, 29.10.2013, *Varvara c. Italia*, § 51.

<sup>105</sup> Corte EDU, 4.3.2014, *Grande Stevens ed al. c. Italia*, § 96: "la Cour est d'avis que les amendes infligées visaient pour l'essentiel à punir pour empêcher la récidive. (...) Elles ne visaient donc pas uniquement, comme le prétend le Gouvernement, à réparer un préjudice de nature financière. À cet égard, il convient de noter que les sanctions étaient infligées par la CONSOB en fonction de la gravité de la conduite reprochée et non du préjudice provoqué aux investisseurs".

<sup>106</sup> Corte EDU, 21.10.1997, *Pierre-Bloch c. Francia*, § 56: "L'objet de cette sanction est de forcer au respect dudit plafond. Elle s'inscrit ainsi directement dans le cadre de mesures destinées à assurer le bon déroulement des élections législatives de telle sorte que, par sa finalité, elle échappe au domaine "pénal"". Il medesimo argomento viene usato dalla Corte anche per negare la natura penale della misura che imponeva il pagamento di una somma pari all'importo dello sforamento del limite di spesa.

all'assunzione di cariche elettive), bensì a punire coloro che avevano reso dichiarazioni mendaci all'autorità circa i loro legami con il regime pre-  
vigente<sup>107</sup>.

Molto interessante è poi una decisione della Grande camera avente ad oggetto la destituzione dalla carica e l'ineleggibilità perpetua pronunciate dalla Corte costituzionale lituana all'esito di una procedura di *impeachment* nei confronti del Presidente della Repubblica, ritenuto colpevole di gravi violazioni della Costituzione. La Corte condanna la Lituania, ritenendo la misura dell'incandidabilità perpetua eccessivamente afflittiva, e per questo in violazione dell'art. 3 del Protocollo n. 1<sup>108</sup>, che secondo la costante interpretazione fornita dalla Corte consente l'applicazione di misure limitative del diritto di elettorato passivo solo ove conformi ad un canone di proporzione; quanto però alla natura penale delle misure applicate (destituzione ed incandidabilità), essa viene negata sul presupposto che le stesse non hanno la finalità punitiva tipica delle sanzioni penali, rientrando nel diverso ambito della "responsabilità costituzionale del Capo dello Stato"<sup>109</sup>.

B) L'altro settore in cui emerge, se pur in modo poco nitido, la possibilità di individuare una finalità autonoma della misura è quello delle *sanzioni disciplinari* (specie in ambito militare o penitenziario).

Già nella sentenza *Engel*, come si ricorderà, la Corte aveva escluso la natura penale degli arresti di rigore cui era stato sottoposto il ricorrente

<sup>107</sup> Corte EDU, 30.5.2006, *Matyjek c. Polonia* (dec.), § 56: "Le requérant, un homme politique, a perdu son siège de député et a été frappé d'une inéligibilité de dix ans en conséquence du fait qu'un arrêt définitif a constaté qu'il avait menti dans sa déclaration de lustration. A cet égard, la Cour répète que la procédure de lustration n'a pas pour but d'empêcher les anciens agents des services secrets de l'époque communiste d'occuper des emplois dans des administrations publiques et autres secteurs d'activité cruciaux pour la sécurité nationale, étant donné que l'aveu d'une telle collaboration – à savoir une "déclaration affirmative" – n'entraîne aucune conséquence négative, mais que cette procédure vise à punir les personnes qui n'ont pas respecté l'obligation de faire connaître au public leur collaboration passée avec de tels services".

<sup>108</sup> Art. 3 prot. 1 CEDU: "Le Alte Parti contraenti si impegnano ad organizzare, ad intervalli ragionevoli, libere elezioni a scrutinio segreto, in condizioni tali da assicurare la libera espressione dell'opinione del popolo sulla scelta del corpo legislativo".

<sup>109</sup> Corte EDU, GC, 6.1.2011, *Paksas c. Lituania*, § 66: "Pour conclure qu'elles n'avaient pas traité à une "accusation en matière pénale", il suffit à la Cour de constater qu'elles ne visaient pas à l'infliction d'une sanction par la Cour constitutionnelle à l'encontre du requérant. Elle note certes à cet égard que la seconde instance constituait une phase de la procédure d'impeachment initiée par le Seimas, dont l'enjeu était le maintien ou non du requérant dans les fonctions présidentielles et son éligibilité. Cependant, en tout état de cause, dans le contexte d'une procédure d'impeachment du Président de la République pour violation grave de la Constitution ou manquement au serment constitutionnel, la destitution et l'inéligibilité (qui en est une conséquence), répondent à la responsabilité constitutionnelle du chef de l'Etat; elles échappent donc, par leur finalité, au domaine "pénal". Per un commento alla decisione, cfr. L. TRUCCO, *L'impeachment del Presidente lituano davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2011, 2, p. 431 ss.

durante lo svolgimento del servizio militare alla luce del criterio della natura dell'illecito (riconoscendola invece alla stregua del criterio della gravità della sanzione), argomentando che possono qualificarsi come disciplinari invece che penali gli illeciti consistenti nella violazione di norme "regolanti il funzionamento delle forze armate". Il cenno è fugace e oggettivamente poco chiaro; ma l'interpretazione che ci pare più plausibile è proprio che la Corte abbia voluto riconoscere alle misure disciplinari una particolare finalità (regolare le condizioni della vita militare) diversa da quella tipica dell'illecito penale.

Nelle decisioni successive l'argomento non viene ripreso esplicitamente, ma anche ove la Corte si orienti per la natura penale<sup>110</sup>, l'accento – come vedremo meglio *infra* – è sempre sulla particolare gravità della misura in questione, più che sulla natura in sé penale dell'illecito disciplinare, che la Corte non ha mai voluto espressamente riconoscere proprio in ragione della sua specifica finalità ordinatoria e regolativa, piuttosto che punitiva<sup>111</sup>.

### 3.2.5. La compresenza di più finalità

Nella giurisprudenza della Corte, come noto, le rigidità dogmatiche e concettuali sono viste con particolare sfavore, e la teleologia dell'illecito penale non fa eccezione a questa tendenza.

La Corte si mostra ben consapevole che in molti casi è discutibile l'individuazione della genuina finalità dell'illecito, o che ancora più spesso un medesimo illecito possa essere finalizzato al perseguimento di più di una delle finalità appena evidenziate<sup>112</sup>. Proprio in ragione della complessità teleologica che connota molte delle misure sottoposte a scrutinio, è costante in giurisprudenza la considerazione che, quando risulti incerta la finalità della misura, o quando la finalità punitiva si accompagni ad altre finalità non tipiche dell'illecito penale, la considerazione circa la natura penale della stessa dipende, specie ove non sia possibile individuare una finalità decisamente prevalente sulle altre, da un *giudizio complessivo*, che affianchi al criterio finalistico altri parametri di valutazione di diversa connotazione<sup>113</sup>, su cui ci soffermeremo nei prossimi paragrafi.

<sup>110</sup> Cfr. ad esempio, in ambito penitenziario, Corte EDU, *Ezeh e Connors*, cit., e Corte EDU, 28.6.1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, ed in ambito militare Corte EDU, 20.10.2009, *Canada c. Slovacchia* (n. 2).

<sup>111</sup> Cfr. in questo senso V. Manes, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, 2012, p. 266, dove si mettono in evidenza le "specifiche finalità" del settore disciplinare, e si constata la prevalenza in tale settore del terzo criterio Engel relativo alla gravità della sanzione rispetto al secondo sulla natura dell'illecito.

<sup>112</sup> Sottolinea in particolare questo aspetto, con un'ampia rassegna di decisioni ove la Corte ha ritenuto componenti diverse finalità nella medesima misura, F. GOISIS, *Verso una nuova nozione*, cit., p. 2 ss.

<sup>113</sup> In questo senso, cfr. per tutti, in termini particolarmente chiari, Corte EDU, *Kurdov e*

### 3.2.6. Considerazioni conclusive sulla teleologia dell'illecito penale convenzionale

La finalità punitiva rappresenta senz'altro il tratto caratterizzante dell'illecito convenzionalmente penale, ed è stata alla base, a partire dalla sentenza *Öztürk*, della sua estensione a vasti ambiti dell'intervento sanzionatorio tradizionalmente considerati estranei alla materia penale. Il risultato storico di estendere le garanzie convenzionali della materia penale a settori come l'illecito amministrativo in materia di circolazione stradale o l'illecito tributario, che nella tradizione giuridica di tutti gli Stati membri erano dei veri e propri archetipi dell'illecito non penale, è avvenuto proprio sulla base della volontà di estendere tali garanzie a *tutte le misure con finalità punitiva* presenti nell'arsenale sanzionatorio dei singoli ordinamenti, al di là della loro qualificazione formale.

Nonostante la centralità della funzione punitiva nella criteriologia della materia penale, la Corte non ha mai fornito una definizione del suo contenuto, la cui precomprensione è evidentemente data per implicita. I contorni della finalità punitiva si desumono allora dallo studio del materiale giurisprudenziale, che evidenzia la tendenziale adesione della giurisprudenza europea alla consueta tricotomia delle misure afflittive in *punitives, preventive e riparatorie*<sup>114</sup>, con limitazione della materia penale alle sole misure con finalità (almeno prevalentemente) punitiva.

Se la dicotomia punizione-riparazione non pone particolari problemi interpretativi, una profonda incertezza si riscontra invece quanto ai rapporti tra la finalità punitiva e quella preventiva; come abbiamo visto sopra, alcune decisioni le ritengono entrambe proprie dell'illecito penale, mentre altre giustificano l'esclusione di una misura dall'ambito della materia penale proprio sulla base della finalità preventiva e non punitiva della stessa.

In realtà, più che di un reale contrasto di opinioni circa le finalità tipiche dell'illecito penale, tale incertezza ci pare piuttosto il frutto della scar-

---

*Ivanov*, cit., § 40: "La Cour estime que l'imposition d'une amende, aussi faible qu'en soit le montant, poursuit nécessairement un objectif de dissuasion et de répression. Tel était également l'objectif de la sanction administrative infligée au requérant en l'espèce. La Cour ne considère toutefois pas que, dans la présente affaire, ce fait constituait un élément d'une importance décisive suffisante pour faire conclure au caractère "pénal" de l'infraction réprimée."

<sup>114</sup> Per tale classificazione, cfr. per tutti F. MAZZACUVA, *La materia penale*, cit., p. 3, secondo cui "il carattere della afflittività – intesa come incidenza negativa sulla posizione giuridica di un soggetto – costituisce denominatore comune delle misure *restitutorie, preventive e punitive* (distinguendole dalle *premiali*)", ed esattamente negli stessi termini V. MANES, *Profili e confini*, cit., p. 995. Per l'ulteriore precisazione che la nozione convenzionale di pena si ricava in negativo dalla mancanza di finalità riparatorie o preventive, cfr. ancora F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 52, che richiama un intervento di V. ZAGREBELSKY al Congresso del Gruppo italiano dell'Associazione internazionale di diritto penale su *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo* tenutosi a Modena dal 30 marzo al 1° aprile 2017.

sa *precisione terminologica* della Corte nel definire il polisemico concetto di *prevenzione*<sup>115</sup>.

È evidente, infatti, come le sentenze che inseriscono la prevenzione tra le finalità tipiche dell'illecito penale, e quelle che invece considerano la finalità preventiva di una misura un argomento per negarne la natura penale, utilizzano il medesimo termine "prevenzione", ma lo usano in due accezioni ben distinte.

Le prime, che spesso associano alla finalità di prevenzione quella di "dissuasione", fanno riferimento alla funzione di *prevenzione generale* che caratterizza la norma penale e ne fonda la legittimità in un ordinamento democratico che non accetti di giustificare l'inflizione della pena su mere istanze retributive, e vada alla ricerca di un fondamento teleologico della sanzione penale. Significativo in questo senso è proprio l'uso del termine "dissuasione", che a volte viene utilizzato in associazione alla prevenzione, ed a volte come vero e proprio sinonimo di punizione, nell'espressione ricorrente della "finalità punitiva-dissuasiva" dell'illecito penale. L'effetto deterrente, come primo strumento per ottenere l'obiettivo della prevenzione generale, è un elemento fondativo della legittimità della sanzione penale, a meno di non voler accettare un'accezione meramente retributiva della pena che evidentemente la Corte non prende neppure in considerazione. In questo senso, la prevenzione (generale) è senza dubbio un tratto caratterizzante l'illecito convenzionalmente penale, al punto che, come già più volte sottolineato, la finalità punitiva-dissuasiva perseguita dal legislatore è stata decisiva per attrarre nella materia penale interi settori dell'illecito punitivo come gli illeciti amministrativi o tributari.

Le sentenze invece che considerano la finalità preventiva estranea alla materia penale intendono tale finalità nella sua accezione di *prevenzione speciale*, come specifica finalizzazione della misura a evitare che il destinatario commetta un fatto illecito. La Corte non propone alcuna esplicita riflessione sulle funzioni della pena, ma asseconda in questo modo il *sistema a doppio binario*, presente in molti Stati membri, per cui la finalità di prevenzione speciale nei confronti dei soggetti pericolosi, più che della sanzione penale, è propria di altre misure afflittive, riconducibili alle due macro-categorie delle misure di sicurezza (quando il destinatario è l'autore di un reato) o di prevenzione. Da ciò non sarebbe corretto ricavare la negazione da parte della Corte che le sanzioni penali abbiano (o possano legittimamente avere) anche una finalità special-preventiva; certo, a differenza di quanto accade nella nostra Costituzione, nella Convenzione nessuna norma impone di attribuire rilievo nella teleologia della pena all'obiettivo della rieducazione del reo, ma ciò non significa che vi sia una incompatibilità tra l'illecito penale convenzionale e le istanze di prevenzione

---

<sup>115</sup> Cfr. F. MAZZACUVA, *loc. ult. cit.*, che parla di "una certa polisemia del concetto di *prevenzione*".

speciale. La Corte si limita in sostanza a ritenere legittimo che funzioni di prevenzione speciale siano affidate anche a misure diverse dalle sanzioni penali in senso stretto, che non risultano neanche convenzionalmente penali quando abbiano finalità esclusivamente o prevalentemente preventiva e non punitiva di un illecito commesso. Il fattore decisivo per il riconoscimento della natura penale di una misura non è allora solo la presenza di una finalità di prevenzione speciale, che può essere propria anche delle sanzioni penali, ma anche (e soprattutto) l'assenza di quella finalità punitiva e deterrente tipica di tali sanzioni.

Tale ricostruzione ci pare coerente con gli esiti applicativi cui è giunta la Corte, e che abbiamo appena terminato di analizzare. Le misure afflittive che la Corte non ha qualificato come penali avevano in comune proprio la chiara prevalenza della finalità di neutralizzazione della pericolosità in chiave preventiva rispetto alla funzione punitiva.

In relazione poi ai criteri che la Corte tiene in considerazione per valutare quando, nell'ipotesi in cui siano compresenti entrambe le finalità, l'una possa ritenersi preponderante rispetto all'altra, particolarmente significativa ci pare la giurisprudenza sulla custodia di sicurezza tedesca. Una serie di elementi, ulteriori e prevalenti rispetto a quello teleologico, inducono la Corte a qualificarla come penale nonostante l'indubbia funzione di prevenzione speciale; ma quando nel caso concreto tale funzione acquista un particolare risalto, in ragione di modalità di esecuzione della misura calibrate sulle specifiche esigenze terapeutiche del destinatario, la Corte nega la natura penale della specifica misura sottoposta al suo giudizio, pur riconoscendola a livello generale. Il tasso di significativa *individualizzazione della misura*, e quindi la sua spiccata caratterizzazione in termini di prevenzione speciale e non generale, conducono la Corte a qualificare come non penale una misura che per tanti altri aspetti (a partire dalla sua estrema gravità) presentava aspetti tipici dell'illecito convenzionalmente penale.

Ci pare dunque possibile, per concludere sul punto, ricondurre a coerenza l'apparente contrasto della giurisprudenza sul ruolo da assegnare alla prevenzione, semplicemente adottando una terminologia più precisa, che parli di prevenzione generale quando si afferma la coesistenzialità della prevenzione alla teleologia dell'illecito penale, e di prevenzione speciale quando si contrappone la finalità preventiva a quella punitiva<sup>116</sup>.

---

<sup>116</sup> In senso parzialmente difforme, cfr. F. MAZZACUVA, *ibidem*, secondo cui si tratta in entrambe le situazioni di *prevenzione (speciale negativa)*, ma in un caso questa viene "affidata essenzialmente all'effetto monitorio delle (misure), in quanto volte a dissuadere il reo da commettere nuovi reati in ragione della *sofferenza subita*", mentre quando viene negata la natura penale della misura "l'idea di prevenzione sintetizza esigenze di neutralizzazione della pericolosità (personale o reale)"; più o meno negli stessi termini, cfr. anche ID., *Le pene nascoste*, cit., p. 30 s. Cfr. anche sul punto M. SCOLETTA, cit., *Materia penale*: "La natura preventiva della sanzione (contrapposta a quella punitiva) sta nelle finalità di prevenzione 'in senso stretto' (o di 'mera prevenzione'), cioè riferita alla gestione e al *trattamento della peri-*

Un ultimo aspetto su cui pare utile una breve riflessione è quello delle finalità, ulteriori e diverse rispetto alla tricotomia tradizionale, che in alcuni contesti la Corte ritiene possano giustificare l'esclusione di una misura afflittiva dall'ambito della materia penale.

Se tale questione risulta tutto sommato marginale nell'ambito delle misure disciplinari, dove criteri diversi da quello finalistico assumono un ruolo preponderante nel giudizio sulla qualificazione come penale, essa invece acquista centralità nella valutazione delle misure incidenti sui diritti politici del destinatario.

Sul tema, come noto, si esprimerà a brevissimo la Grande camera nel caso *Berlusconi*. All'udienza del 22 novembre 2017, si è discusso della legittimità convenzionale della decadenza dalla carica di senatore che, secondo quanto previsto dal cd. decreto Severino (d.lgs. 235/2012), è stata pronunciata dal Senato nei confronti del ricorrente in seguito al passaggio in giudicato di una sentenza di condanna a pena detentiva per reati fiscali. Tra le diverse questioni sottoposte al vaglio dei giudici di Strasburgo<sup>117</sup>, quella che ora ci interessa concerne la possibilità di qualificare come penale la misura, con conseguente applicazione del principio di irretroattività sancito all'art. 7<sup>118</sup>. L'argomento più forte addotto dal Governo per replicare sul punto ai ricorrenti è proprio che la misura non ha finalità punitiva, ma di tutela del corretto funzionamento delle istituzioni rappresentative: il medesimo argomento cui, come si ricorderà, già la Corte costituzionale ha fatto ricorso per negare la natura (costituzionalmente e convenzionalmente) penale di alcune disposizioni in tema di incandidabilità previste nel decreto Severino, peraltro diverse da quelle oggetto di scrutinio a Strasburgo.

La decisione di prossima pubblicazione sarà dunque l'occasione per la Grande camera di decidere se confermare i precedenti *Pierre-Bloch e Paksas*, che hanno negato la natura penale di misure in tema di eleggibilità in ragione della loro finalità non punitiva, o se invece, anche alla luce di profili ulteriori rispetto a quello finalistico (come il legame con una condanna penale o la gravità della misura<sup>119</sup>), ritenere convenzionalmente penale la misura *iudicanda*. L'eventuale qualificazione della stessa come penale non dovrebbe poi necessariamente passare dal disconoscimento delle specifi-

---

*colosità* reale o personale, in funzione di neutralizzazione del pericolo; mentre rientrano a pieno titolo nella logica punitiva gli scopi di prevenzione generale – tipici del diritto penale funzionalmente orientato allo scopo di gestione dei conflitti sociali – e di prevenzione speciale, strumentale alla rieducazione del colpevole” (p. 2).

<sup>117</sup> Il testo del ricorso, del 7.9.2013, è consultabile su *Dir. pen. cont.*, 15.9.2013.

<sup>118</sup> Nel ricorso è stata altresì eccepita la violazione dell'art. 3 Prot. 1 (per la sproporzionata durezza della misura) e dell'art. 13 (per le modalità in cui si è svolto il procedimento che ha portato alla decadenza), rispetto a cui non è rilevante la qualificazione o meno della misura come penale.

<sup>119</sup> Su tali criteri cfr. *infra*, rispettivamente §§ 3.3.3 e 4.

che finalità che il Governo ha addotto a suo fondamento, ben potendo la Corte riconoscere la genuina finalizzazione della misura ad istanze non punitive, e pur ritenere ugualmente penale la misura in ragione degli altri profili appena accennati.

Ciò che in questa sede ci interessa evidenziare è solo come le misure afflittive che incidono sui diritti politici (specie di elettorato passivo) possano effettivamente perseguire delle finalità diverse da quella punitiva, e non riconducibili neppure a quella preventiva o riparatoria. Il riconoscimento di tali peculiari finalità non comporta automaticamente la negazione della natura penale della misura, ma deve essere tenuto in considerazione ai fini di una corretta descrizione della teleologia dell'illecito penale convenzionale.

### 3.3. *Gli altri elementi rilevanti per determinare la natura penale dell'illecito*

Già la prima volta in cui, con la sentenza *Öztürk*, la Corte si era sforzata di riempire di contenuto il secondo criterio Engel, oltre al parametro teleologico erano stati utilizzati altri elementi per valutare se l'illecito avesse natura penale. In termini più generali, l'ampiezza semantica e contenutistica del criterio della natura dell'illecito, coniugata alla particolare attenzione per le peculiarità del caso concreto che connota tutta la giurisprudenza europea, hanno fatto sì che quasi ogni pronuncia adduca peculiari aspetti della singola vicenda a conforto della decisione se attribuire o meno natura penale ad una certa misura afflittiva.

Se l'argomento finalistico è quasi sempre preso in considerazione, per lo più esso è accompagnato da valutazioni di diversa natura, troppo eterogenee e legate alla vicenda concreta per poter essere tutte ricondotte ad una criteriologia generalizzante. Di seguito ci limiteremo ad analizzare le tipologie di argomenti più ricorrenti, e non peculiari ad uno specifico istituto o ad una specifica materia.

#### 3.3.1. *L'applicabilità generale della norma*

Nella sentenza *Öztürk*, la Corte, al momento di enumerare gli elementi a suo giudizio fondanti la natura convenzionalmente penale di un illecito amministrativo in materia di circolazione stradale, aveva fatto cenno anche al "*carattere generale*" della norma, inteso come sua applicabilità "a tutti i cittadini in quanto utenti della strada"; caratteristica che, come aveva avuto modo di esplicitare la Corte, segnava una differenza rispetto all'illecito disciplinare che si rivolge ad una platea limitata di destinatari.

Proprio il riferimento alla materia disciplinare, ultroneo in una sentenza relativa ad un illecito stradale, lascia intuire le ragioni che avevano indotto la Corte ad introdurre tale elemento. In *Engel*, cui i giudici dichiararono di aderire, la Corte aveva negato che una misura disciplinare militare

fosse da qualificare come penale ai sensi del criterio della natura dell'illecito; ora, sottolineando che l'illecito amministrativo ha portata generale a differenza di quello disciplinare, la Corte intende evidenziare come l'opposta decisione di valutare come penale la natura dell'illecito stradale non sia in contrasto con *Engel*, proprio in ragione della diversità dei destinatari: nulla di diverso, ci pare, da un implicito *distinguishing* volto a rafforzare la continuità con l'autorevole precedente.

Per quanto l'argomento della generalità dei destinatari fosse dunque tutt'altro che centrale nell'architettura argomentativa di *Öztürk*, nella giurisprudenza successiva esso è sicuramente quello che ha trovato maggiori riscontri, nei più svariati ambiti di materia. Oltre ad essere diventato un *Leit motif* delle decisioni che riconoscono natura penale all'illecito amministrativo depenalizzato<sup>120</sup>, la portata generale del precetto viene, ad esempio, ripresa in materia di illeciti fiscali, dalla sentenza *Jussila* analizzata sopra; in relazione ad una sanzione amministrativa pronunciata per il comportamento irrispettoso tenuto nei confronti di un magistrato<sup>121</sup>; ed ancora in ordine ad un procedimento speciale davanti al Parlamento per le offese arrecate da un giornalista ad un membro dello stesso<sup>122</sup>.

Tale criterio non è peraltro risultato decisivo proprio in ordine alla tipologia di illeciti che intendeva escludere dalla materia penale, posto che, come si vedrà meglio oltre, molte forme di illeciti disciplinari sono state qualificate come penali in ragione del criterio della gravità della sanzione, che la Corte ha ritenuto prevalente rispetto all'argomento della natura limitata dei destinatari.

A ben vedere, in effetti, e nonostante il relativo successo che ha ottenuto in giurisprudenza, il criterio della portata generale della norma pare *privo di alcuna consistenza logica*, se sol si ponga mente al fatto che l'ordinamento penale ben conosce la possibilità che determinate categorie di reati

<sup>120</sup> Cfr. *ex multis* Corte EDU, 4.10.2007, *Anghel c. Romania*, § 51: "*Force est de constater, tout d'abord, que la disposition dont la transgression a été reprochée au requérant avait un caractère général et ne s'adressait pas à un groupe déterminé de personnes mais à tous les citoyens*".

<sup>121</sup> Corte EDU, 31.7.2007, *Zaicevs c. Lettonia*, § 33: "*Premièrement, l'article 201-39 litigieux, qui réprime l'outrage au tribunal, est inclus dans un texte législatif à portée générale, dont le champ d'application est similaire à celui d'un code pénal ordinaire. Deuxièmement, il ressort du libellé dudit article qu'il vise non seulement une partie au procès ou une personne ayant un statut procédural déterminé, mais également n'importe quelle "autre personne", même en dehors d'une audience; (...). La Cour conclut donc que la sanction en cause est de portée générale en ce sens qu'elle vise l'ensemble des citoyens*".

<sup>122</sup> Corte EDU, 27.8.1991, *Demicoli c. Malta*, § 33: "*Le requérant n'était pas membre de la Chambre. Aux yeux de la Cour, la procédure ouverte contre lui, du chef d'un tel acte accompli en dehors de la Chambre, se distingue d'autres types de poursuites pour atteinte aux privilèges, que l'on peut dire disciplinaires en ce qu'elles ont trait à l'organisation interne et au bon fonctionnement du Parlement. L'article 11 par. 1 k) concerne virtuellement la population tout entière: il s'applique même si le suspect n'appartient pas à la Chambre et à quelque endroit de Malte que soit publié l'écrit diffamatoire*".

(i *reati propri*) siano a soggettività attiva limitata, e dunque è pacifico che la portata generale dei destinatari non possa in alcun modo considerarsi una caratteristica tipica dell'illecito penale<sup>123</sup>. La limitazione della cerchia dei destinatari è sì intrinseca alla nozione stessa di illecito disciplinare, ma non è affatto incompatibile con l'illecito penale, al punto che una tradizionale tipologia di reati ha proprio come tratto distintivo il novero ristretto dei destinatari. Il criterio in questione non si rivela allora altro che un orpello argomentativo, che la giurisprudenza liturgicamente riprende dal *leading case*, ma che è privo di reale portata decisionale, e che per queste ragioni può sin d'ora essere messo da parte nella nostra ricerca degli elementi caratterizzanti il volto dell'illecito penale in senso lato<sup>124</sup>.

### 3.3.2. L'argomento comparatistico

Un ulteriore argomento speso in *Öztürk* per sostenere la natura penale di un illecito amministrativo in materia di circolazione stradale, era che i medesimi comportamenti sanzionati in Germania a tale titolo costituivano reato secondo la legislazione di “una larga maggioranza” degli Stati contraenti, tra i quali era da annoverare la stessa Germania prima dell'intervento di depenalizzazione.

L'approccio comparatistico, che per la verità non ha trovato largo se-

---

<sup>123</sup> Sul punto, cfr. per tutti il chiarissimo passaggio dell'opinione dissenziente del giudice PINTO DE ALBUQUERQUE in Corte EDU, GC, 15.11.2016, A. e B. c. *Norvegia*, § 19: “*La Cour se méprend dans l'assimilation des infractions pénales aux normes de portée personnelle générale. De manière assez surprenante, elle semble ignorer la tradition européenne ancienne des infractions pénales à portée personnelle limitée, c'est-à-dire des normes applicables à certaines catégories de citoyens définissables par des traits personnels ou professionnels (Sonderdelikte ou Pflichtdelikte). Ainsi, les infractions pénales et les normes à portée personnelle limitée ne sont pas incompatibles les unes avec les autres*”.

<sup>124</sup> Altrettanto poco significativo ci pare l'argomento, utilizzato in diverse decisioni accanto ed a sostegno del criterio dell'applicabilità generale della norma, della *natura generale degli interessi* tutelati dalla stessa (cfr. in particolare Corte EDU, 27.9.2011, *Menarini Diagnostics srl c. Italia*, relativa alla natura penale delle sanzioni applicate dall'autorità amministrativa indipendente con competenza in materia di concorrenza: “*La Cour rappelle que l'AGCM, autorité administrative indépendante, a comme but d'exercer une surveillance sur les accords restrictifs de la concurrence ainsi que sur les abus de position dominante. Elle affecte donc les intérêts généraux de la société normalement protégés par le droit pénal*” (§ 40); nello stesso senso, cfr. anche Corte EDU, *Grande Stevens ed al. c. Italia*, cit. § 96, che a tale passaggio espressamente si richiama). Il cenno è talmente fugace, da risultare a ben vedere poco comprensibile. Il riferimento agli “interessi generali della società” non può essere inteso nel senso che il diritto penale deve limitarsi a proteggere solo interessi collettivi, considerato come alcune delle principali figure delittuose siano poste a presidio di diritti individuali, quali la vita, l'integrità fisica e psichica, il patrimonio, ecc.; ma se nella categoria degli interessi generali della società vanno ricompresi anche i beni giuridici personali, tale categoria non si risolve che nell'ovvia affermazione che la norma deve perseguire, anche in via indiretta, un interesse socialmente apprezzabile: criterio talmente generale da apparire al limite del tautologico, e sicuramente privo di alcuna portata selettiva.

guito nella giurisprudenza successiva<sup>125</sup>, certo non può essere ritenuto risolutivo in ordine alla valutazione circa la natura convenzionalmente penale di una certa misura; e tuttavia non ci pare privo di interesse. In effetti, se la logica profonda dell'estensione della nozione di materia penale oltre il dato formale risiede nella volontà di contrastare “truffe delle etichette” da parte degli Stati, può avere un certo peso il fatto che la misura *iudicanda*, non penale secondo la legislazione dello Stato citato in giudizio, abbia invece natura anche formalmente penale negli altri ordinamenti: in un certo modo, si può considerare come un campanello d'allarme che, con la qualificazione come non penale, il legislatore abbia inteso sottrarre indebitamente la misura a quelle medesime garanzie, che altrove le vengono riconosciute.

È comunque di tutta evidenza che la verifica comparatistica da sola non basta ad accertare una truffa delle etichette, ben potendo alla diversa qualificazione giuridica dell'illecito corrispondere una diversa disciplina sanzionatoria o una diversa funzionalizzazione, che ne giustificano il carattere non penale al di fuori di ogni intento elusorio delle garanzie.

Inoltre, il caso *Öztürk* era molto particolare, perché aveva ad oggetto la natura penale non di una singola misura afflittiva, ma della figura generale dell'illecito amministrativo, rispetto alla quale era agevolmente praticabile una verifica comparata. Nella normalità dei casi, alla Corte è invece rimessa la questione della natura penale di uno specifico istituto, di cui va compreso a fondo il ruolo e la collocazione nel complesso ordinamentale in cui si inserisce, e rispetto al quale è quindi assai più difficile fornire una affidabile lettura comparatistica.

Insomma, nell'ottica di prestare attenzione alla sostanza delle garanzie piuttosto che al mero dato formale, uno sguardo attento ai profili comparati, ove praticabile, può essere d'aiuto nel valutare se ci si trovi o meno di fronte ad un tentativo di eludere le garanzie convenzionali. Ma anche da un punto di vista logico, la verifica circa la qualificazione di una certa misura nei diversi ordinamenti non potrà mai risultare dirimente in una valutazione, quale quella relativa alla sua natura convenzionalmente penale, che dal dato della qualificazione formale della misura nei singoli Stati membri intende precisamente prendere le distanze.

---

<sup>125</sup> Al di là dalle diverse sentenze in materia di illecito depenalizzato che richiamano in maniera pedissequa le argomentazioni di *Öztürk*, non sono numerosissime le decisioni dove viene fatto cenno al dato comparatistico: cfr. le sentenze Corte EDU, *Gardel c. Francia*, cit. (relativa alla misura dell'iscrizione in appositi registri per i delinquenti sessuali), in cui al § 29 si sottolinea come tale misura sia presente non solo in Francia, ma anche in Inghilterra e Galles; Corte EDU, *M. c. Germania*, cit., sulla custodia di sicurezza tedesca: “la *“mise à la disposition du gouvernement” des récidivistes et délinquants d'habitude en Belgique, par exemple, qui ressemble par beaucoup d'aspects à la détention de sûreté prévue en droit allemand, était considérée comme une peine en droit belge*” (§ 126); Corte EDU, GC, 15.12.2005, *Kyprianou c. Cipro*, ove la Corte analizza la disciplina di diversi Paesi in materia di *contempt of court* (§ 43).

### 3.3.3. Il legame della misura con un procedimento penale

L'ultimo criterio a vocazione generale – e assieme l'unico che non era già presente in *Öztürk* – riguarda la circostanza che la misura, pur formalmente non penale, abbia una qualche forma di *collegamento con un procedimento penale*, o perché pronunciata da un tribunale penale, o perché in vario modo legata all'accertamento della responsabilità penale<sup>126</sup>.

Per l'enucleazione di tale criterio, il riferimento costante in giurisprudenza è ad una importante sentenza degli anni Novanta in materia di *confisca*<sup>127</sup>, che come vedremo oltre è stata anche la prima in cui il problema della natura penale di una misura afflittiva rilevava non già ai fini dell'applicazione del *volet pénal* dell'art. 6, bensì dell'art. 7. La Corte doveva valutare la legittimità dell'applicazione retroattiva di una ipotesi speciale di confisca obbligatoria del profitto applicabile nei casi di condanna per reati legati al traffico di stupefacenti. Il Governo aveva sostenuto l'inapplicabilità dell'art. 7, sul presupposto che la misura non era penale in quanto aveva finalità preventiva e restitutoria e non punitiva. Nel risolvere la questione, la Corte, accanto ai classici parametri della natura e della finalità della misura e della sua gravità, delinea un altro criterio di valutazione, quello delle "*procedure associate alla sua adozione ed alla sua esecuzione*", ed individua nella circostanza che essa venga disposta dal giudice a seguito della condanna in sede penale del destinatario, un elemento rilevante, insieme ad altri, al fine della sua qualifica come convenzionalmente penale<sup>128</sup>.

Non è un caso che tale criterio sia stato affermato per la prima volta in un procedimento avente ad oggetto la riconducibilità di una misura all'art. 7, invece che all'art. 6. Se la misura di cui si discute la natura penale è stata applicata all'esito di un procedimento penale, l'applicabilità del vo-

---

<sup>126</sup> Ci pare da collocare all'interno di questo criterio anche il riferimento, per valutare la natura penale di una misura formalmente amministrativa, alla circostanza che la stessa venga o meno iscritta nel *casellario giudiziario* (argomento spesso valorizzato in senso negativo, per dedurre il carattere non penale di una misura dalla sua mancata iscrizione: in questo senso cfr. per tutti Corte EDU, *Pierre-Bloch c. Francia*, cit., § 58). Le sentenze valorizzano solitamente tale elemento in relazione alla questione della gravità della sanzione, e dunque all'interno del terzo criterio Engel, ma tale collocazione non ci convince, dal momento che l'iscrizione nel casellario, più che incidere sull'afflittività della misura, ci pare piuttosto significativa della sua natura, nel senso che l'iscrizione denota un legame con l'ambito penale che può essere rilevante al fine di determinarne la reale natura.

<sup>127</sup> Corte EDU, 9.2.1995, *Welch c. Regno Unito*.

<sup>128</sup> § 29: "*En ce qui concerne le lien avec une infraction, il échet d'observer qu'avant qu'une ordonnance de confiscation puisse être prononcée au titre de la loi de 1986, l'accusé doit avoir été condamné pour une ou plusieurs infractions en matière de trafic de stupéfiants. Ce lien ne se trouve nullement atténué par le fait que, en raison des présomptions légales relatives à la mesure dans laquelle le requérant a profité du trafic, l'ordonnance peut s'étendre à des produits ou à des biens sans rapport direct avec les faits sous-jacents à la condamnation pénale. Si la portée de la mesure peut être nécessaire pour atteindre les buts de la loi de 1986, cela n'enlève rien au fait que son imposition est tributaire du prononcé préalable d'une condamnation pénale*".

*let pénal* dell'art. 6 è in *re ipsa* nella qualificazione anche formalmente penale del procedimento, a prescindere dalla natura della misura; in relazione alle garanzie dell'art. 6, la finalità principale dell'ampliamento della materia penale oltre i suoi limiti formali sta proprio nell'estendere le garanzie convenzionali del procedimento penale a procedimenti che a livello interno non sono qualificati come penali.

Il criterio ora in esame acquista invece rilievo quando in questione non sono le garanzie procedurali della materia penale, ma quelle sostanziali tutelate dall'art. 7, che ben possono essere violate anche all'interno di un procedimento penale.

Ed infatti, almeno due delle decisioni più importanti sul tema dell'estensione delle garanzie dell'art. 7 a misure non penali in senso formale hanno valorizzato al fine di ritenere applicabili tali garanzie proprio il fatto che la misura, di natura amministrativa secondo il diritto interno, fosse stata pronunciata dal giudice penale<sup>129</sup>; mentre in relazione all'art. 6 il criterio in esame ha sinora trovato scarsa applicazione<sup>130</sup>.

Anche in relazione all'art. 7, comunque, ci pare difficile assegnare a tale criterio portata decisiva. Scegliere se applicare o meno il *nullum crimen* ad una certa misura in ragione del soggetto che l'ha disposta, significa in sostanza subordinare la scelta circa l'applicazione ad essa di una garanzia (sostanziale) al tipo di procedimento previsto per la sua assunzione; mentre da un punto di vista logico, la decisione circa la natura di una certa misura dovrebbe precedere, e non seguire, l'analisi del procedimento ad essa relativo, di cui se mai deve essere verificata la congruenza rispetto alla natura della misura in oggetto<sup>131</sup>.

---

<sup>129</sup> Il riferimento è alla già citate Corte EDU, *M. c. Germania*, relativa alla custodia di sicurezza tedesca, e Corte EDU, *Gurguchiani c. Spagna*, relativa all'espulsione pronunciata come sanzione sostitutiva di una pena detentiva.

<sup>130</sup> Per una delle rare occasioni in cui l'argomento ora in esame, – declinato non come competenza a pronunciare la condanna da parte del giudice penale, ma come consequenzialità del procedimento amministrativo rispetto a quello penale – è stato utilizzato in un procedimento per violazione dell'art. 6: cfr. Corte EDU, *Malige c. Francia*, cit., relativa alla sottrazione di punti dalla patente disposta dall'autorità amministrativa a seguito di condanna penale per reati stradali: “*En ce qui concerne la nature de la sanction, la Cour note que le retrait de points intervient dans le cadre et à l'issue d'une accusation en matière pénale. En effet, dans un premier temps, le juge pénal apprécie les faits constitutifs de l'infraction pouvant donner lieu à un retrait de points, les qualifie et prononce la sanction pénale principale ou complémentaire qu'il juge adaptée. Puis, sur la base de la condamnation prononcée par le juge pénal, le ministre de l'Intérieur retire le nombre de points correspondant au type d'infraction en fonction du barème fixé par le législateur, en l'espèce l'article R. 256 du code de la route. La sanction de retrait de points résulte donc de plein droit de la condamnation prononcée par le juge pénal*”.

<sup>131</sup> In questo senso, a sostegno dell'impossibilità di ricavare la natura penale di una sanzione dal procedimento adottato per la sua applicazione, cfr. F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, 1979, p. 194: “Un siffatto modo di argomentare costituisce una vera e propria inversione logica e metodologica, poiché è proprio dalla natura sostanziale del

Certo, quando la misura formalmente amministrativa di cui si discute la natura è stata applicata dal giudice penale, tale anomalia procedimentale può rafforzare la conclusione, basata necessariamente anche su altri elementi, che la qualifica della misura nel diritto nazionale non corrisponda alla sua reale natura, considerando la scelta di affidarne l'applicazione alle garanzie della giurisdizione penale un'indiretta conferma della sua natura afflittiva. Ciò non toglie che un'applicazione rigida del criterio, per cui ogni misura disposta dal giudice penale o connessa ad un procedimento penale, dovrebbe di per sé considerarsi convenzionalmente penale, non ci pare logicamente corretta, perché fondata sull'indebita sovrapposizione della prospettiva processuale a quella sostanziale. Ed infatti, se la Corte in generale non si stanca di ripetere che nessuno dei criteri sopra analizzati può reputarsi di per sé decisivo, emerge nitidamente dall'argomentare delle sentenze come quello in esame rivesta un ruolo sussidiario nella criteriologia della materia penale.

#### 4. Il terzo criterio Engel: la gravità della sanzione

##### 4.1. La natura quantitativa del criterio

Nella sentenza Engel, i confini tra il secondo ed il terzo criterio di valutazione della natura penale di una misura erano stati tracciati in modo molto chiaro: l'uno faceva riferimento alla natura dell'illecito, l'altro alla gravità della sanzione. Nel caso di specie, come si ricorderà, la Corte aveva escluso che gli illeciti disciplinari per cui erano stati condannati i ricorrenti avessero natura penale, ma aveva ritenuto comunque di applicare le garanzie del *volet pénal* dell'art. 6 (almeno rispetto ad alcune delle misure disposte nei confronti dei ricorrenti) in ragione della particolare gravità della sanzione, che andava ad incidere in modo significativo sulla libertà personale dei destinatari. Da un lato, dunque, un criterio *qualitativo*, legato all'essenza dell'illecito; dall'altro un criterio *quantitativo*, concernente il *quantum* di afflittività della misura, al di là della sua natura.

Il senso di questa distinzione viene confermato dalla sentenza *Öztürk*, che però, al momento di sintetizzare il contenuto dei criteri Engel, usa per il terzo una formula ("*la natura ed il livello di gravità della sanzione*") in cui al requisito della gravità, che ne esauriva il significato secondo Engel, affianca quello della natura della sanzione. Leggendo le argomentazioni della sentenza, peraltro, ci si rende conto che la distanza rispetto ad Engel è meramente nominalistica, considerato come anche in *Öztürk* rimanga chia-

---

tipo di sanzione prescelta che deriva per il legislatore l'obbligo di dare ad essa una certa disciplina e non altra per quanto attiene agli organi e alla procedura per l'irrogazione".

ra la dicotomia tra criteri relativi all'essenza dell'illecito, e criteri relativi al grado di afflittività della sanzione.

Nella giurisprudenza successiva, la formula coniata da *Öztürk* diventa la definizione tradizionale del terzo criterio Engel, il cui esatto contenuto tuttavia, proprio in ragione del riferimento alla natura e non solo alla gravità della sanzione, risulta più incerto rispetto a quanto non fosse nei due *leading cases*. Spesso, infatti, non risulta chiaro se con il riferimento alla "natura" della sanzione si introducano anche all'interno del terzo criterio valutazioni finalistiche o di altro genere, del tipo di quelle in uso per valutare la sussistenza del secondo criterio relativo alla natura dell'illecito, o se invece il terzo criterio mantenga la sua originaria essenza di parametro esclusivamente relativo al *quantum* di afflittività della misura.

Sarebbe vano ora andare alla ricerca, nelle sentenze della Corte, di una esplicita risposta a questo interrogativo; il giudizio sulla qualificazione come penale di una certa misura non ha in ogni caso una struttura rigida, dovendo tenere conto di tutti gli elementi che possono contribuire a dare o meno una coloritura penalistica alla stessa; e la precisa collocazione di un certo elemento di giudizio all'interno dell'uno o dell'altro criterio Engel non appare certo tra le principali preoccupazioni degli estensori. Dal momento però che lo scopo di questa indagine è proprio quello di provare a dare un inquadramento sistematico ai diversi parametri usati dalla Corte, non possiamo esimerci dal provare a definire in modo più preciso il contenuto del terzo criterio Engel.

Partiamo allora dall'ipotesi che in tale criterio siano da riproporre, per valutare la natura della sanzione, quelle considerazioni teleologiche, che già abbiamo visto essere alla base del giudizio sulla natura dell'illecito. Se la natura dell'illecito e la natura della sanzione fossero realmente due concetti distinti, dovremmo poter ipotizzare delle situazioni in cui alla luce di tali considerazioni l'illecito ha natura penale, e la sanzione no, o viceversa. Eppure, una tale conclusione pare già *prima facie* implausibile, risultando semplicemente illogico pensare di poter attribuire ad un certo illecito natura penale, in ragione della sua finalità punitiva, negando al contempo che la sanzione che si accompagna a tale illecito condivide le medesime finalità. In realtà, nella prospettiva teleologica che abbiamo visto caratterizzare il secondo criterio Engel, l'illecito e la corrispondente sanzione sono elementi inscindibili di una medesima valutazione, volta ad accertare se la misura afflittiva nel suo insieme – comprensiva tanto del comportamento che origina la reazione ordinamentale, quanto delle conseguenze giuridiche che ne derivano – abbia o meno finalità punitiva, e di conseguenza carattere penale.

Al fine allora di operare una corretta *actio finium regundorum* tra il secondo ed il terzo criterio Engel, la soluzione più convincente ci pare quella di confermare l'originaria dicotomia concettuale tra un criterio teleologico-qualitativo, attinente alla natura dell'illecito, ed uno quantitativo, at-

tinente alla gravità della sanzione<sup>132</sup>. A livello terminologico, è poi possibile mantenere il tradizionale riferimento, nel terzo criterio, alla natura della sanzione, a condizione di intendere tale nozione in modo coerente con la logica che tale criterio veicola: con natura della sanzione si dovranno dunque intendere quei connotati della stessa (la sua natura privativa o limitata della libertà personale, pecuniaria, interdittiva, ecc.) che incidono nel determinare la gravità della risposta afflittiva, mentre risulteranno estranei a tale nozione i criteri ontologici e teleologici di classificazione dell'illecito e della corrispondente sanzione, la cui corretta collocazione concettuale è esclusivamente all'interno del secondo criterio Engel.

#### 4.2. *La rilevanza generale del criterio e la centralità dell'incidenza della misura sulla libertà personale*

Abbiamo già ampiamente visto sopra come il ruolo predominante, che la tutela della libertà personale aveva rivestito nel caso *Engel*, era stato drasticamente ridimensionato da *Öztürk*, secondo cui può essere definita convenzionalmente penale anche una sanzione dalla modestissima portata afflittiva. Con *Öztürk* e con la prevalenza del criterio finalistico su quello relativo alla gravità della misura, la nozione convenzionale di materia penale, più che come strumento di tutela della libertà personale, è soprattutto servita per ricondurre entro le garanzie penalistiche convenzionali tutte le forme ordinamentali di reazione punitiva, indipendentemente dalla gravità di tale reazione.

Se dunque è indiscutibile che il secondo criterio Engel abbia assunto un'importanza preponderante nella giurisprudenza successiva<sup>133</sup>, non ci pare comunque che negli anni il terzo criterio abbia perso vitalità: anzi, a ben vedere, esso ha assunto spazi applicativi anche più ampi rispetto alla sua originaria configurazione.

Mentre, infatti, in *Engel* la gravità della misura era strettamente legata alla sua incidenza sulla libertà personale, sono tutt'altro che rare le ipotesi in cui tale parametro è stato utilizzato (insieme ad altri) per argomentare la natura penale della stessa, anche quando non era in gioco la libertà del destinatario.

In materia di *misure a contenuto patrimoniale*, la gravità del sacrificio economico viene normalmente tenuta in alta considerazione nel giudizio sulla natura penale<sup>134</sup>. È vero infatti che è ormai pacifico come la natura

---

<sup>132</sup> In questo senso cfr. in particolare F. GOISIS, *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, 2015, p. 3.

<sup>133</sup> Cfr. per tutti V. MANES, *Profili e confini*, cit., p. 995, e F. MAZZACUVA, *La materia*, cit., p. 2.

<sup>134</sup> È pacifico per la giurisprudenza della Corte che la gravità di una misura, non impor-

bagatellare della sanzione non basti per negare natura penale ad una certa sanzione, anche se l'entità trascurabile della somma comminata può essere rilevante per rafforzare il giudizio sulla sua natura non penale<sup>135</sup>; ma è altrettanto vero che la significativa entità della sanzione è un argomento che viene fortemente valorizzato quando la Corte ritiene di affermare la natura penale di una certa misura pecuniaria<sup>136</sup>. Se poi entra indirettamente in gioco la libertà personale, in quanto la misura patrimoniale in caso di mancato pagamento può essere convertita in pena detentiva, tale elemento risulta senz'altro centrale per la qualificazione come penale<sup>137</sup>, an-

---

ta se pecuniaria o detentiva, si valuti tanto al metro del massimo della cornice editale, quanto della sanzione applicata in concreto, ma ciò che più conta è il primo elemento, tanto che se anche la pena concretamente inflitta è modesta, la misura può comunque considerarsi grave se il massimo editale era elevato: cfr. per tutte, in relazione ad una sanzione pecuniaria, Corte EDU, *Demicoli c. Matla*, cit., § 34; Corte EDU, 24.9.1997, *Garyfallou Aebe c. Grecia*, § 34; Corte EDU, *Grande Stevens c. Italia*, § 98 (“*Il est vrai qu'en l'espèce les sanctions n'ont pas été appliquées dans leur montant maximum, la cour d'appel de Turin ayant réduit certaines des amendes infligées par la CONSOB (...). Cependant, la coloration pénale d'une instance est subordonnée au degré de gravité de la sanction dont est a priori passible la personne concernée, et non à la gravité de la sanction finalement infligée*”); in relazione ad una pena privativa della libertà personale, Corte EDU, GC, *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, cit., § 120 (“*La nature et le degré de gravité de la sanction susceptible d'être infligée aux requérants sont déterminés en fonction de la peine maximum prévue par les dispositions juridiques pertinentes (...). Si la peine effectivement infligée constitue un élément pertinent, cela ne diminue pas l'importance de l'enjeu initial*”).

<sup>135</sup> Cfr. ad esempio *Kurdov e Ivanov c. Bulgaria*, cit., dove, per negare natura penale ad una sanzione pecuniaria comminata per la violazione della disciplina anti-incendi, si sottolinea, oltre alla sua finalità prevalentemente preventiva, la sua modestissima entità, facendosi notare che essa “*ne dépassait pas l'équivalent de 3,07 dollars américains*” (§ 44); nello stesso senso, per una misura disciplinare di carattere patrimoniale, di cui viene negata la natura penale in ragione anche della sua modestia, cfr. anche Corte EDU, 24.11.1998, *Brown c. Regno Unito* (dec.).

<sup>136</sup> Cfr. per tutte Corte EDU, *Menarini Diagnostics srl c. Italia*, cit., relativa ad una sanzione di 6 milioni di euro irrogata dall'AGCM (Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato), e Corte EDU, *Grande Stevens ed al. c. Italia*, cit., in cui la sanzione massima applicabile dalla CONSOB (Commissione nazionale per le Società e la Borsa) ammontava a 5 milioni di euro. Per la considerazione, interessante anche se priva di diretto riscontro nella giurisprudenza della Corte, secondo cui le sanzioni pecuniarie acquisterebbero rilievo penale quando incidano sulla *capacità sociale* del destinatario, in una lettura della sanzione penale come inscindibilmente legata all'incidenza sulla libertà personale, cfr. F. CONSULICH, ‘*Materia penale*’, cit., p. 76 s.: “Secondo la Corte europea una sanzione è *intrinsecamente* penale ogni volta che, *per finalità preventive*, limiti la libertà personale sia *direttamente* (le sanzioni detentive sono quindi sanzioni penali per definizione) sia *indirettamente*, cioè quando la sanzione patrimoniale, in senso lato, raggiunga un'intensità afflittiva che, anche in relazione alla capacità economica del destinatario, si riveli *incapacitante socialmente*, cioè riduca grandemente il tasso di partecipazione economico-sociale del destinatario stesso” (corsivi nel testo).

<sup>137</sup> Cfr. in particolare Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, cit., § 33 e Corte EDU, 23.10.1995, *Palaoro c. Austria*, § 35. Peraltro, nel senso che la convertibilità in pena detentiva non è di per sé decisiva del carattere penale della misura ai sensi del terzo criterio Engel, cfr. Corte EDU, 23.3.1994, *Ravnsborg c. Svezia*, § 35, e Corte EDU, 22.2.1996, *Putz c. Austria*, § 37, entrambe

che se la giurisprudenza ha in più occasioni ribadito che la convertibilità in misure privative della libertà non è affatto un elemento necessario per attribuire natura penale ad una misura a carattere patrimoniale<sup>138</sup>.

Anche in relazione a *sanzioni non patrimoniali* né incidenti sulla libertà personale, il criterio della gravità può risultare decisivo. Particolarmente significative sono le numerose sentenze in cui la Corte deve giudicare la natura penale di misure amministrative, previste nei codici della strada di diversi Stati, che in vario modo privano della *patente di guida* il responsabile di una violazione alle disposizioni in materia di circolazione stradale. In tutte le decisioni la Corte riconosce alle misure un carattere non tanto punitivo, quanto piuttosto preventivo rispetto alla pericolosità specifica del destinatario; da questa verifica teleologica deriva però la negazione della natura penale della misura quando la stessa è scarsamente afflittiva (sospensione della patente per brevi periodi)<sup>139</sup>, mentre la soluzione è opposta quando la misura limita grandemente il diritto alla circolazione, comportando l'annullamento del titolo di guida o la sua sospensione per periodi consistenti<sup>140</sup>.

La rilevanza del terzo criterio Engel rispetto a misure non incidenti sul diritto alla libertà personale non fa comunque venir meno l'assoluta centralità che l'incidenza della misura su tale diritto riveste nella struttura del

relative alla (negata) natura penale di una ammenda prevista per una violazione della disciplina regolante lo svolgimento delle udienze davanti all'autorità giudiziaria (nel caso austriaco, la Corte sottolinea come la possibile privazione di libertà derivante dal mancato pagamento fosse comunque di gravità modesta, al massimo dieci giorni).

<sup>138</sup> Cfr., oltre alle sentenze in materia di sanzioni disposte da autorità indipendenti italiane citate appena sopra, nota 136, anche Corte EDU, *Janosevic c. Svezia*, cit., § 69 (in materia di sanzioni tributarie) e Corte EDU, 2.9.1998, *Lauko c. Slovacchia*, § 58 (in materia di illeciti amministrativi).

<sup>139</sup> Negano la natura penale di brevi periodi di ritiro o sospensione della patente Corte EDU, 28.10.1999, *Escoubet c. Belgio* ("*Quant au degré de sévérité, la Cour rappelle que la mesure de retrait immédiat du permis de conduire est limitée dans le temps, puisqu'elle ne peut excéder quinze jours, sauf circonstance spéciale permettant sa prolongation pour deux nouvelles périodes de quinze jours. L'impact de pareille mesure n'est, par son intensité et sa durée, pas assez important pour autoriser à la qualifier de sanction "pénale". En l'espèce, la Cour observe que le retrait n'a pas causé un préjudice notable au requérant, puisque celui-ci a eu la possibilité de récupérer son permis six jours après l'avoir remis aux agents de police et deux jours après en avoir demandé la restitution*": § 38); Corte EDU, 14.12.1999, *Mulot c. Francia* (dec.); Corte EDU, 20.3.2011, *Hangl c. Austria* (dec.).

<sup>140</sup> Cfr., per la natura penale della sottrazione di punti dalla patente, Corte EDU, *Malige c. Francia*, cit. ("*Quant au degré de gravité, la Cour relève que le retrait de points peut entraîner à terme la perte de la validité du permis de conduire. Or il est incontestable que le droit de conduire un véhicule à moteur se révèle de grande utilité pour la vie courante et l'exercice d'une activité professionnelle*": § 39); dell'annullamento della patente, Corte EDU, 24.1.2012, *Mihai Toma c. Romania*, § 21; del ritiro della patente per 18 mesi, Corte EDU, 13.12.2005, *Nilsson c. Svezia* (dec.) ("*la Cour estime que, indépendamment de la condamnation pénale infligée en l'espèce, un retrait de permis d'une durée de dix-huit mois constitue en soi, par sa sévérité, une mesure pouvant ordinairement passer pour une sanction pénale*").

criterio ora in esame. L'importante principio affermato in *Engel*, per cui devono presumersi penali le misure a contenuto repressivo che incidono sulla libertà personale, ha trovato unanime riscontro in tutta la giurisprudenza successiva, che ha proceduto a ricondurre nell'ambito della materia penale diverse tipologie di misure formalmente non penali, ma incidenti sulla libertà personale, presenti negli ordinamenti di molti Stati contraenti.

Dopo la riconduzione al *volet pénal* dell'art. 6 di talune *sanzioni disciplinari in ambito militare* ad opera di *Engel*, un passaggio importante viene compiuto in una decisione del 1984<sup>141</sup> con l'attribuzione di natura penale alle *misure disciplinari in ambito penitenziario* (conclusione che quasi vent'anni dopo verrà confermata dalla Grande Camera<sup>142</sup>). Si trattava in entrambi i casi di valutare l'applicabilità delle garanzie procedurali della materia penale al procedimento con cui le autorità penitenziarie britanniche potevano infliggere ai detenuti sanzioni disciplinari comportanti la revoca dei giorni di liberazione anticipata altrimenti riconosciuti dalla legge. La Corte non ritiene significativa la qualificazione, praticata a livello interno, della liberazione anticipata come un privilegio, e non come un diritto, valorizzando piuttosto la circostanza che il condannato avesse la fondata aspettativa, in mancanza della decisione disciplinare, di non dover espiare in carcere l'intera sanzione applicata dal giudice, e dunque la decisione che revocava tale beneficio comportava per lui nei fatti dei giorni di detenzione supplementare<sup>143</sup>. Pur ammettendo poi che la misura presenti una finalità disciplinare e non soltanto punitiva, l'elemento decisivo per la qualificazione come penale sta proprio nella considerazione che essa si risolve in un prolungamento della detenzione, e quindi in un'incidenza sulla libertà del destinatario che ne fa presumere la natura penale.

Altre decisioni in cui l'argomento dell'incidenza sulla libertà personale risulta decisivo per la qualificazione come penale sono quelle concernenti l'istituto francese della *contrainte par corps*, che prevede la possibilità di

<sup>141</sup> Corte EDU, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, cit.

<sup>142</sup> Corte EDU, GC, *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, cit.

<sup>143</sup> Corte EDU, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, cit., § 72: "*La Cour ne pense pas que la distinction entre droit et privilège lui soit ici d'un grand secours. La pratique observée en matière de remise importe davantage: sauf perte de remise prononcée sur le terrain disciplinaire, un détenu sera élargi à la date estimée qu'on lui indique au début de sa peine; on suscite ainsi en lui l'expectative légitime de recouvrer sa liberté avant la fin de la période d'emprisonnement à purger. La perte de remise aboutit par conséquent à prolonger la détention au-delà du terme correspondant à cette attente*". Nella sentenza degli anni Duemila la Corte ha modo di rimarcare come, proprio a seguito della sentenza appena citata, il legislatore nel 1991 abbia modificato la denominazione legale dell'istituto da "*loss of remission*" a "*awards of additional days*", che "*traduit juridiquement ce qui était déjà la réalité en pratique*" (Corte EDU, *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, cit., § 122); al mutamento di denominazione non si era però accompagnata l'introduzione di una disciplina conforme al *volet pénal* dell'art. 6, e per questo la Corte, dopo 20 anni, condanna ancora il Regno Unito per la sua disciplina penitenziaria.

commutare in pena privativa della libertà i debiti nei confronti dello Stato (non di natura civilistica) non saldati dal destinatario (misura che la Corte definisce come una forma di “sopravvivenza” di quella prigione per debiti vietata dall’art. 1 Prot. 4 in relazione ai debiti di origine contrattuale)<sup>144</sup>; oppure le *sanzioni amministrative detentive* previste in diversi ordinamenti dell’Europa orientale<sup>145</sup>; o ancora, come si ricorderà, la misura della *de-tenzione di sicurezza tedesca*<sup>146</sup>.

Le (rarissime) occasioni in cui una misura repressiva incidente sulla libertà personale non è stata ritenuta penale riguardavano casi in cui le sanzioni erano molto lievi (privazione di libertà di pochi giorni)<sup>147</sup>, anche se non mancano le decisioni in cui sono state riconosciute come penali anche sanzioni detentive di brevissima durata<sup>148</sup>. Ed in effetti, considerato come con *Öztürk* è stata affermata la natura penale anche di illeciti puniti con modestissime sanzioni pecuniarie, sarebbe davvero irragionevole considerare la breve durata di una misura detentiva un elemento per negarne la natura penale, quando appunto tale natura è stata riconosciuta a sanzioni pecuniarie di minimo spessore.

#### 4.3. *La natura sussidiaria del terzo criterio Engel, e la sua centralità politico-criminale*

Avevamo già accennato sopra, analizzando la sentenza *Jussila*, come sia pacifica in giurisprudenza *la natura alternativa e non cumulativa* del secondo e terzo criterio Engel; tale principio, già implicito nella decisione in *Öztürk* di qualificare come penale una sanzione dal modestissimo carico afflittivo, era stato espresso in questi termini da un’altra decisione della Grande Camera di pochi anni successiva<sup>149</sup>, ed è stato poi ripreso senza

---

<sup>144</sup> Cfr. *ex multis* Corte EDU, 8.6.1995, *Jamil c. Francia* e Corte EDU, 2.7.2002, *Goktan c. Francia*.

<sup>145</sup> Cfr. in particolare Corte EDU, GC, 10.2.2009, *Zolotoukhine c. Russia*, § 56, e Corte EDU, 31.7.2009, *Zaicevs c. Lettonia*, § 34.

<sup>146</sup> Cfr. le sentenze analizzate *supra*, § 3.2.2.D.

<sup>147</sup> Cfr. la stessa sentenza *Engel*, ove come si ricorderà la Corte aveva escluso la natura penale delle sanzioni disciplinari che comportavano privazioni di libertà molto brevi (§ 2.1.3), e Corte EDU, *Putz c. Austria*, cit., dove la Corte aveva escluso la natura penale di una pena pecuniaria convertibile in una pena detentiva di non più di dieci giorni.

<sup>148</sup> Per un caso in cui, ad esempio, è stato riconosciuto carattere penale ad un illecito disciplinare punito con pena massima di 5 giorni di privazione della libertà, cfr. Corte EDU, GC, *Kyprianou c. Cipro*, cit., § 64. In dottrina, sottolineano l’incertezza legata all’individuazione della soglia quantitativa di gravità oltre la quale la misura diventa sicuramente penale, G. DE VERO-G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, 2007, p. 13 ss.; V. MANES, *Art. 7*, cit., p. 267; F. MAZZACUVA, *La materia penale*, cit., p. 2.

<sup>149</sup> Corte EDU, GC, *Lutz c. Germania*, cit., § 55.

eccezioni da tutta la giurisprudenza sino a diventare un dato acquisito.

L'alternatività dei due criteri viene solitamente affermata per argomentare la natura penale di una misura che risulta tale ai sensi del secondo ma non del terzo criterio (il caso classico, come abbiamo visto ampiamente sopra, è quello dell'illecito punitivo punito con sanzione scarsamente afflittiva). Ma non vi dovrebbe essere motivo per dubitare che essa sia valida anche nel senso inverso, come parrebbe testimoniare il costante indirizzo che, da *Engel* in poi, formula una vera e propria presunzione (relativa) circa il carattere penale di ogni misura incidente sulla libertà personale. Se una misura afflittiva incide sulla libertà personale, si dovrebbe presumere che abbia carattere penale, anche se non è tale ai sensi del criterio della natura dell'illecito: a tale esito ermeneutico dovrebbe condurre il principio della natura alternativa e non cumulativa dei criteri Engel.

In realtà, l'interpretazione tanto letterale che sistematica della giurisprudenza consente a nostro avviso di scorgere una sottile incongruenza in tale conclusione. Da un punto di vista testuale, quando in *Engel* formula per la prima volta tale presunzione, la Corte fa riferimento alla "severità della sanzione" e alle "privazioni di libertà suscettibili di essere inflitte a titolo repressivo"; in tutte le decisioni successive tale terminologia viene ripresa, e si parla sempre della presunzione circa la natura penale delle "pene" o delle "sanzioni" incidenti sulla libertà personale. La giurisprudenza dunque non attribuisce natura penale a tutte le misure afflittive che incidono sulla libertà, ma solo a quelle che hanno finalità "repressiva", per riprendere la terminologia di *Engel*, e che quindi possono essere denominate come "pene" o "sanzioni". Perché sia possibile valutare una misura come penale ai sensi del terzo criterio Engel, è dunque necessario avere già verificato la sua natura dissuasiva e punitiva, che come si ricorderà è però un elemento di valutazione fondamentale ai sensi del secondo criterio Engel.

A livello terminologico, definire il terzo criterio come attinente alla gravità della "sanzione" comporta la sua articolazione con il secondo non tanto in termini di alternatività, ma di almeno *parziale cumulatività*: perché una misura risulti convenzionalmente penale è necessario che abbia un contenuto punitivo-repressivo che ne consenta la definizione in termini di "sanzione", e quindi il terzo criterio neppure può venire in considerazione se alla misura non è stata riconosciuta quella finalità punitiva che rappresenta un elemento centrale del secondo.

Tale conclusione trova conforto negli orientamenti che abbiamo appena finito di analizzare. I casi più rilevanti in cui il terzo criterio è risultato decisivo (le misure disciplinari militari e penitenziarie e le misure di sicurezza detentive) riguardavano situazioni in cui la qualificazione ai sensi del secondo criterio era incerta non perché la Corte non ritenesse che le misure avessero anche finalità punitiva (e dunque si potessero considerare come delle sanzioni), bensì perché accanto alla finalità punitiva sussistevano specifiche finalità di natura preventiva o regolatoria; l'incertezza veni-

va allora sciolta alla luce del criterio della gravità della misura, che indirizzava la Corte a sciogliere l'alternativa nel senso del riconoscimento della sua natura penale.

Pensiamo anche ad un'ipotesi di misura gravemente incidente sulla libertà personale che la Corte non ha mai considerato penale, e cioè all'internamento in strutture psichiatriche dei delinquenti pericolosi prosciolti per infermità di mente<sup>150</sup>. In tutte le decisioni relative a tale istituto, la Corte constata come la misura abbia una esclusiva finalità di neutralizzazione della pericolosità e non di punizione, considerato anche come venga emessa all'esito di una pronuncia di proscioglimento per mancanza di imputabilità, senza porsi il problema che, incidendo la stessa in maniera assolutamente significativa sulla libertà personale, se ne dovrebbe presumere la natura penale: una volta escluso che possa essere qualificata come una sanzione, in quanto priva di finalità punitiva, la severità della misura neppure viene presa in considerazione quale elemento sintomatico del suo carattere penale.

Anche poi in relazione alla *Sicherungsverwahrung*, che pure la Corte in linea di principio considera come penale, il fatto che essa incida sulla libertà personale non ha impedito alla Corte di escluderne la natura penale in un'ipotesi in cui l'individualizzazione del trattamento riabilitativo e terapeutico predisposto rendeva assolutamente prevalente la finalità preventiva rispetto a quella punitiva<sup>151</sup>.

Avviandoci a concludere sul punto, bisogna riconoscere che, nonostante la formula dell'alternatività tra il secondo ed il terzo criterio Engel induca ad attribuire pari rilievo agli stessi, in realtà il criterio della gravità della misura e della sua incidenza della libertà personale è sì in grado di orientare nel senso della natura penale un giudizio rimasto incerto ai sensi del secondo criterio, ma non è idoneo da solo a condurre alla qualificazione come penale di una misura anche gravemente incidente sulla libertà del destinatario, che tuttavia non rivesta alcun carattere punitivo<sup>152</sup>.

Il *carattere sussidiario* del terzo criterio Engel non deve però condurre ad una sua marginalizzazione nella lettura del significato in termini di politica del diritto della scelta della Corte di introdurre una nozione autonoma di materia penale. Tale operazione, come più volte ricordato, ha una duplice valenza: da un lato l'estensione delle garanzie penalistiche alla gran parte delle misure incidenti sulla libertà personale, anche in settori

---

<sup>150</sup> Cfr. le sentenze citate *supra*, nota 92.

<sup>151</sup> Cfr. Corte EDU, *Bergmann c. Germania*, cit.

<sup>152</sup> In senso difforme, cfr. F. GOISIS, *La tutela del cittadino*, cit., p. 7: "un provvedimento dei pubblici poteri è sanzione penale ai sensi CEDU pur ove anche privo di tutti i principali caratteri sostanziali tradizionalmente attribuiti a quest'ultima (in particolare la finalità afflittiva e deterrente), potendo bastare l'elemento della gravità del *malum* inflitto quale conseguenza di un'accertata perturbazione dell'ordine giuridico".

tradizionalmente estranei alla materia penale come il diritto disciplinare in ambito militare e penitenziario; dall'altro l'applicazione di tali garanzie a tutte le forme, anche bagatellari, di illeciti fortemente connotati in termini punitivi come l'illecito amministrativo depenalizzato o le violazioni fiscali. Mentre in quest'ultimo orizzonte di tutela ha giocato un ruolo esclusivo il criterio (finalistico) della natura dell'illecito, nel giudizio sulle misure detentive il criterio della gravità è risultato decisivo, anche se insieme ad altri, nel determinare la qualificazione come penale.

Nella giurisprudenza sulla materia penale, in conclusione, la finalità della Corte di tutelare in maniera effettiva la libertà personale ha un peso importante, che deve indurre a non trascurare il terzo criterio Engel in cui tale finalità trova collocazione; certo la nozione convenzionale di materia penale è essenzialmente orientata dai criteri teleologici e qualitativi espressi dal secondo criterio, ma l'approccio quantitativo veicolato dal terzo non deve essere sottovalutato nel delineare i confini dell'illecito convenzionalmente penale.

##### 5. *La nozione di materia penale rispetto a ciascuna delle garanzie convenzionali*

I tre *leading cases* da cui abbiamo preso le mosse per addentrarci nello studio della giurisprudenza della Corte avevano ad oggetto la pretesa violazione delle garanzie procedurali di cui al *volet pénal* dell'art. 6: riconoscere natura penale alle misure in discussione significava rendere applicabili alle procedure seguite a livello interno per la loro inflizione le garanzie del giusto processo che tale disposizione riconosce al soggetto "accusato di un reato".

Come noto, però, nella Convenzione e nei suoi protocolli vi sono altre norme che predispongono garanzie applicabili alla sola materia penale. Nel testo della Convenzione troviamo l'art. 7, che enuncia il *principio di legalità e di irretroattività* in relazione ai fatti costituenti "reato"; nei protocolli addizionali, l'art. 2 del Protocollo n. 7, ove è sancito il *diritto ad un doppio grado di giudizio* per chi sia stato ritenuto colpevole di un "reato", e l'art. 4 del medesimo Protocollo, che stabilisce il *diritto a non essere giudicato due volte* per il medesimo "reato".

Per lungo tempo, la questione dell'adozione di una nozione di materia penale più ampia di quella formale è rimasta limitata alle garanzie dell'art. 6. A partire dagli anni Novanta, tuttavia, essa ha iniziato a porsi anche in relazione alle altre garanzie penalistiche, prima quelle di cui all'art. 7, e da ultimo quelle previste nel Prot. 7. Sia pure dopo qualche oscillazione, specie nella giurisprudenza relativa al *ne bis in idem*, la Corte si è orientata per l'adozione di una *nozione unitaria di materia penale*, e dunque per

l'adozione dei criteri Engel ogniqualvolta si tratti di valutare l'applicabilità di qualsiasi garanzia convenzionale della materia penale. Quando si tratta di stabilire se una misura ha natura penale, le sentenze citano abitualmente anche precedenti in cui il problema si è posto in relazione ad una garanzia diversa da quella in discussione nel caso specifico, a testimonianza di come la questione della nozione convenzionale di materia penale sia considerata trasversale alle singole garanzie penalistiche.

Proprio in coerenza con tale indirizzo della Corte, nei paragrafi precedenti abbiamo ricostruito il volto dell'illecito convenzionalmente penale citando decisioni relative a tutte le garanzie in questione, senza preoccuparci di precisare, salvo quando fosse per qualche ragione rilevante, rispetto a quale garanzia il problema assumesse specifico rilievo. L'unitarietà della nozione di materia penale comunque non toglie che la criteriologia Engel, pensata e sviluppata dalla Corte in relazione alle garanzie di cui all'art. 6, possa presentare degli aspetti peculiari quando il problema si pone rispetto a garanzie diverse. Nelle pagine che seguono andremo allora a calare la nozione della materia penale all'interno di ciascuna garanzia convenzionale diversa dall'art. 6, al fine di individuare le ragioni addotte dalla Corte a sostegno dell'adozione di un criterio unitario, e le peculiarità che, pur all'interno di una nozione comune, sono comunque riscontrabili rispetto alle singole garanzie.

### 5.1. *La nozione di materia penale nell'ambito dell'art. 7 CEDU*

#### 5.1.1. *Il leading case Welch ed il criterio del collegamento con un procedimento penale*

La sentenza con cui per la prima volta l'art. 7 viene esteso a sanzioni formalmente non penali è una decisione del 1995 (*Welch*)<sup>153</sup>, ove si poneva il problema di valutare la legittimità dell'applicazione retroattiva di una particolare ipotesi di confisca prevista dalla legislazione inglese in caso di commissione di delitti legati al traffico di stupefacenti. Il Governo resistente, per negare l'applicabilità del principio di irretroattività sancito dall'art. 7 per la materia penale, aveva sottolineato la qualificazione della misura come non penale ai sensi del diritto interno, ed aveva altresì posto in luce la sua asserita finalità non punitiva ma riparatoria. La Corte ricorda come la nozione di "pena" di cui all'art. 7 debba essere intesa in senso autonomo ai fini dell'applicazione della Convenzione, così come già affermato in relazione tanto al *volet pénal* che al *volet civil* dell'art. 6; curiosamente, a sostegno di tale affermazione, l'unica sentenza relativa al *volet pénal* che viene citata è una decisione di una camera, e inerente ad una ma-

---

<sup>153</sup> Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, cit.

teria del tutto diversa<sup>154</sup>, mentre non viene fatto alcun cenno ai criteri Engel o agli altri notissimi precedenti già all'epoca disponibili in relazione all'art. 6. La Corte fornisce qui una propria formulazione degli elementi costitutivi del reato ai sensi dell'art. 7, riproponendo in sostanza i criteri Engel (anche se esposti secondo un ordine diverso e poco comprensibile), oltre al criterio di nuovo conio relativo alla natura delle procedure associate all'adozione della misura<sup>155</sup>. Alla luce di un esame complessivo, scandito secondo le categorie tradizionali nella giurisprudenza relativa all'art. 6 (oltre al nuovo parametro del collegamento con un procedimento penale, vengono analizzati il criterio finalistico e quello della gravità), la sentenza qualifica la misura come penale, e ne censura l'applicazione retroattiva per violazione dell'art. 7.

In tutte le decisioni successive in cui la Corte ha dovuto valutare la natura penale di una misura ai fini dell'applicazione dell'art. 7<sup>156</sup> (peraltro assai meno numerose di quelle riguardanti l'art. 6), è stata invariabilmente citata la sentenza *Welch*, che sostituisce il riferimento ai criteri Engel, cui non viene mai fatto cenno nelle decisioni relative all'art. 7.

In tali decisioni, la Corte non prende mai esplicitamente posizione circa l'identità della nozione penale rilevante ai fini dell'applicabilità dell'art. 6 e dell'art. 7. La mancata citazione dei criteri Engel, e i non frequenti riferimenti ai precedenti relativi all'art. 6, potrebbe indurre a ritenere che la Corte abbia voluto formulare una nozione autonoma di materia penale ai sensi dell'art. 7; eppure, la criteriologia proposta da *Welch* ricalca in termini pressoché identici, salvo il criterio della connessione con un procedimento penale, i criteri Engel utilizzati nell'ambito dell'art. 6, ed anche le cadenze argomentative, che pongono in primo piano le finalità della misura, sono mutate dalla giurisprudenza relativa all'art. 6.

Non è facile individuare le ragioni della scelta della Corte di non fare esplicito riferimento ai criteri Engel nelle sentenze relative all'art. 7, quando la nozione di materia penale che si va ad adottare è in sostanza coincidente con quella tradizionale nella giurisprudenza sull'art. 6. È vero che la sentenza *Welch* introduce un requisito nuovo, quello della connessione con un procedimento penale, che riveste un ruolo importante, anche se non di

---

<sup>154</sup> L'unico riferimento è alla già citata Corte EDU, *Demicoli c. Malta*, cit., relativa ad un procedimento davanti al Parlamento per le offese recate ai suoi membri.

<sup>155</sup> Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, cit., § 28: "*Le libellé de l'art. 7 indique que le point de départ de toute appréciation de l'existence d'une peine consiste à déterminer si la mesure en question est imposée à la suite d'une condamnation pour une 'infraction'. D'autres éléments peuvent être jugés pertinents à cet égard: la nature et le but de la mesure en cause, sa qualification en droit interne, les procédures associées à son adoption et à son exécution, ainsi que sa gravité*".

<sup>156</sup> In tutti i casi che abbiamo avuto modo di analizzare, la questione del rispetto dell'art. 7 si poneva sempre in relazione al profilo del divieto di applicazione retroattiva delle norme penali.

per sé decisivo, in molte importanti decisioni relative all'art. 7<sup>157</sup>. Eppure, non ci pare che l'introduzione di tale pur importante elemento sia tale da snaturare la natura della criteriologia Engel al punto da doverne formulare una alternativa, tanto più che il carattere dichiaratamente elastico dei criteri Engel non pone ostacoli all'inserimento al loro interno del nuovo parametro della connessione con un procedimento penale, operazione del resto già compiuta dalla stessa Corte in una sentenza citata sopra ove tale criterio è stato applicato in un caso relativo all'art. 6.

Non ci pare, insomma, che dalla scelta di non adottare esplicitamente i criteri Engel in relazione all'art. 7 possa derivarsi la volontà, del resto mai espressa, di adottare una criteriologia diversa a seconda che siano in gioco le garanzie processuali dell'art. 6 o quelle sostanziali dell'art. 7. Se il criterio della connessione con un procedimento penale, di difficile utilizzo nell'ambito dell'art. 6 per le ragioni già esplicitate sopra, segna una differenza non trascurabile tra le nozioni di materia penale rispettivamente applicabili a ciascuna disposizione, ci paiono senz'altro prevalenti i profili di omogeneità tra le stesse, che consentono, con le dovute avvertenze, di ritenere unitaria la nozione di materia penale per entrambe le garanzie convenzionali.

#### 5.1.2. *Norme penali sostanziali vs. norme processuali o incidenti sulle modalità di esecuzione della pena*

In relazione al problema dell'ambito di applicabilità del principio di irretroattività di cui all'art. 7, nella giurisprudenza della Corte sono emerse altre categorizzazioni rilevanti oltre alla classica dicotomia tra materia penale e non penale che abbiamo sinora analizzato. Facciamo riferimento in particolare al problema, affrontato in diverse pronunce, della riconducibilità di un certo istituto alle norme *processuali penali* o alle norme relative alle *modalità esecutive della pena*, che tradizionalmente vengono ritenute dalla Corte estranee all'ambito di applicabilità della garanzia ora in esame. Quando viene affrontata tale questione, non è infrequente il richiamo alla criteriologia della materia penale fornita in *Welch*; ma si tratta, a nostro avviso, di un riferimento più esornativo che di sostanza. Pensiamo a due dei casi più significativi in argomento, su cui torneremo tra brevissimo, relativi al problema dell'applicabilità del principio di irretroattività di cui all'art. 7 ad una modifica peggiorativa del regime della prescrizione del reato, o ad una riforma relativa all'incidenza, nel calcolo della pena che deve concretamente espriare un soggetto condannato all'ergastolo, degli anni di buona condotta già trascorsi in carcere. In entrambe le situazioni, è pacifico che ci si trovi di fronte ad una questione attinente la materia penale,

---

<sup>157</sup> Su tale criterio e sul suo ruolo sussidiario rispetto a quello finalistico, cfr. *supra*, § 3.3.3.

trattandosi di soggetto sottoposto a giudizio o condannato in sede penale per illeciti anche formalmente penali; il problema è rispettivamente se la prescrizione possa ritenersi un istituto sostanziale o processuale, o se le modifiche alla disciplina dell'ergastolo siano da qualificare come mere modifiche della fase esecutiva della pena. Ma in questa prospettiva, i criteri utilizzati per definire i contorni della materia penale non risultano di alcuna utilità, non essendo in discussione che ci si trovi di fronte ad una questione penale, bensì se le norme in questione siano attribuibili o meno al diritto penale sostanziale.

Siamo quindi al di fuori dello specifico oggetto della nostra indagine, volta a chiarire i contorni della materia penale, posto che la soluzione dei casi in questione pone il diverso problema di operare *partizioni interne* a tale materia, tra diritto sostanziale e processuale, e tra disciplina della pena o delle modalità esecutive della stessa<sup>158</sup>. Dal momento però che tali distinzioni risultano comunque rilevanti per determinare l'ambito di applicabilità delle garanzie penalistiche<sup>159</sup>, che è appunto lo scopo per il quale stiamo ora studiando la nozione convenzionale di materia penale, daremo conto di seguito delle conclusioni cui è approdata la giurisprudenza in argomento.

A) In relazione al problema della possibilità di applicare in via retroattiva modifiche normative che rendano più lunghi i termini di *prescrizione del reato*, la Corte è stabilmente orientata nel senso di negare in tali ipotesi l'applicabilità del principio di irretroattività di cui all'art. 7, almeno quando la modifica intervenga prima che il previgente termine prescrizionale sia già decorso. Il principio è stato affermato per la prima volta in una decisione del 2000, in cui la Corte prende le mosse dall'adesione al tradizionale orientamento secondo cui le norme di procedura sono soggette, quanto ai profili di diritto intertemporale, al principio *tempus regit actum*<sup>160</sup>; sul

---

<sup>158</sup> Cfr. per questa classificazione interna alla materia penale anche F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 277 ss.

<sup>159</sup> Il problema in realtà sorge solo in relazione all'art. 7, e non all'articolo 6, posto che, trattandosi di istituti destinati ad essere applicati all'interno di un procedimento penale, è *in re ipsa* la necessità di rispettare le garanzie del *volet pénal* dell'art. 6.

<sup>160</sup> Corte EDU, 22.6.2000, *Coëme c. Belgio*, § 148: "*La Cour note que la solution adoptée par la Cour de cassation se fonde sur sa jurisprudence selon laquelle les lois modifiant les règles de prescription sont désormais considérées, en Belgique, comme des lois de compétence et de procédure. Dès lors, elle s'inspire du principe généralement reconnu selon lequel, sauf dispositions expresses en sens contraire, les lois de procédure s'appliquent immédiatement aux procédures en cours (arrêt Brualla Gómez de la Torre précité, p. 2956, § 35)*". Si noti che anche nella sentenza richiamata come precedente la Corte si era limitata ad affermare tale principio, senza addurne a sostegno alcuna motivazione: cfr. Corte EDU, 19.12.1997, *Brualla Gómez de la Torre c. Spagna*, § 35: "*La Cour note que la solution adoptée en l'espèce par les juridictions espagnoles s'inspire d'un principe généralement reconnu selon lequel, sauf disposition expresse en sens contraire, les lois de procédure s'appliquent immédiatement aux procédures en*

presupposto poi che alla disciplina sulla prescrizione sia da negare natura sostanziale, non incidendo sulla qualificazione come reato di un certo comportamento né sulle pene per questo comminate<sup>161</sup>, la Corte esclude sia stato violato l'art. 7, segnalando comunque come sia diversa la situazione in cui al momento della modifica la prescrizione fosse già integralmente decorsa<sup>162</sup>.

Tali conclusioni, confermate in seguito dalla Corte senza ulteriori approfondimenti<sup>163</sup>, lasciano per molti aspetti insoddisfatti, specie nella particolare prospettiva del giurista italiano. Nella notissima vicenda *Taricco*, il tema della natura sostanziale o processuale della prescrizione è stato al centro di un acceso confronto tra la nostra Corte costituzionale e la Corte di giustizia UE, che ha infine riconosciuto rilievo, al fine proprio dell'applicazione del principio di irretroattività della legge penale, alla qualificazione

---

*cours*". Per altre pronunce in cui il principio viene ribadito, con il risultato di negare l'applicabilità dell'art. 7, cfr. *ex alitis* Corte EDU, 12.2.2004, *Mione c. Italia* (dec.) e Corte EDU, 10.7.2007, *Rasnik c. Italia* (dec.), entrambe relative al mutamento delle norme sui termini per la presentazione di un ricorso, e Corte EDU, 12.4.2007, *Martelli c. Italia* (dec.), relativa a norme in tema di valutazione della prova.

<sup>161</sup> "Ces actes constituaient des infractions au moment où ils ont été commis et les peines infligées ne sont pas plus fortes que celles qui étaient applicables au moment des faits": § 150.

<sup>162</sup> "La question d'une éventuelle atteinte à l'article 7 par une disposition qui aurait pour effet de faire renaître la possibilité de sanctionner des faits devenus non punissables par l'effet d'une prescription acquise est étrangère au cas d'espèce et ne doit donc pas être examinée dans la présente affaire": § 149.

<sup>163</sup> Cfr. Corte EDU, 24.7.2008, *Kononov c. Lettonia*, § 145, ove la Corte, riprendendo il *distinguishing* formulato in *Coëme* rispetto ai casi ove la prescrizione sia già decorsa, accerta la violazione dell'art. 7, reputando prescritti i crimini di guerra per cui era stato condannato il ricorrente (i fatti risalgono al 1944), dal momento che l'imprescrittibilità per tali crimini affermata da fonti successive non poteva consentire la condanna per un reato che si prescriveva al massimo in dieci anni secondo la legge applicabile al momento dei fatti (il codice penale sovietico del 1940). Il principio è stato poi confermato nella decisione della Grande Camera del 17.5.2010, che non ha peraltro ritenuto nel caso di specie di accertare alcuna violazione dell'art. 7, dissentendo dalla decisione della Camera di ritenere che dal diritto all'epoca vigente si ricavasse l'intervenuta prescrizione dei reati per cui era stato condannato il ricorrente: cfr. in particolare §§ 230 ss. Più di recente, il principio ha trovato ancora conferma in Corte EDU, 12.2.2013, *Previti c. Italia* (dec.), dove il ricorrente, in ragione della natura sostanziale che la giurisprudenza anche costituzionale italiana attribuisce alla prescrizione, lamentava la violazione dell'art. 7 per la mancata applicazione retroattiva di una legge contenente termini di prescrizione più favorevoli di quelli vigenti all'epoca dei fatti: la Corte respinge il ricorso, richiamando la qualificazione della prescrizione come istituto processuale affermata nei precedenti appena citati ("La Cour a donc qualifié les règles en matière de prescription de lois de procédure. La Cour ne voit aucune raison de s'écarter de cette conclusion en la présente espèce. Elle observe que les règles sur la prescription ne définissent pas les infractions et les peines qui les répriment, et peuvent être interprétées comme posant une simple condition préalable pour l'examen de l'affaire. Puisque la modification législative dénoncée par le requérant a concerné une loi de procédure, sous réserve de l'absence d'arbitraire, rien dans la Convention n'empêchait le législateur italien de réglementer son application aux procès en cours au moment de son entrée en vigueur": § 80-81).

della prescrizione come istituto sostanziale nel diritto nazionale<sup>164</sup>. Non possiamo soffermarci oltre su tale questione, che come chiarito è estranea agli scopi della nostra indagine; qui ci basti sottolineare come proprio l'esempio italiano mostri che la qualificazione della prescrizione come istituto di diritto processuale, data in sostanza per scontata dalla Corte, non è incontrovertibile negli Stati parti della Convenzione, ed avrebbe dunque meritato una più ampia argomentazione da parte della Corte stessa.

Un'altra notissima decisione, in cui la qualificazione come norma di diritto sostanziale o processuale si è rivelata decisiva ai fini dell'accertamento della violazione dell'art. 7 (che viene proprio in tale occasione interpretato per la prima volta come comprendente anche il principio della retroattività *in mitius* della legge penale sostanziale), è quella relativa ad un caso italiano avente ad oggetto il mutamento della normativa relativa alla possibilità, in caso di giudizio abbreviato, di applicare la pena di trent'anni di reclusione in luogo dell'ergastolo in ipotesi di condanna per omicidio in concorso con altri reati<sup>165</sup>. In estrema sintesi, una legge che in tali ipotesi prevedeva come pena massima la reclusione sino a trent'anni era stata poi modificata da una successiva legge di interpretazione autentica, che aveva previsto in tali casi la possibilità di infliggere l'ergastolo senza isolamento diurno. Limitandoci al profilo che ora ci interessa, la Corte conferma la tradizionale dicotomia tra norme penali processuali, rette dal *tempus regit actum*, e norme penali sostanziali, alle quali si applica la garanzia dell'art. 7, e ritiene la disposizione *sub iudice* di natura sostanziale, in quanto incidente sulla determinazione dell'effettivo *quantum* di pena applicabile all'imputato<sup>166</sup>.

B) Venendo ora alla dicotomia tra norme penali sostanziali e *norme relative all'esecuzione della pena*, il principio per cui tali ultime non sono soggette al divieto di applicazione retroattiva viene affermato già in una decisione della Commissione del 1986, relativa all'inasprimento delle condizioni perché i condannati all'ergastolo potessero accedere ai benefici della liberazione condizionale; la Corte ritiene che l'accesso ai benefici penitenziari sia questione che non incide sulla "pena" cui si riferisce l'art. 7, in quanto attiene alle *modalità di esecuzione* della stessa, che non rientrano nel

---

<sup>164</sup> Per una complessiva ricostruzione dell'intricata vicenda dopo l'ultimo intervento della Corte di giustizia del dicembre 2017, cfr. C. CUPELLI, *Ecce Taricco II – Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 12, p. 177 ss.

<sup>165</sup> Corte EDU, GC, 17.9.2009, *Scoppola c. Italia* n. 2.

<sup>166</sup> "La Cour estime que l'article 442 § 2 du CPP est une disposition de droit pénal matériel concernant la sévérité de la peine à infliger en cas de condamnation selon la procédure abrégée. Elle tombe donc dans le champ d'application de la dernière phrase de l'article 7 § 1 de la Convention": § 113. Per una opposta conclusione in relazione alla natura delle norme disciplinanti i requisiti per l'accesso al rito premiale, ritenute di natura processuale e quindi non sottoposte al divieto di applicazione retroattiva, cfr. Corte EDU, 27.4.2010, *Morabito c. Italia* (dec.).

campo di applicazione della norma convenzionale<sup>167</sup>. Sulla base del medesimo argomento, cui la giurisprudenza successiva aderisce senza eccezioni, viene ad esempio negata l'applicabilità dell'art. 7 in relazione a misure incidenti sul regime delle *misure alternative alla detenzione*<sup>168</sup>, oppure a misure clemenziali incidenti sulla pena (*indulto*)<sup>169</sup>.

La questione giunge di recente all'attenzione anche della Grande Camera, che se ne occupa in due pronunce relative a casi molti simili, ove era in discussione l'applicabilità dell'art. 7 ad alcune modifiche normative incidenti sulla concreta applicazione della pena dell'ergastolo.

Il primo caso riguarda l'abrogazione di un regolamento penitenziario che, nell'interpretazione costante fornita per anni dall'autorità amministrativa, in sostanza comportava l'applicazione di vent'anni di reclusione in luogo dell'ergastolo. Il ricorrente invocava l'applicazione del principio di irretroattività di cui all'art. 7 della propria aspettativa a non rimanere in carcere più di vent'anni. La Corte riprende il tradizionale indirizzo per cui le misure di esecuzione della pena sono soggette al principio del *tempus regit actum*, e pur ammettendo che l'interpretazione da parte delle autorità penitenziarie del regolamento abrogato avesse fondato una legittima convinzione del ricorrente a vedere in concreto ridotta la sua pena, tuttavia ritiene che a tale regolamento non potesse attribuirsi la capacità di incidere sul chiaro tenore letterale delle disposizioni del codice penale che prevedevano la pena dell'ergastolo. Non essendovi quindi stata l'applicazione di una pena più grave di quella che il ricorrente poteva aspettarsi al momento della commissione del fatto, la Corte

<sup>167</sup> Comm. EDU, Plenaria, 3.3.1986, *Hogben c. Regno Unito* (dec.): «La «peine» au sens de l'article 7 par. 1 doit être considérée comme étant celle de la réclusion à vie. Il est néanmoins exact que, par suite du changement intervenu dans la politique des libérations conditionnelles, le requérant ne remplira les conditions voulues pour cette libération qu'après avoir purgé 20 ans de prison. Certes, il peut se faire que sa détention sera alors effectivement plus rigoureuse que s'il avait rempli plus tôt les conditions d'une libération conditionnelle, mais ce genre de question concerne l'exécution de la peine et non la «peine» elle-même, qui demeure celle de la réclusion à vie. En conséquence, on ne saurait dire que la «peine» infligée soit plus lourde que celle qui avait été prévue par le juge du fond».

<sup>168</sup> Corte EDU, 29.11.2005, *Utley c. Regno Unito* (dec.): «The "measure" in the present case, the application of the rules on early release, was not a "measure" in the sense understood by the Court in the case of *Welch*, and was not "imposed" at all, but was part of the general regime applicable to prisoners. The nature and purpose of the "measure", far from being punitive, were to permit early release, and they cannot be considered as inherently "severe" in any ordinary meaning of the word». Per la medesima soluzione in casi molto simili, cfr. anche Corte EDU, 1.4.2008, *Monne c. Francia* (dec.) e Corte EDU, 23.10.2012, *Giza c. Polonia* (dec.), § 31.

<sup>169</sup> Corte EDU, 10.7.2003, *Grava c. Italia*, § 51: «La "peine" au sens de l'article 7 § 1 doit être considérée comme étant celle de quatre ans d'emprisonnement. En effet la question de l'octroi de la remise prévue par le décret présidentiel no 394 de 1990 concerne l'exécution de la peine et non la peine elle-même. En conséquence, on ne saurait dire que la "peine" infligée ait été plus lourde que celle qui était prévue par la loi».

non riscontra la violazione del principio di irretroattività<sup>170</sup>, anche se ritiene comunque violato l'art. 7 per l'insufficiente "qualità della legge applicabile al momento dei fatti".

Cinque anni dopo la Corte si trova ancora ad affrontare il caso di un condannato all'ergastolo, che si lamenta questa volta dell'applicazione nei suoi confronti dei principi affermati in una sentenza della Corte costituzionale spagnola che aveva interpretato in maniera restrittiva la normativa relativa agli sconti di pena per il lavoro svolto in carcere, conducendo nel caso della ricorrente alla posticipazione di quasi dieci anni della data del suo effettivo rilascio<sup>171</sup>. La Corte, pur confermando il principio per cui le modalità di esecuzione ed applicazione della pena non soggiacciono al principio di irretroattività, chiarisce tuttavia come tutte le misure legislative che, come nel caso di specie, possano condurre ad una rideterminazione in concreto della pena, debbano considerarsi coperte dalla garanzia dell'art. 7<sup>172</sup>. A differenza poi che nel caso *Kafkaris*, la disciplina su cui era fondato l'affidamento della ricorrente aveva rango legislativo e non regolamentare, e l'applicazione del nuovo indirizzo interpretativo a lei sfavorevole aveva comportato secondo la Corte una violazione del principio di irretroattività della legge penale.

C) Concludendo brevemente sul punto, è interessante sottolineare come la sentenza della Grande Camera citata da ultimo (*Del Río Prada*) segni un'evoluzione importante rispetto ai precedenti. In conformità al princi-

---

<sup>170</sup> Corte EDU, GC, 12.2.2007, *Kafkaris c. Cipro*, § 149 s.: "La Cour ne peut suivre le requérant lorsqu'il soutient qu'une peine plus forte lui a été imposée rétroactivement puisque, compte tenu des dispositions matérielles du code pénal, on ne saurait dire qu'à l'époque des faits, la peine de réclusion à perpétuité pouvait assurément s'entendre comme une peine de vingt ans d'emprisonnement (...) la Cour relève que cette question se rapporte à l'exécution de la peine et non à la "peine" imposée à l'intéressé, laquelle demeure celle de l'emprisonnement à vie. Même si le changement apporté à la législation pénitentiaire et aux conditions de libération ont pu rendre l'emprisonnement du requérant en effet plus rigoureux, on ne peut y voir une mesure imposant une "peine" plus forte que celle infligée par la juridiction de jugement".

<sup>171</sup> Corte EDU, GC, 21.10.2013, *Del Río Prada c. Spagna*.

<sup>172</sup> § 89: "La Cour n'exclut pas que des mesures prises par le législateur, des autorités administratives ou des juridictions après le prononcé d'une peine définitive ou pendant l'exécution de celle-ci puissent conduire à une redéfinition ou à une modification de la portée de la "peine" infligée par le juge qui l'a prononcée. En pareil cas, la Cour estime que les mesures en question doivent tomber sous le coup de l'interdiction de la rétroactivité des peines consacrée par l'article 7 § 1 in fine de la Convention. S'il en allait différemment, les États seraient libres d'adopter – par exemple en modifiant la loi ou en réinterprétant des règles établies – des mesures qui redéfiniraient rétroactivement et au détriment du condamné la portée de la peine infligée, alors même que celui-ci ne pouvait le prévoir au moment de la commission de l'infraction ou du prononcé de la peine. Dans de telles conditions, l'article 7 § 1 se verrait privé d'effet utile pour les condamnés dont la portée de la peine aurait été modifiée a posteriori, et à leur détriment. La Cour précise que pareilles modifications doivent être distinguées de celles qui peuvent être apportées aux modalités d'exécution de la peine, lesquelles ne relèvent pas du champ d'application de l'article 7 § 1 in fine".

pio-guida per cui le norme della Convenzione devono essere interpretate in modo da assicurare una tutela effettiva e non solo formale dei diritti in essa riconosciuti, la Corte non si accontenta più di verificare, per escludere l'applicabilità del principio di irretroattività, che una norma attenga alle modalità di esecuzione o di applicazione della pena piuttosto che al diritto penale sostanziale. Oltre le etichette, quello che conta è verificare se la norma incida sulla concreta determinazione della pena e sulla sua effettiva durata: in tali ipotesi, la *ratio* di tutela della prevedibilità della reazione punitiva, che sta a fondamento del principio di irretroattività, ne impone l'applicazione quale che sia la qualificazione formale della misura.

La direzione intrapresa dalla Grande Camera ci pare coerente con l'approccio anti-formalistico che muove la Corte nella definizione della materia penale: come per definire l'area dalla materia penale non risulta decisiva la qualificazione formale di una misura ma la sua essenza, così per le partizioni interne alla materia penale non contano le definizioni, ma l'incidenza reale della misura sul *quantum* di pena piuttosto che sulle sue mere modalità esecutive.

In questa prospettiva, risulta ancora meno convincente l'orientamento della Corte in materia di prescrizione, dove invece è risultata decisiva la qualificazione della stessa come misura processuale e non sostanziale, senza troppa attenzione ai risvolti concreti che una modifica *in peius* dei termini di prescrizione possa avere sulla situazione dell'imputato. Se una norma di esecuzione della pena risulta penale quando incide sul *quantum* della sanzione, non ci pare così chiaro perché debba definirsi non penale un istituto come la prescrizione che addirittura incide sull'*an* della risposta punitiva; anche alla luce dei precedenti più recenti, insomma, ci parrebbe quanto mai opportuno che la Corte, ove se ne presentasse l'occasione, volesse tornare in modo meno frettoloso a riflettere sull'applicabilità alla prescrizione delle fondamentali tutele approntate dall'art. 7.

## 5.2. La nozione di materia penale nell'ambito dell'art. 4 Prot. 7 CEDU

Se l'utilizzo dei criteri Engel, pur nella loro riformulazione ad opera della sentenza *Welch*, non è mai stato posto in discussione in relazione alle garanzie sostanziali dell'art. 7, maggiori problemi ha, invece, suscitato l'impiego di tale criteriologia ai fini dell'applicazione della garanzia del *ne bis in idem* sancita dall'art. 4 Prot. 7.

La problematicità delle conseguenze derivanti dall'introduzione dell'ampia nozione di materia penale elaborata in seno all'art. 6 nel contesto del *ne bis in idem* era ben chiara sin dal momento della sottoscrizione del Protocollo, avvenuta nel 1984: basti notare che in tale occasione il Governo italiano aveva emesso una riserva (poi dichiarata invalida dalla Corte) per cui la disposizione in esame doveva intendersi come riferita "solo agli ille-

citi, ai procedimenti ed alle decisioni qualificate come penali dalla legge italiana”<sup>173</sup>.

In effetti, la giurisprudenza degli ultimi anni mostra come, ben più che per i risvolti relativi alle garanzie degli artt. 6 e 7, l'estensione della materia convenzionalmente penale oltre i limiti della qualificazione formale abbia incontrato (ed incontri) forti resistenze da parte degli Stati proprio in relazione alla sua applicazione nei casi previsti dalla norma in esame. Una volta qualificati come convenzionalmente penali anche gli illeciti amministrativi o tributari, il *ne bis in idem* non viene più a vietare soltanto la riapertura di un nuovo procedimento penale per fatti già decisi con sentenza definitiva, ma mette in crisi la stessa praticabilità di quei meccanismi sanzionatori, molto diffusi in tutti gli Stati contraenti, ove in relazione al medesimo fatto illecito si affiancano al procedimento penale altri procedimenti, di natura appunto amministrativa o tributaria.

Rispetto alle garanzie dell'art. 6, abbiamo visto sopra come la Corte già con *Öztürk* avesse mostrato grande attenzione a che l'estensione della materia penale oltre la qualificazione formale non risultasse troppo invasiva delle prerogative punitive degli Stati. Preoccupata che l'estensione delle garanzie procedurali del *volet pénal* dell'art. 6 anche agli illeciti amministrativi non comportasse una bocciatura del processo di depenalizzazione in corso in quegli anni in molti Stati europei, la Corte aveva reputato sufficiente che a rispettare le garanzie dell'art. 6 non fosse il procedimento amministrativo di applicazione della sanzione, ma il procedimento giudiziario deputato a decidere di un'eventuale impugnazione.

La situazione rispetto al *ne bis in idem* è diversa, e di meno agevole soluzione. La nozione convenzionale di materia penale, calata nel contesto di tale garanzia, conduce a ritenere illegittimo lo svolgimento di diversi procedimenti sanzionatori, anche quando solo uno di essi abbia ad oggetto una sanzione formalmente penale, mentre l'altro riguardi una sanzione formalmente amministrativa o tributaria, ma convenzionalmente penale. Tale conclusione è in evidente contrasto con la prassi di quasi tutti gli ordinamenti nazionali, che in molti contesti, anche di relevantissima importanza pratica (su tutti il settore tributario e quello della circolazione stradale), prevedono il *cumulo* di procedimenti e di sanzioni penali e non penali. Di qui la domanda: è possibile trovare, come in *Öztürk*, un ragionevole punto di equilibrio tra coerenza nella tutela delle garanzie e rispetto delle tradizioni giuridiche degli Stati, o invece l'incompatibilità tra il contenuto della garanzia, così come da intendere alla luce della nozione convenzionale di materia penale, e la struttura degli apparati sanzionatori statali, è troppo

---

<sup>173</sup> Sulla riserva del Governo italiano e sulle ragioni della sua invalidità ai sensi dell'art. 57 della Convenzione, che vieta le riserve di portata generale, cfr. Corte EDU, *Grande Stevens c. Italia*, cit., § 204 ss.

netta perché possa essere ricomposta senza giungere ad una bocciatura senza appello delle scelte di politica criminale degli Stati?

Gli ultimi quindici anni della giurisprudenza in relazione al *ne bis in idem* ci paiono testimoniare proprio la difficoltà della Corte nel dare una risposta univoca a tale interrogativo. Da un lato vi sono molte pronunce che prendono decisamente posizione contro la possibilità di duplicare i procedimenti sanzionatori; dall'altro lato però vi è anche un consistente indirizzo che si sforza di venire incontro alle esigenze punitive degli Stati, proponendo soluzioni interpretative tali da rendere in molti casi legittima la pluralità di procedimenti sanzionatori.

La sentenza della Grande Camera del novembre 2016<sup>174</sup> ha segnato la netta affermazione di tale ultimo orientamento; come vedremo meglio tra breve, la Corte ha fornito in tale occasione un'interpretazione della garanzia del *ne bis in idem* che in buona sostanza lascia ampio spazio alla duplicazione dei procedimenti sanzionatori. A tale risultato la Corte non è pervenuta attraverso un'interpretazione della nozione di materia penale più ristretta rispetto a quella risultante dall'applicazione dei criteri Engel, che anzi vengono espressamente ritenuti applicabili anche in relazione alla garanzia ora in esame, bensì mediante una rimodulazione del requisito della pluralità dei procedimenti (il requisito del *bis*, secondo la terminologia della Corte). A differenza dunque di altre decisioni che, nel tentativo di "salvare" la diversificazione delle risposte punitive, avevano proposto l'adozione di una nozione di materia penale autonoma da quella in uso nei procedimenti relativi all'art. 6, la Grande Camera persegue il medesimo obiettivo rimanendo in continuità con la criteriologia Engel, ed intervenendo su un altro elemento costitutivo della garanzia convenzionale.

Nella nostra prospettiva di ricerca, mentre è di sicuro interesse l'analisi della nozione di materia penale anche all'interno di tale garanzia, meno rilevante è lo studio delle complesse e controverse questioni che sono insorte in ordine agli ulteriori requisiti dell'art. 4 Prot. 7<sup>175</sup>. A differenza in-

---

<sup>174</sup> Corte EDU, GC, 15.11.2016, *A. e B. c. Norvegia*.

<sup>175</sup> Oggetto di intenso dibattito in giurisprudenza è stata in particolare l'interpretazione del requisito dell'identità del fatto (*Idem* nella terminologia della Corte). L'alternativa era tra una nozione formale, per cui il fatto non si considerava il medesimo se era diversa la sua qualificazione giuridica, ed una invece sostanziale, che guardava all'identità dei fatti materiali che venivano contestati, anche se a diverso titolo: tale ultima soluzione, fortemente espansiva dell'area di rilevanza della garanzia ora in esame, è stata adottata dalla Grande Camera nel 2009 con la sentenza Corte EDU, GC, 10.2.2009, *Zolotoukhine c. Russia*, ed è stata da ultimo confermata nella sentenza della Grande Camera del 2016 (Corte EDU, *A. e B.*, cit., § 108: "*L'apport le plus notable de l'arrêt Sergueï Zolotoukhine est d'avoir dit que le point de savoir si les infractions en question étaient les mêmes (idem) dépendait d'une analyse axée sur les faits plutôt que par exemple d'un examen formel consistant à comparer les "éléments essentiels" des infractions. L'interdiction vise l'inculpation ou le jugement pour une seconde "infraction" pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes*").

fatti delle altre garanzie convenzionali della materia penale, che trovano riscontro in disposizioni similari della nostra Costituzione, il *ne bis idem* non ha espressa copertura costituzionale<sup>176</sup>, e non rientra quindi tra le garanzie costituzionali della materia penale che costituiscono l'oggetto specifico di questo lavoro. Di seguito soffermeremo allora da vicino l'attenzione sui diversi orientamenti relativi alla nozione di materia penale nell'ambito dell'art. 4 Prot. 7, mentre ci limiteremo solo a qualche breve cenno in ordine agli altri requisiti del *ne bis idem* convenzionale.

Le prime decisioni che applicano il *ne bis in idem* anche in relazione a procedimenti non entrambi formalmente penali muovono dal presupposto, spesso dato per implicito, che la nozione di materia penale fornita dalla Corte con i criteri Engel debba ritenersi valida anche ai fini dell'applicazione dell'art. 4 Prot. 7, giungendo in alcune occasioni ad affermare la necessità di una interpretazione uniforme di tale nozione rispetto a tutte le garanzie penalistiche (e quindi anche all'art. 7 CEDU)<sup>177</sup>. Spesso viene poi posto in particolare evidenza per sostenere la natura penale del procedimento formalmente amministrativo il suo legame con l'accertamento della responsabilità in sede penale, criterio che come si ricorderà non si annovera tra i criteri Engel solitamente utilizzati in casi relativi all'art. 6, ma è largamente impiegato dalla giurisprudenza sull'art. 7<sup>178</sup>.

Proprio in ragione dell'importanza da attribuire a tale criterio, alcune pronunce dei primi anni Duemila mettono in discussione la stessa unitarietà della nozione di materia penale, affermando che nell'ambito dell'art. 4 Prot. 7 tale nozione è da accertare alla luce di criteri "più numerosi di

<sup>176</sup> Per la costituzionalizzazione di tale principio, che sarebbe da ricondurre alle garanzie di cui agli artt. 24 e 111 Cost., cfr. tuttavia da ultimo C. cost. 200/16, in *Dir. pen. cont.*, 24.7.2016, con scheda di S. ZIRULIA, *Ne bis in idem: la consulta dichiara l'illegittimità dell'art. 649 c.p.p. nell'interpretazione datane dal diritto vivente italiano (ma il processo Eternit bis prosegue)*: la Corte richiama in tale occasione diversi precedenti conformi, tra cui in particolare C. cost. 501/2000 (ord.) e C. cost. 284/2003.

<sup>177</sup> Cfr. in particolare Corte EDU, 13.12.2005, *Nilsson c. Svezia* (dec.), relativa alla qualificazione come penale del ritiro della patente disposto dall'autorità amministrativa in seguito ad una condanna penale ("*La Cour doit d'abord déterminer si la procédure de retrait du permis de conduire du requérant peut être qualifiée de "pénale" aux fins de l'article 4 du Protocole no 7. La notion de procédure pénale doit être interprétée à la lumière des principes généraux applicables aux expressions "accusation en matière pénale" et "peine" employées respectivement dans les articles 6 et 7 de la Convention*"); Corte EDU, 2.7.2002, *Göktan c. Francia*, relativa alla misura della *contrainte par corps* ("*La Cour considère que la contrainte par corps dont est assortie l'amende douanière est non une mesure d'exécution de celle-ci, mais une peine, tant au sens de l'article 7 de la Convention qu'au sens de l'article 4 du Protocole no 7; la notion de peine ne saurait avoir des acceptions différentes selon les dispositions conventionnelles*": § 48); Corte EDU, 14.9.2004, *Rosenquist c. Svezia* (dec.), in materia di sovrattasse, già reputate come penali in altre decisioni relative alle garanzie dell'art. 6; Corte EDU, 20.5.2014, *Nykänen c. Svezia*, § 38, ancora in materia di sovrattasse.

<sup>178</sup> Cfr., oltre alle pronunce appena citate, anche Corte EDU, 8.4.2003, *Manasson c. Svezia* (dec.) Corte EDU, 1.2.2007, *Mjeldde c. Norvegia* (dec.).

quelli Engel”<sup>179</sup>. In che consista tale peculiarità della materia penale nel contesto del *ne bis in idem* non viene ulteriormente chiarito, ed anzi l'affermazione, di per sé molto eterodossa, è inserita in un contesto motivazionale in cui sembra volersi segnare una sostanziale continuità con la criteriologia tradizionale. Di diverso dai criteri Engel vi è ancora una volta il criterio del legame con un procedimento penale, il cui rilievo però, come abbiamo visto sopra, non ha mai condotto la giurisprudenza sull'art. 7 a sostenere la necessità di prendere esplicitamente le distanze dalla criteriologia tradizionale relativa all'art. 6.

Il primo intervento sul punto della Grande Camera<sup>180</sup> non scioglie il dubbio se, ai fini dell'applicazione dell'art. 4 Prot. 7, sia o meno valida tale criteriologia: all'esplicito richiamo ai criteri Engel, la Corte affianca la citazione in senso adesivo di quei medesimi precedenti che avevano sostenuto la tesi dell'adozione di un novero di criteri più ampio rispetto a quelli abituali in materia di art. 6.

L'applicabilità dei criteri Engel anche ai fini dell'art. 4 Prot. 7 viene invece affermata in termini molto netti nell'ultima decisione della Grande Camera in argomento, che senz'altro si può ad oggi considerare il punto di riferimento in tema di materia penale e *ne bis in idem*.

Il Governo resistente ed altri Governi intervenuti nel procedimento avevano sollecitato la Corte a riprendere gli spunti contenuti in alcuni precedenti<sup>181</sup> e ad affermare apertamente la necessità di adottare nozioni diverse di materia penale a seconda delle garanzie convenzionali che vengono in considerazione. I criteri Engel, validi per l'art. 6, non sarebbero adeguati ai fini dell'applicazione del *ne bis in idem*, rispetto alla quale risulterebbe decisivo il criterio del legame della misura con un procedimento penale<sup>182</sup>, al pari di quanto ritiene la giurisprudenza relativa all'art. 7<sup>183</sup>;

---

<sup>179</sup> Cfr. Corte EDU, 1.2.2007, *Storbråten c. Norvegia* (dec.): “La Cour tiendra compte de la qualification juridique de l'infraction litigieuse en droit interne ainsi que de la nature de celle-ci. Elle aura également égard au but, à la nature et au degré de sévérité de la mesure prise ainsi qu'à la qualification que lui attribue le droit interne, à la question de savoir si elle a été imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction pénale et aux procédures associées à son adoption et à son exécution. Les critères applicables en la matière sont plus nombreux que “les critères Engel” formulés sur le terrain de l'article 6 de la Convention”; negli stessi termini vedi anche Corte EDU, 11.12.2007, *Haarvig c. Norvegia* (dec.).

<sup>180</sup> Corte EDU, GC, *Zolotoukhine*, cit., § 52 ss.

<sup>181</sup> Cfr. sentenze citate *supra*, nota 178.

<sup>182</sup> Corte EDU, GC, *A. e B. c. Norvegia*, cit., § 66: “Le Gouvernement invite la Grande Chambre à confirmer l'approche suivie dans une série d'affaires antérieures à l'arrêt Sergueï Zolotoukhine, selon laquelle le caractère “pénal” d'une sanction, pour les besoins de l'article 4 du Protocole no 7, s'apprécie sur la base d'un groupe plus large de facteurs que les critères Engel (formulés sur le terrain de l'article 6). Selon lui, il faut tenir compte de la qualification juridique de l'infraction en droit interne, de la nature de celle-ci, de la qualification de la sanction en droit interne, et de son but, de sa nature et de son degré de sévérité, ainsi que de la question de savoir si elle a été imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction pénale, et des procédures

a sostegno di tali conclusioni viene addotto in particolare l'argomento della diversa finalità e natura dell'art. 6 e dell'art. 4 Prot. 7, oltre a quello per cui la loro diversa formulazione letterale consentirebbe di fornirne interpretazioni distinte senza dare luogo ad alcuna contraddizione ermeneutica<sup>184</sup>.

La Corte riconosce la ragionevolezza degli argomenti dei Governi volti a sostenere ai sensi dell'art. 4 Prot. 7 una nozione più ristretta di quella risultante dai criteri Engel, in considerazione della specifica *ratio* della garanzia in questione e delle esigenze punitive degli Stati che altrimenti si andrebbero ad ostacolare<sup>185</sup>. Al contrario dei Governi, tuttavia, la Corte re-

---

*associées à son adoption et à son exécution*". Il caso aveva ad oggetto ancora una volta la natura penale delle sovratasse previste nella legislazione norvegese, già qualificate dalla Corte come penali ai sensi dell'art. 6, e di cui il Governo sosteneva la natura non penale ai fini dell'art. 4 Prot. 7 in ragione proprio della mancanza di questo requisito, posto che il procedimento sanzionatorio di natura tributaria era indipendente dagli esiti del processo penale.

<sup>183</sup> La tesi in particolare è del Governo francese: cfr. Corte EDU, A. e B., cit., § 91: "*Aussi, et dans un souci de cohérence, la Cour, pour l'application de l'article 4 du Protocole no 7, devrait-elle se référer aux seuls critères qu'elle a pu développer dans le cadre de l'article 7 de la Convention, tout en les précisant afin de donner au terme "pénalement", aux fins de l'article 4 du Protocole no 7, le sens strict qui devrait être le sien. Pour déterminer si une mesure relève du champ de cette disposition, elle devrait se référer à la qualification juridique de l'infraction litigieuse en droit interne, à la nature et au but de la mesure en cause, à la question de savoir si la mesure a été imposée à la suite d'une condamnation pour une infraction pénale, à la gravité de la sanction – cet élément n'étant pas déterminant –, et aux procédures associées à l'adoption de celle-ci, et plus précisément à la question de savoir si la mesure a été adoptée par un organe que l'on peut qualifier de juridiction et qui s'est prononcé sur les éléments d'une infraction regardée comme pénale au sens de l'article 6 de la Convention. Le dernier de ces critères revêtirait une importance prépondérante au regard des termes mêmes de l'article 4 du Protocole no 7 et de l'objectif poursuivi par cette disposition*".

<sup>184</sup> Corte EDU, A. e B., cit., § 90: "*S'appuyant sur l'arrêt Perinçek c. Suisse, le Gouvernement français soutient que les termes employés à l'article 4 du Protocole no 7, différents de ceux figurant à l'article 6 § 1 de la Convention, doivent conduire à retenir des critères plus étroits répondant aux objectifs du principe non bis in idem garanti par l'article 4 du Protocole no 7*"; nella sentenza citata dal Governo francese (Corte EDU, GC, 15.10.2015, *Perinçek c. Svizzera*) la questione di interpretazione riguardava le diverse espressioni con cui nella Convenzione si fa riferimento alle esigenze di ordine pubblico come scopo legittimo di un'ingerenza nell'esercizio di un diritto convenzionale.

<sup>185</sup> Corte EDU, A. e B., cit., § 106: "*Il existe un certain nombre d'arguments en faveur d'une telle interprétation, en particulier le fait que l'article 4 du Protocole no 7 a apparemment été conçu par ses auteurs pour viser les procédures pénales au sens strict et la circonstance que – à l'inverse de l'article 6 mais à l'instar de l'article 7 – il n'est pas susceptible de dérogation au titre de l'article 15. Si l'article 6 se contente d'énoncer des garanties d'équité procédurales notamment en matière pénale, l'interdiction de la double incrimination posée à l'article 4 du Protocole no 7 a certaines conséquences – qui peuvent être importantes – sur les modalités d'application des règles de droit national régissant les sanctions pénales et administratives dans de nombreux domaines. Cette dernière disposition implique une analyse plus poussée du droit pénal matériel puisqu'il s'agit d'établir si les infractions respectives visent le même comportement (idem). Ces différences, ainsi que l'absence de convergence entre les systèmes nationaux des États contractants, le degré variable de volonté de la part desdits États d'être tenus par le Protocole no 7 et la marge d'appréciation étendue dont ils jouissent généralement dans le choix de*

puta la garanzia in esame, in ragione della sua natura procedurale, più simile a quella dell'art. 6 che a quella dell'art. 7. Con un passaggio argomentativo assai brusco, la Corte conclude allora, “per una ragione di coerenza nell'interpretazione della Convenzione globalmente considerata”, con il ritenere applicabili ai fini dell'art. 4 Prot. 7 i criteri Engel, in luogo di quelli utilizzati ai fini dell'art. 7<sup>186</sup>.

Ciò posto, la Corte ritiene che, una volta ritenuto applicabile l'art. 4 Prot. 7, sia comunque necessario adottare un “*approccio modulato*” nel valutare la violazione della garanzia convenzionale quando siano in gioco procedure in cui “si mescolano sanzioni amministrative e sanzioni penali”<sup>187</sup>. Nel procedere a tale modulazione, la Corte richiama un recente (e minoritario) indirizzo secondo cui non vi sarebbe violazione della garanzia quando i due procedimenti abbiano tra loro un “*legame materiale e temporale sufficientemente stretto*” da far ritenere che le sanzioni applicabili all'esito rispettivamente del procedimento penale ed amministrativo siano parte di una complessiva risposta sanzionatoria dell'ordinamento al medesimo fatto illecito<sup>188</sup>.

Tale indirizzo viene fatto proprio dalla Grande Camera, che si sforza poi di delineare meglio in cosa consista tale legame capace di rendere la duplicità dei procedimenti compatibile con la garanzia convenzionale, indicando in particolare quattro elementi per valutare la sua sussistenza<sup>189</sup>.

---

*leurs systèmes et politiques en matière pénale, sont tout à fait propres à justifier un groupe plus vaste de critères d'applicabilité, davantage axés sur le droit national, sur le modèle de ceux retenus pour les besoins de l'article 7 et auparavant de l'article 4 du Protocole no 7 (c'est-à-dire avant l'arrêt Sergueï Zolotoukhine), et donc un champ d'application plus étroit que sous l'empire de l'article 6”.*

<sup>186</sup> Corte EDU, A. e B., cit., § 107: “*Le principe non bis in idem vise principalement l'équité procédurale, qui est l'objet de l'article 6, et s'intéresse moins au droit pénal matériel que l'article 7. La Cour estime préférable, dans un souci de cohérence de l'interprétation de la Convention considérée globalement, que l'applicabilité de ce principe soit régie par les critères, plus précis, définis dans l'arrêt Engel*”.

<sup>187</sup> *Ibidem*: “*Cela étant dit, ainsi qu'il a déjà été admis ci-dessus, dès lors que le principe non bis in idem est jugé applicable, une approche modulée s'impose à l'évidence pour évaluer la manière dont il est mis en œuvre s'agissant de procédures mêlant sanctions administratives et sanctions pénales*”.

<sup>188</sup> La prima formulazione di tale criterio si deve a Corte EDU, 13.12.2015, Nilsson c. Svezia (dec.), cit.: “*Si les diverses sanctions infligées à l'intéressé ont été prononcées par deux autorités différentes à l'issue de procédures distinctes, il existait entre elles un lien matériel et temporel suffisamment étroit pour que l'on puisse considérer le retrait de permis comme l'une des mesures prévues par le droit suédois pour la répression des délits de conduite en état d'ébriété avancé et de conduite sans permis*”.

<sup>189</sup> Corte EDU, A. e B., cit., § 132: “*Les éléments pertinents pour statuer sur l'existence d'un lien suffisamment étroit du point de vue matériel sont notamment les suivants: le point de savoir si les différentes procédures visent des buts complémentaires et concernent ainsi, non seulement in abstracto mais aussi in concreto, des aspects différents de l'acte préjudiciable à la société en cause; le point de savoir si la mixité des procédures en question est une conséquence*

L'esito complessivo, duramente contestato nell'unica opinione dissenziente<sup>190</sup>, è quello di un significativo arretramento del *ne bis in idem*, e di un ampio affidamento agli Stati della possibilità di costruire sistemi sanzionatori basati sull'applicazione congiunta di sanzioni penali ed amministrative; nell'ottica della garanzia convenzionale, la soluzione ottimale sarebbe che gli Stati prevedessero un unico procedimento per l'applicazione di tutte le sanzioni previste in reazione ad un certo illecito, ma non è comunque illegittima la previsione di una pluralità di procedimenti, destinati a concludersi in momenti diversi, se tra gli stessi vi è quello stretto legame materiale e temporale, che risulta la vera chiave di volta dell'indirizo pretorio<sup>191</sup>.

### 5.3. La nozione di materia penale nell'ambito dell'art. 2 Prot. 7 CEDU

L'ultima tra le garanzie convenzionali della materia penale ad essere coinvolta nel dibattito circa l'estensione da attribuire a tale nozione è stata quella prevista dall'art. 2 Prot. 7, ove è sancito il diritto ad un *doppio grado di giurisdizione*.

---

*prévisible, aussi bien en droit qu'en pratique, du même comportement réprimé (idem); le point de savoir si les procédures en question ont été conduites d'une manière qui évite autant que possible toute répétition dans le recueil et dans l'appréciation des éléments de preuve, notamment grâce à une interaction adéquate entre les diverses autorités compétentes, faisant apparaître que l'établissement des faits effectué dans l'une des procédures a été repris dans l'autre; et, surtout, le point de savoir si la sanction imposée à l'issue de la procédure arrivée à son terme en premier a été prise en compte dans la procédure qui a pris fin en dernier, de manière à ne pas faire porter pour finir à l'intéressé un fardeau excessif, ce dernier risquant d'être moins susceptible de se présenter s'il existe un mécanisme compensatoire conçu pour assurer que le montant global de toutes les peines prononcées est proportionné*".

<sup>190</sup> Di grandissimo interesse, non solo sul punto specifico di dissenso, ma in generale per la ricostruzione della giurisprudenza in tema di materia penale, è la già citata opinione dissenziente del giudice PINTO DE ALBUQUERQUE.

<sup>191</sup> Corte EDU, A. e B., cit., § 130: "S'agissant de faits punissables aussi bien sur le terrain du droit pénal que sur celui du droit administratif, la manière la plus sûre de veiller au respect de l'article 4 du Protocole no 7 consiste à prévoir, à un stade opportun, une procédure à un seul niveau permettant la réunion des branches parallèles du régime légal régissant l'activité en cause, de façon à satisfaire dans le cadre d'un seul et même processus aux différents impératifs poursuivis par la société dans sa réaction face à l'infraction. Toutefois, l'article 4 du Protocole no 7 n'exclut pas la conduite de procédures mixtes, même jusqu'à leur terme, pourvu que certaines conditions soient remplies. En particulier, pour convaincre la Cour de l'absence de répétition de procès ou de peines (bis) prosrite par l'article 4 du Protocole no 7, l'État défendeur doit établir de manière probante que les procédures mixtes en question étaient unies par un "lien matériel et temporel suffisamment étroit". Per una decisione successiva che riconosce la violazione convenzionale senza prendere in esame i criteri della connessione delineati dalla Grande Camera, cfr. poi Corte EDU, 13.6.2017, *Šimkus c. Lituania*, relativa al concorso tra un procedimento penale ed un procedimento amministrativo avente ad oggetto l'applicazione di una sanzione amministrativa di natura detentiva.

Le non numerose decisioni che hanno affrontato il problema dell'applicabilità di tale garanzia anche a procedimenti formalmente non penali lo risolvono applicando i medesimi criteri validi ai fini dell'art. 6 (cioè i criteri Engel), senza alcuna specifica argomentazione in merito e senza alcun riferimento alle controversie sorte in seno all'art. 4 del medesimo Protocollo<sup>192</sup>. In relazione poi alla possibile qualificazione degli illeciti non formalmente penali come "illeciti minori", oggetto della deroga di cui al capoverso dell'art. 2 Prot. 7, la Corte ritiene centrale l'elemento dell'incidenza della misura sulla libertà personale del destinatario, in presenza del quale la deroga non può essere invocata<sup>193</sup>.

#### 5.4. Conclusioni

Il quadro che si delinea alla luce della ricognizione giurisprudenziale appena condotta a termine appare non privo di ambiguità.

Il dato che emerge con maggiore chiarezza è come il giudizio relativo alla natura penale di una misura si strutturi, rispetto a tutte le garanzie penalistiche, secondo le cadenze argomentative veicolate dai criteri Engel: la qualificazione formale della misura, la sua finalità punitiva piuttosto che di altra natura, e la sua gravità, rimangono parametri ineludibili quale che sia la garanzia di cui si discute l'applicazione.

Se per quanto riguarda la garanzia di cui all'art. 2 Prot. 7 non sono state mosse obiezioni all'integrale recepimento dei criteri Engel elaborati in seno all'art. 6, in relazione all'art. 7 ed all'art. 4 Prot. 7 la situazione, come abbiamo visto sopra, è più complessa.

Rispetto ad entrambe le disposizioni, la questione controversa riguarda in sostanza il ruolo da attribuire al criterio (assente nella classica criterio-logia Engel) del collegamento della misura con un procedimento formalmente penale, elaborato dalla giurisprudenza relativa all'art. 7 e ripreso an-

---

<sup>192</sup> Cfr. *ex aliis* Corte EDU, 6.9.2005, *Gurepka c. Ucraina*, § 55 ("The Court has no doubt that, by virtue of the severity of the sanction, the present case was criminal in nature and the purported administrative offence was in fact of a criminal character attracting the full guarantees of Article 6 of the Convention and, consequently, those of Article 2 of Protocol No. 7"); Corte EDU, 31.7.2007, *Zaicevs c. Lettonia*, § 53 ("La Cour rappelle que la notion d'"infraction pénale" du paragraphe 1 de l'article 2 précité correspond à celle d'"accusation en matière pénale" de l'article 6 § 1 de la Convention. Or, dès lors qu'elle vient de constater l'applicabilité de l'article 6 dans la présente affaire, force est à la Cour de conclure que l'article 2 du Protocole no 7 est lui aussi applicable"); Corte EDU, 17.7.2008, *Ashughyan c. Armenia*, § 104; Corte EDU, 23.4.2009, *Kamburov c. Bulgaria* n. 3, § 22.

<sup>193</sup> Cfr. per tutti Corte EDU, *Zaicevs c. Lettonia*, cit.: "Eu égard à l'objectif de l'article 2 et à la nature des garanties qu'il prévoit, la Cour est convaincue qu'une infraction pour laquelle la loi prévoit une peine privative de liberté à titre de sanction principale ne peut pas être qualifiée de "mineure" au sens du paragraphe 2 de cet article. Quant à la qualification de l'infraction en droit national, la Cour a déjà rappelé qu'elle n'a qu'une valeur relative".

che in ordine al *ne bis in idem*. Mentre in relazione all'art. 7 l'uso (pacifico) di tale criterio non ha mai condotto la Corte ad affermare in maniera esplicita il superamento dei criteri Engel, in relazione all'art. 4 Prot. 7 alcune pronunce hanno sostenuto la necessità di adottare un novero di criteri più vasto, sino all'intervento della Grande Camera del 2016 che ha affermato invece l'applicabilità dei criteri Engel anche rispetto a tale garanzia.

Abbiamo già indicato sopra le ragioni per cui non riteniamo che l'introduzione di questo criterio sia sufficiente per ritenere che la Corte adotti, neanche in relazione all'art. 7, una nozione di materia penale alternativa a quella tradizionale elaborata in relazione all'art. 6. È vero infatti che la Corte, nelle sentenze sull'art. 7, non fa mai espressamente riferimento ai criteri Engel, ma è altrettanto vero che non ne prende mai esplicitamente le distanze, ed i criteri proposti nel *leading case Welch* ne ricalcano anche letteralmente il contenuto. Soprattutto, ci pare che l'ampiezza contenutistica del secondo criterio Engel relativo alla natura dell'illecito renda possibile ricondurre al suo interno anche il criterio del collegamento con un procedimento penale, come peraltro hanno fatto le decisioni che hanno applicato tale criterio anche in ordine all'art. 6, senza stravolgere il significato complessivo della criteriologia Engel.

Insomma, in relazione all'art. 7, a differenza di quanto accade per l'art. 6, è spesso rilevante, insieme al classico criterio della finalità della misura, anche la valutazione se la stessa sia stata pronunciata dal giudice penale o all'esito di un procedimento penale; ma considerata la natura dichiaratamente aperta e flessibile del giudizio inerente al secondo criterio Engel, ed il carattere di per sé non risolutivo del nuovo criterio, ci pare più convincente concludere nel senso di ritenere comunque *unitaria la criteriologia convenzionale* della materia penale, pur nella consapevolezza che il giudizio assume sfumature diverse in relazione a ciascuna garanzia.

Se quindi non ci pare si possa affermare che la Corte assuma nozioni diverse di materia penale a seconda della garanzia in questione, è tuttavia da rimarcare come la Corte stessa non affermi mai la necessità di una nozione unitaria. Nei fatti, come abbiamo avuto modo di constatare, la giurisprudenza relativa all'art. 7 riprende in larghissima misura i criteri Engel, e in relazione all'art. 4 Prot. 7 la Grande Camera da ultimo ritiene di attenersi anch'essa a tali criteri. Eppure, a questa sostanziale unitarietà prasseologica della nozione non si accompagna l'affermazione per cui sarebbe necessario, per ragioni di coerenza ermeneutica, adottare una nozione di materia penale uguale per tutte le garanzie.

Nella nostra prospettiva di ricerca, tale constatazione risulta di estremo interesse. Abbiamo visto nel primo capitolo come la Corte costituzionale paia adottare nozioni diverse di materia penale a seconda che si tratti di applicare l'art. 25 (ove si afferma l'applicabilità della garanzia di cui al capoverso per tutte le misure afflittive-punitive) o l'art. 27 Cost. (ove al contrario è prevalente la limitazione delle garanzie ivi previste alle sanzioni

formalmente penali). Senza alcuna esplicita presa di posizione sul punto, la Corte costituzionale utilizza quindi, almeno negli ultimi anni, nozioni radicalmente diverse di materia penale a seconda della garanzia di cui sia da valutare l'ambito di applicabilità.

Il contrasto di tale (implicito) orientamento con la sostanziale unitarietà della nozione di materia penale adottata a livello convenzionale rimane innegabile, ma per valutare se sia o meno preferibile, in prospettiva costituzionale, adottare una nozione unitaria o differenziata di materia penale a seconda delle garanzie, bisogna altresì non trascurare che la Corte EDU non ha mai affermato che l'adozione di nozioni differenziate di materia violerebbe alcun principio ermeneutico.

Concludendo, la giurisprudenza europea, pur adottando una nozione sostanzialmente unitaria di materia penale, non esclude la possibilità della differenziazione: di tale constatazione sarà utile tenere conto al momento di prendere posizione circa l'opzione tra i due diversi modelli di soluzione della questione.

## 6. Un "nucleo duro" del diritto penale?

Il tema che da ultimo andiamo ad affrontare è anche quello che, rispetto alla sua formulazione originaria nel 2006 ad opera della sentenza *Jussila*, ha fatto meno progressi nella giurisprudenza successiva. In tale sentenza, come si ricorderà, la Grande Camera aveva sostenuto la possibilità di applicare in modo meno rigoroso le garanzie dell'art. 6 quando il procedimento avesse ad oggetto misure afflittive che, pur penali ai sensi dei criteri Engel, tuttavia si collocavano al di fuori del "nucleo duro del diritto penale". Ci si sarebbe potuti ragionevolmente attendere che la Corte trovasse in seguito occasione per chiarire meglio tale nozione, che era stata lasciata del tutto indeterminata nel 2006, ma così purtroppo non è avvenuto.

L'idea di base di *Jussila*, per cui riconoscere che una certa misura ha natura convenzionalmente penale non significa equipararne *in toto* le garanzie a quelle delle sanzioni penali in senso stretto, è rimasta quanto mai vitale, ed è stata da ultimo ripresa dalla Grande Camera nella pronuncia del 2016 sull'art. 4 Prot. 7, in cui si afferma la necessità di applicare con un "approccio modulato" la garanzia del *ne bis in idem* quando si tratti del concorso tra procedimenti penali e procedimenti formalmente amministrativi. Abbiamo accennato sopra in cosa consista questa applicazione modulata della garanzia, che non risulterebbe violata quando tra i due procedimenti per il medesimo fatto sussista un legame materiale e temporale sufficientemente stretto da farli considerare parti integranti di un medesimo disegno sanzionatorio. È peraltro assolutamente evidente che un tale criterio non possa essere preso in considerazione nelle ipotesi classiche di

*ne bis in idem*, quando cioè il soggetto alleghi di essere stato sottoposto due volte ad un procedimento penale per lo stesso fatto: nessun legame di qualsivoglia natura tra i due procedimenti penali potrebbe legittimare il ripetersi di un nuovo processo penale dopo che il primo si è già definitivamente concluso. Ebbene, tale *modus procedendi* ha come implicito presupposto che anche la garanzia dell'art. 4 Prot. 7, come quelle dell'art. 6 su cui si era espressa *Jussila*, si atteggia in modo meno rigoroso quando debba essere applicata ad una misura convenzionalmente penale, ma estranea al nucleo duro del diritto punitivo; cioè ancora lo stesso, implicito presupposto che in *Öztürk* aveva consentito alla Corte di ritenere sufficiente il rispetto delle garanzie dell'art. 6 nella fase eventuale di impugnazione della sanzione, piuttosto che in quella della sua inflizione ad opera dell'autorità amministrativa.

Insomma, la graduazione delle garanzie a seconda che ci si trovi o meno di fronte ad una misura riconducibile al nucleo duro del diritto penale può considerarsi in buona sostanza una costante della giurisprudenza europea; ma dopo *Jussila* non è stato compiuto alcuno sforzo per precisare meglio i criteri di identificazione di questo nucleo di misure rispetto alle quali le garanzie si devono applicare in tutto il loro rigore<sup>194</sup>.

Ai fini della nostra ricerca, dunque, dovremo tenere a mente come la graduabilità delle garanzie (almeno quelle procedurali) sia un requisito fondante la giurisprudenza europea sulla materia penale, ma dovremo anche essere consapevoli che la Corte EDU non fornisce alcun contributo nel precisare quali siano i confini del nucleo duro del diritto penale, e si affida ad un giudizio equitativo per definire i termini della modulazione in senso restrittivo delle garanzie per le misure che ne giacciono al di fuori.

## 7. Sintesi conclusiva

Proviamo ora a sintetizzare in termini schematici i risultati raggiunti in questo capitolo, nell'ottica in particolare di verificare i contributi che se ne possono ricavare in relazione alle tre questioni di fondo che fanno da filo conduttore della nostra indagine.

### A) Quanto alla questione della natura unitaria o differenziata della no-

---

<sup>194</sup> Cfr. Corte EDU, *A. e B. c. Norvegia*, cit., opinione dissenziente giudice PINTO DE ALBUQUERQUE, § 29: "*Malheureusement, ni dans l'arrêt Jussila, ni ultérieurement, la Cour n'a fait le moindre effort d'élaborer une approche cohérente de la magna quaestio relative à la ligne de démarcation entre le "noyau dur du droit pénal" et le reste du droit pénal*"; il giudice portoghese ritiene poi che tale distinzione, che richiamerebbe a suo giudizio quella tra *mala in se* e *mala prohibita*, "*n'est pas seulement trop simpliste: elle semble aussi assez artificielle*", ma si sforza comunque di individuarne un contenuto meno vago individuando come decisivo il carattere più o meno infamante della misura in questione.

zione di materia penale, la Corte non afferma la necessità di adottare per tutte le garanzie convenzionali la medesima nozione di materia penale; anzi, i criteri Engel, elaborati in relazione all'applicazione del *volet pénal* dell'art. 6 CEDU, non vengono espressamente richiamati nelle decisioni relative all'art. 7 CEDU. Tuttavia, anche i criteri utilizzati dalla Corte in relazione all'art. 7 CEDU riprendono, con leggere variazioni, le cadenze della classica criteriologia Engel. In sostanza, dunque, la Corte EDU adotta una *nozione unitaria* di materia penale, applicabile ogniqualvolta sia necessario determinare l'ambito di applicabilità di una garanzia (sostanziale o procedimentale) della materia penale.

B) Nonostante l'apparente semplicità dei criteri Engel, un'analisi più ravvicinata della sterminata giurisprudenza che ne ha fatto applicazione ci ha mostrato la complessità che si cela dietro la loro concreta implementazione.

Per quanto riguarda il secondo criterio Engel, relativo alla *natura dell'illecito*, risulta senz'altro centrale il giudizio inerente alla *finalità punitiva*, piuttosto che preventiva o riparatoria, tipica delle misure convenzionalmente penali. Quando però la finalità punitiva di una misura risulti incerta, o alla finalità punitiva se ne affianchino altre, la valutazione dovrà tenere conto di ulteriori elementi, tra i quali un ruolo di particolare rilievo riveste (almeno nelle controversie relative all'art. 7) il criterio del collegamento della misura con un procedimento penale.

Quanto al criterio della *gravità della sanzione* (terzo criterio Engel), benché la Corte ne affermi il carattere alternativo e non cumulativo rispetto al secondo, abbiamo constatato come esso rivesta in realtà una *funzione sussidiaria*: se una misura è priva di qualsiasi connotato punitivo, la sua gravità da sola non basta a determinarne la qualificazione come penale, anche qualora la misura incida sulla libertà personale. Ciò non toglie che l'*argumentum libertatis*, che di tale criterio rappresenta l'intima essenza, rivesta un ruolo importante nel delineare il significato politico-criminale della criteriologia convenzionale della materia penale.

C) L'attribuzione di natura convenzionalmente penale ad una certa misura afflittiva non comporta che le garanzie della materia penale debbano necessariamente essere applicate allo stesso modo che se si trattasse di una misura penale in senso stretto. In relazione alle misure che si collocano al di fuori del *nucleo duro* del diritto punitivo, le garanzie (specie quelle procedurali) possono essere interpretate in termini meno stringenti. Il principio della *graduabilità* delle garanzie convenzionali, implicito già dalle prime decisioni in cui la Corte ha fatto applicazione dei criteri Engel, ha trovato espresso riconoscimento nel 2006 nella sentenza *Jussila*; sinora peraltro la giurisprudenza europea non ha fornito alcuna indicazione utile a delinearne in termini sufficientemente chiari il contenuto.

## CAPITOLO III

# LA NOZIONE DI MATERIA PENALE NELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE DI GERMANIA, STATI UNITI E SPAGNA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nozione di materia penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca. – 2.1. Il principio di legalità (art. 103 co. 2 GG). – 2.2. Il principio del *ne bis in idem* (art. 103 co. 3 GG). – 2.3. Il principio di colpevolezza. – 2.4. La presunzione di innocenza. – 2.5. Spunti di riflessione. – 3. La nozione di materia penale nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti. – 3.1. La *due process clause* (V Emendamento). – 3.2. La *double jeopardy clause* (V Emendamento). – 3.3. Il principio di irretroattività (art. 1 Cost.). – 3.4. L'*excessive fine clause* (VIII Emendamento). – 3.5. Spunti di riflessione. – 4. La nozione di materia penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale spagnola. – 4.1. Le garanzie sostanziali di cui all'art. 25 della Costituzione spagnola. – 4.1.1. Le garanzie della *legalidad sancionadora*. – 4.1.2. Le *sanciones encubiertas*. – 4.2. Le garanzie procedurali di cui all'art. 24 della Costituzione spagnola. – 4.3. Spunti di riflessione.

### 1. Premessa

Abbiamo analizzato nei primi due capitoli cosa intendano per materia penale, ai fini dell'applicazione delle garanzie sovra-legali di rispettiva competenza, la Corte costituzionale e la Corte EDU. Ora proviamo ad allargare lo sguardo alla giurisprudenza delle Corti Supreme di alcuni ordinamenti di particolare interesse dal punto di vista del diritto comparato (gli ordinamenti di Germania, Stati Uniti e Spagna), per verificare come ivi sia stato risolto il problema dell'applicazione delle garanzie costituzionali della materia penale a sanzioni formalmente non penali.

La giurisprudenza che andremo ad analizzare non è stata ancora, a quanto ci risulta, oggetto di specifica attenzione da parte della dottrina italiana, ad eccezione dei riferimenti contenuti nella monografia di Mazzacuva del 2017. Trattandosi dunque di materiale in larga parte ancora non familiare allo studioso di lingua italiana, ci pare utile ora procedere, più che ad una sua analisi critica, ad una sua pur sintetica *ricognizione descrittiva*, volta non a discutere la fondatezza dei singoli orientamenti, ma semplicemente a delinearne il quadro, con l'obiettivo di trarne in seguito

indicazioni rilevanti nella nostra prospettiva di indagine.

Lo schema più lineare per strutturare l'analisi delle numerose pronunce prese in esame ci pare, come per la giurisprudenza costituzionale nazionale analizzata nel primo capitolo, quello di procedere secondo le singole garanzie costituzionali della materia penale rispetto alle quali concretamente si è posto il problema della loro estensione a misure formalmente non penali. Al termine di ogni paragrafo, andremo poi brevemente ad individuare i maggiori spunti di interesse che ci pare possano ricavarsi dal materiale analizzato.

## 2. La nozione di materia penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca

### 2.1. Il principio di legalità (art. 103 co. 2 GG)<sup>1</sup>

Nell'ordinamento costituzionale tedesco, al principio di legalità in materia penale di cui all'art. 103 co. 2 GG sono tradizionalmente ricondotte quattro diverse garanzie: la riserva di legge (*Verbot des Gewohnheitsrechts*), il principio di tassatività-determinatezza (*Bestimmtheitsgebot*), il principio di irretroattività (*Rückwirkungsverbot*) ed il divieto di analogia (*Analogieverbot*)<sup>2</sup>.

L'ambito di applicabilità di tali garanzie è determinato dai concetti di pena (*Strafe*) e punizione (*Bestrafung*) impiegati all'art. 103 co. 2 GG, che vengono tradizionalmente estesi dalla Corte costituzionale tedesca a tutte le misure afflittive che “*configurano una reazione statale di disapprovazione*

---

<sup>1</sup> Art. 103 co. 2 GG (*Grundgesetz*): “Un fatto può essere punito soltanto se la sua punibilità è stata determinata dalla legge prima che il fatto sia stato commesso”.

<sup>2</sup> Per un'analisi delle diverse garanzie riconducibili alla disposizione costituzionale, cfr. tra i commentari alla Costituzione più recenti C. DEGENHART, *Art. 103*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, 2018, p. 2125 ss.; G. NOLTE, *Art. 103*, in H.V. MANGOLDT-F. KLEIN-C. STARCK (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz*, 2010, p. 1015 ss.; B. REMMERT, *Art. 103 II*, in T. MAUNZ-G. DÜRIG-R. HERZOG-R. SCHOLZ-M. HERDEGEN-H.-H. KLEIN (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, 2017, p. 72 ss.; H. RÜPING-K. GRABHOF, *Art. 103 II*, in W. KAHL-C. WALDHOF-C. WALTER (a cura di), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2004, p. 24 ss.; S. SCHMAHL, *Art. 103*, in B. SCHMIDT-BLEIBTREU-F. KLEIN-H. HOFMANN-H.-G. HENNEKE (a cura di), *GG. Kommentar zum Grundgesetz*, 2018, p. 2773 ss. Con riferimento al § 1 del codice penale (StGB), che riprende testualmente il contenuto dell'art. 103 co. 2 GG, cfr. in particolare G. DANNECKER, § 1. *Keine Strafe ohne Gesetz*, in H.W. LAUFHÜTTE-R. RISSING-VAN SAAN-K. TIEDEMANN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, I, 2006, p. 112 ss.; W. HASSEMER-W. KARGL, § 1. *Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER-U. NEUMANN-H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Nomos Kommentar. Strafgesetzbuch*, I, 2013, p. 198 ss.; C. JÄGER, § 1. *Keine Strafe ohne Gesetz*, in J. Wolter (a cura di), *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*, I, 2017, p. 124 ss.

a fronte di un comportamento antiggiuridico e colpevole, e che per questa ragione infliggono un male funzionale alla compensazione del male arrecato”<sup>3</sup>.

Sulla base di questa nozione di pena, nel parametro applicativo dell’art. 103 co. 2 GG sono state fatte rientrare – oltre, naturalmente, a tutte le pene principali e accessorie previste dal codice penale – innanzitutto le sanzioni amministrative pecuniarie (*Geldbußen*) inflitte in ragione della commissione di illeciti amministrativi (*Ordnungswidrigkeiten*)<sup>4</sup>, in relazione alle quali valgono le medesime esigenze di tutela da reazioni statali imprevedibili che valgono con riferimento alle sanzioni formalmente penali, differenziandosi queste ultime dalle prime solo per la maggiore intensità del rimprovero mosso all’autore dell’illecito<sup>5</sup>. Di recente, poi, è stata ad esempio considerata come pena ai sensi di tale disposizione costituzionale la sanzione pecuniaria (*Ordnungsgeld*) comminata a carico del soggetto inadempiente agli obblighi di pubblicazione previsti per diversi tipi di società di capitali ai sensi del § 335 HGB (*Handelsgesetzbuch*): misura ritenuta di carattere misto coercitivo-repressivo, e per tale ragione da considerare al pari di una sanzione penale<sup>6</sup>.

I tratti della vera e propria “pena” ai sensi dell’art. 103 co. 2 GG sono stati poi rintracciati dal *BVerfG* anche nelle sanzioni disciplinari amministrative<sup>7</sup>, nelle sanzioni disciplinari inflitte dagli ordini professionali<sup>8</sup> e, più di recente, nelle misure disciplinari applicabili nell’ambito dell’esecuzione penale minorile<sup>9</sup>. Tuttavia, l’estensione delle garanzie di cui all’art. 103 co. 2 GG in materia disciplinare si accompagna tradizionalmente alla

<sup>3</sup> Così già *BVerfG*, 11.6.1969, 2 BvR 518/66, in *BVerfGE*, 26, p. 186. Si tratta di una definizione che, sia pure con formulazioni non sempre coincidenti, viene costantemente ribadita dalla giurisprudenza successiva: tra le pronunce più recenti, cfr. *ex multis* *BVerfG*, 5.8.2009, 2 BvR 2098/08, in *bverfg.de*; *BVerfG*, 4.5.2011, 2 BvR 2365/09, in *BVerfGE*, 128, p. 326 ss.; *BVerfG*, 20.6.2012, 2 BvR 1048/11, in *BVerfGE*, 131, p. 268 ss.; *BVerfG*, 11.7.2013, 2 BvR 2302/11, in *BVerfGE*, 134, p. 33 ss.; *BVerfG*, 9.1.2014, 1 BvR 299/13, in *bverfg.de*.

<sup>4</sup> Nella giurisprudenza più recente, giungono a tale conclusione, con motivazioni peraltro pressoché apodittiche, tra le altre *BVerfG*, 15.9.2011, 1 BvR 519/10, in *bverfg.de*, e *BVerfG*, 8.12.2015, 1 BvR 1864/14, in *bverfg.de*.

<sup>5</sup> Sul dibattito riguardo alla distinzione tra diritto penale e diritto sanzionatorio amministrativo, cfr. per tutti la pregevole ricostruzione di W. MITSCH, *Einleitung*, in W. MITSCH (a cura di), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 2018, p. 16 ss. È qui solo il caso di notare che, come il § 1 StGB, anche il § 3 OWiG (*Ordnungswidrigkeitengesetz*) riprende interamente – salva qualche differenza meramente lessicale – il testo dell’art. 103 co. 2 GG., ed anche a livello di legislazione ordinaria i contenuti del principio di legalità in materia sanzionatoria amministrativa non sono quindi differenti da quelli che il principio presenta in sede penale: cfr. ancora W. MITSCH, *Einleitung*, cit., p. 28 ss.

<sup>6</sup> *BVerfG*, 9.1.2014, cit.

<sup>7</sup> Così, *ex aliis*, *BVerfG*, 7.4.1981, 2 BvR 446/80, in *BVerfGE*, 57, p. 29 ss.

<sup>8</sup> Cfr. ad esempio *BVerfG*, 20.4.1982, 1 BvR 522/78, in *BVerfGE*, 60, p. 215 ss., e *BVerfG*, 4.4.1984, 1 BvR 1287/83, in *BVerfGE*, 66, p. 337 ss.

<sup>9</sup> *BVerfG*, 31.5.2006, 2 BvR 1673, 2401/04, in *BVerfGE*, 116, p. 69 ss.

precisazione che uno degli aspetti fondamentali del principio di legalità – il *Bestimmtheitsgebot* – deve essere calibrato tenendo conto delle peculiarità di tale materia, con la conseguenza che in sede disciplinare tale principio non sarebbe di ostacolo alla costruzione di fattispecie sanzionatorie mediante clausole generali di contenuto molto generico, che sarebbero senz'altro ritenute illegittime in sede penale<sup>10</sup>.

È ferma, invece, la giurisprudenza costituzionale nel negare carattere di sanzione penale ai sensi dell'art. 103 co. 2 GG alle misure di sicurezza (*Maßregeln der Besserung und Sicherung*) di cui ai §§ 61 ss. StGB<sup>11</sup> e alla misura del ricovero coatto terapeutico di autori di crimini violenti (*Therapieunterbringung*) ai sensi del *Therapieunterbringungsgesetz* (ThUG)<sup>12</sup>, sulla scorta del rilievo per cui tali provvedimenti servirebbero, “*al contrario di una pena, non a espriare un illecito commesso, ma a proteggere la collettività dall'autore*”<sup>13</sup>. Emblematica, in proposito, la vicenda della custodia di sicurezza (*Sicherungsverwahrung*) prevista dai §§ 66 ss. StGB, la cui disciplina era stata in più occasioni e sotto più aspetti inasprita e la cui applicazione retroattiva, nonostante il contrario avviso della Corte EDU<sup>14</sup>, è stata dapprima giustificata dal *BVerfG*<sup>15</sup> e poi dichiarata incostituzionale non per contrasto con l'art. 103 co. 2 GG, ma col più generale principio di affidamento (*Vertrauensschutzgrundsatz*) di cui agli artt. 2 co. 2 e 20 co. 3 GG, che impedisce l'applicazione retroattiva di una norma quando tale applicazione risulti irragionevole/sproporzionata (*unverhältnismäßig*)<sup>16</sup>.

La Corte ha pure avuto occasione di escludere la natura di “pena” ai sensi dell'art. 103 co. 2 GG, ad esempio, della sanzione processuale che può essere irrogata nell'ambito di procedure esecutive civilistiche a carico del debitore inadempiente ai sensi del § 890 ZPO (*Zivilprozessordnung*)<sup>17</sup>; o più di recente degli interessi dovuti per il mancato tempestivo pagamento

<sup>10</sup> Così, tra le altre, *BVerfG*, 7.4.1981, cit., e *BVerfG*, 20.4.1982, cit.

<sup>11</sup> Affrontano la questione in particolare *BVerfG*, 6.6.2006, 2 BvR 1349/05, in *bverfg.de*; *BVerfG*, 23.8.2006, 2 BvR 226/06, in *bverfg.de*; *BVerfG*, 22.12.2014, 2 BvR 2759/12, in *bverfg.de*.

<sup>12</sup> Così *BVerfG*, 11.7.2013, cit.

<sup>13</sup> Così *BVerfG*, 5.2.2004, 2 BvR 2029/01, in *BVerfGE*, 109, 134. Nello stesso senso, cfr. anche *BVerfG*, 23.8.2006, cit.; *BVerfG*, 5.8.2009, cit.; *BVerfG*, 20.6.2012, cit.; *BVerfG*, 11.7.2013, cit.

<sup>14</sup> Sulle vicende della custodia di sicurezza tedesca di fronte ai giudici di Strasburgo, cfr. *supra*, cap. 2, § 3.2.2.

<sup>15</sup> Così *BVerfG*, 5.2.2004, cit.; *BVerfG*, 23.8.2006, cit.; *BVerfG*, 5.8.2009, cit.

<sup>16</sup> In questo senso *BVerfG*, 4.5.2011, cit., che ha rilevato anche profili di contrasto della vecchia disciplina della *Sicherungsverwahrung* (ed in particolare della disciplina della *nachträgliche Sicherungsverwahrung ex § 66b StGB*) con gli artt. 2 co. 2 e 104 co. 1 GG., in ragione dell'interferenza sproporzionata nel diritto alla libertà personale del sottoposto alla misura e della violazione dell'obbligo di distinzione tra pene e misure di sicurezza (c.d. *Abstandsgebot*).

<sup>17</sup> Così *BVerfG*, 23.4.1991, 1 BvR 1443/87, in *BVerfGE* 84, p. 82 ss.

di una sanzione amministrativa, con riferimento ai quali non sarebbe possibile ravvisare alcun “effetto punitivo aggiuntivo” rispetto a quello della sanzione vera e propria<sup>18</sup>.

## 2.2. Il principio del *ne bis in idem* (art. 103 co. 3 GG)<sup>19</sup>

Il secondo principio penalistico, questa volta di natura processuale, che trova espressa consacrazione a livello costituzionale è quello del *ne bis in idem* di cui all'art. 103 co. 3 GG, che vieta di punire (*bestrafen*) più volte per lo stesso fatto in base alla legge penale (*Strafgesetz*). Analogamente a quanto avviene con riferimento al principio di legalità, anche per il principio ora in esame sono, dunque, le nozioni di “legge penale” e di “pena” utilizzate dalla disposizione costituzionale a determinarne il perimetro applicativo.

Almeno in astratto, le nozioni di pena adottate in relazione ai due principi si fondano sul medesimo criterio generale della finalità punitiva della misura. La Corte considera come pena ai sensi dell'art. 103 co. 3 GG ogni misura afflittiva “*che ha funzione retributiva, oltre che preventiva e correttiva*”<sup>20</sup>, oppure ogni misura diretta alla “*valutazione morale e alla punizione in conseguenza di un giudizio di disvalore*”<sup>21</sup> o, comunque, accoglie definizioni non dissimili se non a volte identiche a quelle elaborate in relazione al principio di legalità. In pratica, tuttavia, la giurisprudenza della Corte costituzionale tende a negare la violazione del *ne bis in idem* ogniqualvolta si ponga un problema di concorso tra pena (in senso stretto) e altre misure di natura sanzionatoria.

La Corte ha così escluso l'applicabilità del principio in esame nel caso di sottoposizione di un soggetto ad una misura di sicurezza insieme o successivamente all'inflizione di una sanzione formalmente penale, sottolineando appunto il carattere preventivo, e non punitivo, delle misure in questione<sup>22</sup>; oppure, è stato ritenuto legittimo il diniego di una nuova patente da parte della pubblica amministrazione, avvenuto alcuni anni dopo il ritiro della stessa disposto dal giudice penale, in quanto la misura amministrativa aveva natura meramente preventiva<sup>23</sup>; o ancora non è stata rite-

<sup>18</sup> BVerfG, 19.12.2012, 1 BvL 18/11, in BVerfGE, 133, p. 1 ss.

<sup>19</sup> Art. 103 co. 3 GG: “Nessuno può essere punito più volte per lo stesso fatto in base alla legge penale (*auf Grund der allgemeinen Strafgesetze*)”.

<sup>20</sup> Così, già nella giurisprudenza degli anni Sessanta dello scorso secolo, BVerfG, 2.5.1967, 2 BvR 391/64, in BVerfGE, 21, p. 378 ss.

<sup>21</sup> Così ad esempio BVerfG, 26.5.1970, 1 BvR 668/68, in BVerfGE, 28, p. 264 ss.

<sup>22</sup> Così, tra le altre, BVerfG, 15.8.1980, 2 BvR 495/80, in BVerfGE, 55, p. 28 ss.; BVerfG, 5.8.2009, cit.; BVerfG, 4.5.2011, cit.

<sup>23</sup> BVerfG, 18.11.1966, 1 BvR 173/63, in BVerfGE, 20, p. 365 ss.

nuta in violazione del *ne bis in idem* la richiesta di rimborso, rivolta ad un soggetto sottoposto alla custodia di sicurezza, delle spese sopportate per le perizie destinate a valutarne la pericolosità sociale, sul presupposto della natura meramente fiscale della decisione sulla ripartizione delle spese processuali<sup>24</sup>.

In relazione poi alle *misure disciplinari*, che come si ricorderà la Corte qualifica come pene ai fini dell'applicazione del principio di legalità, la Corte, pur adottando in astratto il medesimo criterio finalistico, giunge ad un'applicazione molto restrittiva del *ne bis in idem*, per cui viene giudicata compatibile col divieto costituzionale in parola sia la punizione di uno stesso fatto con una sanzione disciplinare e successivamente anche con una sanzione "formalmente penale"<sup>25</sup>, sia la punizione dello stesso fatto con più sanzioni disciplinari<sup>26</sup>, ogni volta muovendo dall'argomento secondo il quale le sanzioni disciplinari o professionali sarebbero meri "strumenti di correzione e educazione", ed inoltre evidenziando la loro riferibilità a cerchie di soggetti determinati "in ragione del loro particolare *status* giuridico"<sup>27</sup>. È significativo notare, tuttavia, come, a fronte di infrazioni al diritto disciplinare militare in conseguenza delle quali era stata inflitta sia la misura dell'arresto disciplinare (*Arreststrafe*), sia la pena privativa della libertà personale in sede penale (*Freiheitstrafe*), il giudice costituzionale tedesco abbia comunque riconosciuto l'obbligo di conteggiare il "presofferito" nella determinazione della sanzione da eseguire successivamente<sup>28</sup>.

La questione, infine, non ha avuto modo di porsi in relazione all'illecito amministrativo, posto che è la stessa disciplina di rango ordinario a prevedere esplicitamente il divieto di punire il medesimo fatto con una sanzione amministrativa ed una penale<sup>29</sup>.

### 2.3. Il principio di colpevolezza

Nell'ordinamento tedesco, il principio di colpevolezza (*Schuldprinzip*), privo come in Italia di esplicito fondamento costituzionale ma dedotto da diverse disposizioni della legge fondamentale<sup>30</sup>, comprende tradizional-

<sup>24</sup> *BVerfG*, 28.6.2006, 2 BvR 1392/02, in *HRRS*, 2007, p. 131 ss.

<sup>25</sup> Cfr. *BVerfG*, 2.5.1967, in *BVerfGE*, 21, 378 ss., per una sanzione disciplinare in ambito militare, e *BVerfG*, 29.10.1969, 2 BvR 545/68, in *BVerfGE*, 27, 180 ss., per una sanzione in ambito professionale.

<sup>26</sup> *BVerfG*, 26.5.1970, cit.

<sup>27</sup> Così, ad es., *BVerfG*, 2.5.1967, cit.

<sup>28</sup> Così ancora *BVerfG*, 2.5.1967, cit.

<sup>29</sup> Il principio è contenuto nel § 84 dell'*OWiG*: cfr. ampiamente in argomento H.-J. LUTZ, § 84 *Wirkung der Rechtskraft*, in W. MITSCH (a cura di), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2018, p. 1375 ss.

<sup>30</sup> Tale principio viene tradizionalmente derivato dal diritto alla libertà generale di azio-

mente, accanto al divieto di punire taluno per un fatto in assenza di colpevolezza (intesa, dunque, quale ragione fondante la pena: *Strafbegründungsschuld*), altresì il divieto di infliggere una pena non proporzionata alla gravità del fatto e alla colpevolezza dell'autore (intesa, così, quale *Strafzumessungsschuld*)<sup>31</sup>.

Tale principio è stato già fin da tempi risalenti ritenuto applicabile anche a sanzioni non formalmente penali, quali le *Geldbußen* previste dal diritto amministrativo sanzionatorio, sulla base della medesima nozione estesa di pena come misura afflittiva con finalità punitiva analizzata sopra in relazione alle altre garanzie costituzionali<sup>32</sup>.

Sono inoltre state qualificate come “sanzioni simili a pene” (*strafähnliche Sanktionen*) e, dunque, sottoposte al principio di colpevolezza, perché rappresenterebbero “non solo un mezzo coercitivo, ma anche una punizione per un'azione illecita”<sup>33</sup>, sanzioni processuali (*Ordnungsstrafen*) come quella prevista dal § 890 ZPO a carico del debitore inadempiente nel corso dell'esecuzione forzata<sup>34</sup> – della quale pure, come si ricorderà, era stata negata la riconducibilità all'ambito di applicabilità dell'art. 103 co. 2 GG –, o quella prevista dal § 70 StPO (*Strafprozessordnung*) nei confronti del te-

---

ne sancito dall'art. 2 co. 1 GG (*allgemeine Handlungsfreiheit*), in combinazione con l'obbligo di rispetto della dignità umana di cui all'art. 1 co. 1 GG (*Menschenwürdegarantie*) ed il principio dello stato di diritto di cui all'art. 20 co. 3 GG (*Rechtsstaatsprinzip*).

<sup>31</sup> Per una panoramica sui contenuti costituzionali del principio di colpevolezza, cfr. nelle opere di portata generale più recenti U. DI FABIO, *Art. 2 I*, in T. MAUNZ-G. DÜRIG-R. HERZOG-R. SCHOLZ-M. HERDEGEN-H.-H. KLEIN (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, I, 2001, p. 78 ss.; H. HOFMANN, *Art. 2*, in B. SCHMIDT-BLEIBTREU-F. KLEIN-H. HOFMANN-H.-G. HENNEKE (a cura di), *GG. Kommentar zum Grundgesetz*, 2018, p. 226; ID., *Art. 20*, in B. SCHMIDT-BLEIBTREU-F. KLEIN-H. HOFMANN-H.-G. HENNEKE (a cura di), *GG. Kommentar zum Grundgesetz*, 2018, p. 938; D. MURSWIEK-S. RIXEN, *Art. 2*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, München, 2018, p. 139 s.; G. ROBBERS, *Art. 20 I*, in W. KAHL-C. WALDHOFF-C. WALTER (a cura di), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, VII, 2010, p. 884 ss.; C. STARCK, *Art. 20*, in H.V. MANGOLDT-F. KLEIN-C. STARCK (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz*, I, 2010, p. 227 s. Per una ricostruzione dello sterminato dibattito sulla colpevolezza in seno alla dottrina penalistica tedesca, che trova peraltro scarso riscontro dalla giurisprudenza costituzionale, cfr. invece per tutti C. ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 2006, p. 859 ss.

<sup>32</sup> Cfr. già *BVerfG*, 4.4.1959, 1 BvR 197/53, in *BVerfGE*, 9, p. 167 ss. In relazione alle sanzioni amministrative, il principio di colpevolezza è poi stato accolto nei §§ 10, 11 e 12 *OWiG*, ove peraltro non viene utilizzato lo stesso lessico penalistico (*Schuld*) ma si parla di “rimproverabilità” (*Vorwerfbarkeit*), anche se diversi autori ritengono che le due espressioni si equivalgano: cfr. per tutti W. MITSCH, *Einleitung*, cit., p. 39; per la considerazione che la scelta lessicale intenda sottolineare la mancanza di disapprovazione etico-sociale che caratterizza le sanzioni amministrative, cfr. invece E. GÖHLER, *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 2009, p. 24.

<sup>33</sup> Così la fondamentale *BVerfG*, 25.10.1966, 2 BvR 506/63, in *BVerfGE*, 20, 323 ss., poi ripresa da tutta la giurisprudenza successiva.

<sup>34</sup> Così, oltre a *BVerfG*, 25.10.1966, cit., che si era espressa sul vecchio testo del § 890 ZPO, anche *BVerfG*, 14.7.1981, 1 BvR 575/80, in *BVerfGE*, 58, p. 159 ss., e *BVerfG*, 23.4.1991, 1 BvR 1443/87, in *BVerfGE* 84, p. 82 ss.

stimone che, legittimamente convocato, si rifiuti di rispondere o di prestare giuramento<sup>35</sup>.

Il *BVerfG* ha invece escluso che alla confisca allargata (*erweiterter Verfall*) di cui al vecchio § 73d StGB potesse attribuirsi natura di sanzione penale o quasi-penale ai fini dell'applicazione del principio di colpevolezza, affermando in particolare che la misura "non persegue fini repressivo-retributivi, ma preventivo-ordinatori" e non consiste "nell'inflizione di un male, ma nella rimozione di un vantaggio, che se rimanesse agli autori, potrebbe indurli alla commissione di nuovi reati"<sup>36</sup>.

Ancora, sempre a partire dal rilievo della finalità meramente preventiva e non punitiva perseguita dal legislatore, le medesime conclusioni sono state raggiunte con riferimento alle misure di sicurezza<sup>37</sup>, nonché al peculiare regime di riparto dei costi processuali previsto in materia di circolazione stradale dal § 25a StVG (*Straßenverkehrsgesetz*), secondo il quale le spese di ogni procedimento in materia di divieto di sosta sono a carico del possessore dell'autoveicolo se quest'ultimo si conclude per prescrizione prima dell'accertamento dell'identità dell'autore dell'illecito o se tale accertamento richiede uno sforzo sproporzionato<sup>38</sup>.

#### 2.4. La presunzione di innocenza

Nell'ordinamento costituzionale tedesco, con l'espressione "presunzione d'innocenza" (*Unschuldsvermutung*) si fa riferimento al principio – derivato in via interpretativa del principio dello stato di diritto e considerato il risvolto processuale del principio costituzionale di colpevolezza – che "da un lato, vieta di infliggere nei confronti dell'incolpato misure equivalenti ad una pena senza aver raggiunto la prova della [sua] colpevolezza [...]; dall'altro, impone un accertamento della colpevolezza passato in giudicato, prima che l'incolpato possa essere in generale considerato colpevole dal punto di vista giuridico"<sup>39</sup>.

<sup>35</sup> Così *BVerfG*, 28.11.1973, 2 BvL 42/71, in *BVerfGE*, 36, p. 200 ss.

<sup>36</sup> Così *BVerfG*, 14.1.2004, 2 BvR 564/95, in *BVerfGE*, 110, p. 1 ss.

<sup>37</sup> Cfr. *BVerfG*, 16.3.1994, 2 BvL 3/90, in *BVerfGE*, 91, p. 1 ss.

<sup>38</sup> Cfr. *BVerfG*, 1.7.1989, 2 BvR 239/88, in *BVerfGE*, 80, p. 109 ss.

<sup>39</sup> Questa la felice sintesi dei contenuti della presunzione di innocenza nelle fondamentali *BVerfG*, 26.3.1987, 2 BvR 589/79, in *BVerfGE*, 74, p. 358 ss. e *BVerfG*, 29.5.1990, 2 BvR 254/88, 1343/88, *BVerfGE* 82, p. 106 ss., che avevano ad oggetto la complicata questione – che non è possibile ricostruire in questa sede – della compatibilità col principio della presunzione di innocenza del meccanismo di ripartizione delle spese processuali previsto in caso di archiviazione dai §§ 467 IV e 471 III StPO. Sul contenuto della presunzione di innocenza, nella dottrina costituzionale, cfr. *ex multis* U. DI FABIO, *Art. 2 I*, cit., p. 79 ss.; B. GRZESZICK, *Art. 20*, VII, in T. MAUNZ-G. DÜRIG-R. HERZOG-R. SCHOLZ-M. HERDEGEN-H.-H. KLEIN (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, III, München, 2006, p. 56 s.; H. HOFMANN, *Art. 20*, cit., p. 938; G. ROBBERS, *Art. 20 I*, cit., p. 893 ss.

In via del tutto analoga a quanto è accaduto con riferimento al principio di colpevolezza, il perimetro applicativo della presunzione di innocenza è stato già in tempi risalenti esteso al di là dell'ambito del "formalmente penale"; nella celebre sentenza con la quale il *BVerfG* ha riconosciuto l'operatività dello *Schuldgrundsatz* nell'ambito delle sanzioni amministrative, infatti, si è anche affermato che tra "i principi del diritto penale e del diritto processuale che valgono nei procedimenti diretti all'inflizione di una *Geldbuße (Bußgeldverfahren)*" rientrerebbe anche quello per cui "la pubblica amministrazione accerta in modo inconfutabile i dati di fatto che (...) realizzano la fattispecie e che fondano il rimprovero di colpevolezza" e "i rimanenti dubbi devono fundamentalmente giovare all'imputato"<sup>40</sup>.

Inoltre, la presunzione di innocenza è stata pacificamente ritenuta operante nell'ambito del diritto disciplinare amministrativo<sup>41</sup>, nonché con riferimento alle misure disciplinari inflitte dall'amministrazione carceraria, delle quali si è riconosciuta espressamente la natura di "sanzioni simili a pene" (*strafähnliche Sanktionen*)<sup>42</sup>.

È stato, invece, negato ogni contrasto tra il principio ora in esame e la disciplina della confisca allargata (*erweiterter Verfall*) di cui al vecchio § 73d StGB – nella medesima decisione esclusa, come visto sopra, anche dall'ambito di operatività del principio di colpevolezza – sulla base dell'osservazione secondo la quale la misura in parola non consisterebbe in una "conseguenza giuridica uguale a una pena", in quanto "la disposizione della confisca allargata non presuppone l'accertamento della colpevolezza" e, dunque, "non è connessa con un'attribuzione giudiziale di colpevolezza"<sup>43</sup>.

Con riferimento poi alla sanzione processuale prevista dal § 890 ZPO, con la stessa sentenza con la quale si è affermata la natura "quasi-penale" della sanzione in relazione all'operatività del principio di colpevolezza, si è anche e sorprendentemente escluso che "dal carattere di sanzione simile a pena della sanzione d'ordine prevista dal § 890 I ZPO derivi alcun obbligo dei giudici civili di porre alla base dell'applicazione della norma i requisiti della prova processual-penalistica", potendo qui accontentarsi l'organo giudicante di una prova "*prima facie*" (*Anscheinsbeweis*)<sup>44</sup> e, dunque,

---

<sup>40</sup> Così *BVerfG*, 4.4.1959, cit. Cfr., però, anche l'ambigua affermazione, contenuta nella stessa sentenza e formulata con riferimento al diritto processuale penale, secondo la quale "non ogni forma di presunzione di colpevolezza è contraria ai principi dello stato di diritto – dipende dalla configurazione della fattispecie legale nel caso specifico".

<sup>41</sup> In questo senso, sia pur senza alcuna specifica motivazione sul punto, *BVerfG*, 29.10.2007, 2 BvR 1461/06, in *BVerfGK*, 12, p. 364 ss.

<sup>42</sup> Così, pur motivando soltanto a partire dall'apodittica affermazione secondo la quale il principio di colpevolezza riguarderebbe anche le misure in parola, *BVerfG*, 12.2.2004, 2 BvR 1709/02, in *NSiZ-RR*, 2004, p. 220 ss., e *BVerfG*, 24.10.2006, 2 BvR 30/06, in *HRRS*, 2006, p. 893 ss.

<sup>43</sup> *BVerfG*, 14.1.2004, cit.

<sup>44</sup> *BVerfG*, 23.4.1991, cit.

parrebbe, di molto meno della prova piena (*voller Beweis*) normalmente richiesta per ribaltare la presunzione di innocenza in un procedimento penale<sup>45</sup>.

Infine, nuovamente muovendo dalla negazione della loro natura di “pene o sanzioni equivalente a una pena”, il *BVerfG* ha escluso la possibilità di invocare il mancato rispetto della presunzione di innocenza in relazione a provvedimenti di espulsione dello straniero dallo Stato, diretti, ad avviso del giudice delle leggi tedesco, alla tutela dell’ordine pubblico e privi di finalità punitiva<sup>46</sup>.

## 2.5. Spunti di riflessione

Tirando le somme di questa pur breve panoramica sull’ordinamento tedesco, non si può non osservare come, benché in relazione a tutte le garanzie analizzate venga in teoria accolta la medesima nozione di pena inclusiva di tutte le misure a finalità punitiva, in realtà non sia raro che ad una medesima misura venga riconosciuta una garanzia e ne venga negata un’altra. Emblematica, da questo punto vista, ci pare la giurisprudenza sopra citata relativa alle misure disciplinari, considerate come pene ai sensi dell’art. 103 co. 2 GG e come misure non penali ai sensi dell’art. 103 co. 3 GG, nonché quella concernente la *Ordnungsstrafe* di cui al § 890 ZPO, considerata misura penale per quanto concerne l’applicazione del principio di colpevolezza, e non penale per quanto riguarda il principio di legalità e la presunzione di innocenza.

In dottrina, valorizzando tale diversità degli esiti rispetto al pur indiscutibile richiamo alle medesime categorie teoriche, vi è chi propone di individuare distinte nozioni a seconda delle garanzie<sup>47</sup>; tanto che l’autore che in Italia si è confrontato con tale materiale pretorio lo ritiene addirittura esemplare del modello di materia penale “a geometria variabile”, di cui viene proposta l’adozione<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> In senso fortemente critico, cfr. in dottrina I. APPEL, *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, 1998, p. 114 s.

<sup>46</sup> Cfr. *BVerfG*, 10.2.2001, 2 BvR 1384/99, in *bverfg.de*, e *BVerfG*, 5.3.2001, 2 BvR 2450/9, in *bverfg.de*.

<sup>47</sup> In uno dei lavori sicuramente più importanti sul tema (I. Appel, *Verfassung*, cit., p. 236 ss.), l’autore ravvisa tre distinte nozioni costituzionali di “pena” e “materia penale”: quella rilevante ai fini della distribuzione di competenze tra legislatore ordinario e *Länder* (*kompetenzrechtlicher Strafbegriff*), che non ha nulla a che vedere con le garanzie costituzionali; un’altra, che abbraccia tutte le misure punitive e che rileva per quanto concerne il principio di legalità e quello di colpevolezza (*Strafrecht im weiteren Sinne*); ed infine una terza, ristretta e limitata al “penale formale”, che assume significato in relazione alla garanzia della *ne bis in idem* e alla riserva di giurisdizione di cui all’art. 92 GG (*Kriminalstrafrecht*).

<sup>48</sup> Il riferimento è al lavoro di F. MAZZACUVA, *Le pene*, cit., ove l’autore parla proprio di

Per quanto attiene, poi, ai criteri generali tramite i quali il *BVerfG* giustifica la qualificazione di una determinata interferenza statale in un diritto di libertà come sanzione penale, è evidente l'ottica teleologica che anima le argomentazioni dei giudici di Karlsruhe: in buona sostanza, pena è ciò che è finalizzato a retribuire una colpa; misura non penale, invece, è ciò che ha finalità prevalentemente preventiva o ripristinatoria, ma in ogni caso non retributiva di un fatto illecito commesso dall'autore.

Anche in questo caso, tuttavia, in dottrina si sottolinea come, osservando gli esiti pratici cui la giurisprudenza perviene più che le premesse teoriche da cui prende le mosse, i frequenti riferimenti alla finalità perseguita dal legislatore somigliano spesso più a clausole di stile che a reali criteri decisori<sup>49</sup>.

Paradigmatica, anche da questo punto di vista, è la giurisprudenza in tema di sanzioni disciplinari, delle quali la Corte non esita a sottolineare gli aspetti punitivi quando intende attrarle nell'ambito garantito dalla legalità e, viceversa, quelli correzionali-educativi quando ha la volontà di sottrarle all'ambito di operatività del divieto di *bis in idem*.

Infine, ci pare significativo ai fini della nostra indagine osservare come la dimensione della graduabilità delle garanzie penalistiche, sebbene mai esplicitata, non possa reputarsi estranea alla giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca.

Basti pensare, ancora una volta, alla giurisprudenza in materia di tassatività e sanzioni disciplinari, ove, come appena visto, pur riconoscendo la natura penale della sanzione, la Corte ha al contempo ritenuto di dover flessibilizzare il *Bestimmtheitsgebot* per adattarlo alle particolarità del diritto disciplinare, attribuendogli così un contenuto certamente più ristretto rispetto a quello posseduto dal principio con riferimento alla materia formalmente penale.

---

una "ricostruzione a geometria variabile della materia penale da parte del *Bundesverfassungsgericht*" (p. 79); su tale nozione nel pensiero dell'autore, cfr. cap. 4, § 6.2.3.

<sup>49</sup> Cfr. ancora il lavoro di I. APPEL, *Verfassung*, cit., p. 217 ss., che ritiene la giurisprudenza costituzionale in argomento al contempo caotica e contraddittoria, ed individua ben tredici diversi *tópoi* argomentativi impiegati dai giudici di Karlsruhe per descrivere i tratti peculiari della pena (conformità col modello guida della pena criminale tradizionale; manifestazione dei 'tratti essenziali' della pena; collegamento con un comportamento illecito; inclusione in sé di un giudizio di disvalore etico-sociale; espressione di rimprovero morale; reazione sovrana di disapprovazione ad un comportamento colpevole; effetto di retribuzione e compensazione di una colpa; connessione con un accertamento di colpevolezza o una decisione sulla responsabilità; conseguenza giuridica di un illecito significativo; reazione ad una lesione colpevole di un bene giuridico rilevante per la collettività; particolare intensità della sanzione; iscrizione nel casellario penale; possibilità di conversione della misura in una pena detentiva).

### 3. La nozione di materia penale nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti

#### 3.1. La due process clause (V Emendamento) <sup>50</sup>

La questione dell'estensione delle garanzie costituzionali proprie della materia penale a misure afflittive formalmente non penali si è posta nella giurisprudenza statunitense innanzitutto con riferimento al V emendamento del *Bill of Rights*, e più in particolare rispetto alle clausole del *Due Process* e del *Double Jeopardy*.

Quanto alla prima – alla quale come noto vengono ricondotte dalla Corte Suprema non solo le garanzie del giusto processo, ma anche le garanzie sostanziali della legalità <sup>51</sup> – il *leading case* è senz'altro la pronuncia *Kennedy v. Mendoza-Martinez* <sup>52</sup>, che assume un'importanza fondamentale poiché, come si vedrà nel corso della trattazione, i principi ivi contenuti vengono usualmente utilizzati dalla giurisprudenza anche per valutare l'estensione a sanzioni formalmente non penali di altre garanzie penalistiche.

La vicenda portata all'attenzione della Corte Suprema riguardava il caso di un cittadino americano e messicano (Francisco Mendoza-Martinez) che, dopo essersi rifugiato in Messico nel 1942 allo scopo di sottrarsi dalla coscrizione obbligatoria, faceva rientro negli Stati Uniti nel 1947, dove veniva processato (e condannato) per *draft evasion*. Successivamente alla condanna, secondo quanto previsto dalla legge <sup>53</sup>, veniva avviato nei suoi confronti un procedimento di espulsione dal territorio degli Stati Uniti.

Mendoza-Martinez lamentava l'illegittimità costituzionale dell'espulsione, in quanto tale misura avrebbe avuto carattere sostanzialmente penale, e la procedura prevista per la sua adozione sarebbe risultata in contrasto

<sup>50</sup> Il V emendamento della Costituzione degli Stati Uniti (*Rights of persons*) prevede che: "No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a grand jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the militia, when in actual service in time of war or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation".

<sup>51</sup> L'interpretazione della clausola da parte della Corte Suprema vi riconduce anche i tre tradizionali principi del "*nullum crimen sine lege*", "*nulla poena sine lege*", "*nullum crimen sine poena*": sul punto cfr. per tutti il classico lavoro di M.C. BASSIOUNI, *Diritto Penale degli Stati Uniti d'America*, 1985, p. 65 ss.

<sup>52</sup> *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, 372, U.S 144 (1963).

<sup>53</sup> Il riferimento è al § 401(j) del *Nationality Act* del 1940 e al § 349(a)(10) dell'*Immigration and Nationality Act* del 1952, che sanzionavano con la perdita della cittadinanza americana la condotta di chi in tempo di guerra o di emergenza nazionale avesse abbandonato gli Stati Uniti al fine di evitare la coscrizione obbligatoria.

con i principi di cui al V e VI<sup>54</sup> emendamento<sup>55</sup>. Le corti inferiori avevano accolto tale tesi; il caso era allora stato instaurato innanzi alla Corte Suprema da parte del Procuratore Generale degli Stati Uniti Robert F. Kennedy.

Nella decisione in esame la Corte Suprema propone un 'doppio filtro' di valutazione per stabilire la natura sostanzialmente penale di una misura afflittiva e, di conseguenza, l'eventuale estensione delle garanzie penalistiche del V e VI emendamento<sup>56</sup>. Il primo filtro consiste nell'indagare l'intenzione del legislatore e, più in particolare, nel valutare se avesse la finalità di attribuire alla misura natura penale piuttosto che civile. In caso di risposta affermativa, la misura dovrà considerarsi penale e alla stessa dovranno estendersi le garanzie della *due process clause*. Il secondo filtro opera, invece, solo qualora sia manifesta un'intenzione del legislatore di segno opposto – cioè quella di prevedere una misura di natura civilistica –, ed è in sostanza diretto a dimostrare che la sanzione presa in considerazione sia "così punitiva" ("*so punitive*") da consentire il superamento dell'espressa volontà legislativa<sup>57</sup>. La Corte individua ben *sette* indicatori da tenere in considerazione ai fini di tale valutazione: 1) anzitutto se la misura abbia natura afflittiva; 2) quindi, se la misura sia stata storicamente considerata una pena; 3) se ai fini della sua applicazione sia necessaria la prova del dolo in capo al soggetto che ha posto in essere la condotta; 4) se la sua applicazione persegue gli scopi tradizionali della pena, ovvero punizione e deterrenza; 5) se il comportamento a cui si applica sia già pu-

---

<sup>54</sup> VI Emendamento (*Rights of Accused in Criminal Prosecutions*): "In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence".

<sup>55</sup> "Section 401 (j) of the Nationality Act of 1940, as amended, and § 349 (a)(10) of the Immigration and Nationality Act of 1952, which purport to deprive an American of his citizenship, automatically and without any prior judicial or administrative proceedings, for "departing from or remaining outside of the jurisdiction of the United States in time of war or national emergency for the purpose of evading or avoiding training and service" in the Nation's armed forces, are unconstitutional, because they are essentially penal in character and would inflict severe punishment without due process of law and without the safeguards which must attend a criminal prosecution under the Fifth and Sixth Amendments": *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, cit., p. 159.

<sup>56</sup> Per un commento alla decisione cfr. in particolare, nella dottrina coeva, G.P. FLETCHER, *The concept of Punitive Legislation and the Sixth Amendment: A New Look at Kennedy v. Mendoza-Martinez*, in *University of Chicago Law review*, 1965, p. 290 ss.

<sup>57</sup> Come ha affermato in tempi più recenti la Corte suprema, il secondo filtro del *test* di valutazione in oggetto dovrebbe dimostrare che la misura dichiaratamente civile sia in realtà "*so punitive either in purpose or effect as to negate intention' to deem it civil*": così tra le altre *United States v. Ward*, 448 U.S. 248-249 (1980), e *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S. 346 (1997).

nito a titolo di reato; 6) se sia razionalmente possibile trovare uno scopo alternativo della sua esistenza; 7) se la misura appaia comunque eccessiva rispetto allo scopo alternativo rinvenuto<sup>58</sup>.

Tale pronuncia segna il definitivo superamento della definizione formale di pena come unico criterio per definire l'ambito di applicabilità delle garanzie costituzionali della materia penale. Come per la Corte EDU, tale criterio vale soltanto a senso unico, nel senso che quando il legislatore qualifica una misura come penale, le garanzie penalistiche si applicano senza necessità di alcuna indagine circa i connotati di tale misura. I giudici americani si riservano però la possibilità di applicare la *due process clause* penalistica anche quando, nonostante la qualificazione come misura non penale operata dal legislatore, emerga la "*clearest proof*" circa la natura di "*punishment*" che connota l'oggettiva configurazione della stessa.

In dottrina si fa tuttavia notare come – a partire proprio dal *leading case*, che si era concluso con la negazione della natura penale della misura *disputanda* – la giurisprudenza abbia sempre inteso in senso estremamente rigoroso la prova della finalità "così punitiva" della misura, al punto da far dubitare che alla formale adozione di una vera e propria criteriologia delle misure sostanzialmente penali si accompagni la reale volontà della Corte di superare i limiti della qualificazione legislativa<sup>59</sup>.

### 3.2. La double jeopardy clause (V Emendamento)

Altra fondamentale garanzia penalistica contemplata dal V emendamento, e di cui molto si è dibattuto riguardo alla sua possibile estensione

---

<sup>58</sup> "The punitive nature of the sanction here is evident under the tests traditionally applied to determine whether an Act of Congress is penal or regulatory in character, even though in other cases this problem has been extremely difficult and elusive of solution. Whether the sanction involves an affirmative disability or restraint, whether it has historically been regarded as a punishment, whether it comes into play only on a finding of scienter, whether its operation will promote the traditional aims of punishment – retribution and deterrence, whether the behavior to which it applies is already a crime, whether an alternative purpose to which it may rationally be connected is assignable for it, and whether it appears excessive in relation to the alternative purpose assigned are all relevant to the inquiry, and may often point in differing directions. Absent conclusive evidence of congressional intent as to the penal nature of a statute, these factors must be considered in relation to the statute on its face. Here, although we are convinced that application of these criteria to the face of the statutes supports the conclusion that they are punitive, a detailed examination along such lines is unnecessary, because the objective manifestations of congressional purpose indicate conclusively that the provisions in question can only be interpreted as punitive": *Kennedy v. Mendoza-Martinez*, cit., p. 168-169.

<sup>59</sup> Per queste considerazioni, cfr. in particolare W.A. LOGAN, *The Ex Post Facto Clause and the Jurisprudence of Punishment*, in *American Criminal Law Review*, vol. 35 (1997-1998) p. 1282: a riprova dell'inefficacia della criteriologia proposta dalla Corte, l'autore osservava come la sua applicazione non avesse in concreto mai portato al superamento della determinazione legislativa.

a misure formalmente non penali, è la c.d. *double jeopardy clause*, per cui nessuno può essere giudicato (e punito) due volte per lo stesso reato<sup>60</sup>.

Già a partire dal XIX secolo la Corte, benché il tenore letterale della disposizione ne limiti l'applicazione solo ai casi di sanzioni di particolare gravità (quelle che riguardano "*life or limb*" dell'individuo), ritiene pacificamente tale garanzia operante per tutte le sanzioni formalmente penali<sup>61</sup>.

Controversa è, invece, la questione che qui ci interessa dell'estensione della clausola a sanzioni formalmente non penali.

Una prima apertura in questo senso venne nel 1938 dalla sentenza *Mitchell*<sup>62</sup>. Il caso riguardava un'ipotesi di evasione fiscale penalmente rilevante, rispetto alla quale il trasgressore era stato assolto nel relativo procedimento penale, ma che aveva condotto all'applicazione di una sovrattassa da parte della competente autorità tributaria. La Corte in tale pronuncia afferma astrattamente l'applicabilità della clausola in commento anche con riferimento a quelle sanzioni civili che abbiano in realtà carattere sostanzialmente punitivo<sup>63</sup>. Tuttavia, con riferimento alla misura presa in esame, la Corte ne riconosce la natura meramente riparatoria e non punitiva, così escludendo in concreto l'applicabilità della garanzia costituzionale in commento<sup>64</sup>.

Il principio di diritto, per cui è la natura punitiva e non meramente riparatoria della misura a segnare l'applicabilità della garanzia a misure non formalmente penali, trova riscontro in diverse pronunce successive.

In un importante caso dei primi anni Ottanta dello scorso secolo<sup>65</sup>, viene presa in considerazione la violazione della garanzia in esame in un'ipotesi

---

<sup>60</sup> "*The Double Jeopardy Clause protects against three distinct abuses: a second prosecution for the same offense after acquittal; a second prosecution for the same offense after conviction; and multiple punishments for the same offense*": così la Corte Suprema nel caso *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989).

<sup>61</sup> Cfr. *Ex parte Lange*, 85 U.S., 163 (1873), che estende l'ambito di applicazione della *double jeopardy clause* alle ipotesi di "*prosecution for felonies, minor crimes and misdemeanors*".

<sup>62</sup> *Helvering v. Mitchell*, 303 U.S., 391 (1938).

<sup>63</sup> La Corte afferma che "*the double jeopardy clause does not preclude the imposition of both a criminal and a civil sanction in respect of the same act or omission (...). Congress may impose both a criminal and a civil sanction in respect to the same act or omission, for the double jeopardy clause prohibits merely punishing twice, or attempting a second time to punish criminally, for the same offense. The question for decision is thus whether § 293(b) imposes a criminal sanction*": *Helvering v. Mitchell*, cit., p. 399.

<sup>64</sup> "*The doctrine of double jeopardy is inapplicable because the 50% addition to tax provided by § 293 is not primarily punitive but is a remedial sanction imposed as a safeguard for protection of the revenue and to reimburse the Government for expense and loss resulting from the taxpayer's fraud. As such it may be enforced by a civil procedure to which the accepted rules and constitutional guaranties governing the trial of criminal prosecutions do not apply [...] Where civil procedure is prescribed for the enforcement of remedial sanctions, criminal rules and guaranties do not apply*": *Helvering v. Mitchell*, cit., p. 402.

<sup>65</sup> *United States v. One Assortment of 89 Firearms*, 465 U.S. 354 (1984).

di confisca (*civil forfeiture*) successiva al proscioglimento nel corrispondente procedimento penale. La Corte ritiene in concreto non applicabile la garanzia costituzionale, escludendo la natura sostanzialmente penale di tale misura<sup>66</sup>. La pronuncia si segnala perché, riprendendo anche in relazione alla *double jeopardy clause* i principi affermati in *Kennedy v. Mendoza Martinez* rispetto alla *due process clause*, fornisce uno schema generale per verificare la natura sostanzialmente penale della misura ablativa, fondato come nel *leading case* su un “doppio test”. La Corte ribadisce che *in primis* bisogna dare rilievo all'intenzione del legislatore; quindi bisogna verificare se la misura in questione sia talmente punitiva, con riguardo allo scopo o agli effetti, da risultare incompatibile con la qualificazione come non penale operata dal legislatore<sup>67</sup>.

Pochi anni dopo, in applicazione dei consueti criteri, la Corte nel caso *Halper* arriva invece a riconoscere la violazione del *ne bis in idem* in riferimento a delle ammende civili previste dal *False Claims Act Civil* federale nell'ipotesi di emissione di fatture false<sup>68</sup>. La sentenza ribadisce il tradizionale orientamento in favore di un approccio sostanziale, e sottolinea come sia in particolare la *ratio* “intrinsecamente personalistica” di tale garanzia ad imporre di “abbandonare le etichette legislative”, e di verificare in concreto il carattere punitivo delle misure in esame<sup>69</sup>. Così, in ragione

---

<sup>66</sup> “*The forfeiture mechanism set forth in 18 U.S.C.S. § 924(d) is not an additional penalty for the commission of a criminal act, but rather is a separate civil sanction, remedial in nature. Because the § 924(d) forfeiture proceeding is not a criminal proceeding, it is not barred by the Double Jeopardy Clause*”: p. 366.

<sup>67</sup> Richiamandosi alla già citata *United States v. Ward*, la Corte afferma che: “*Our inquiry in this regard has traditionally proceeded on two levels. First, we have set out to determine whether Congress, in establishing the penalizing mechanism, indicated either expressly or impliedly a preference for one label or the other (...). Second, where Congress has indicated an intention to establish a civil penalty, we have inquired further whether the statutory scheme was so punitive either in purpose or effect as to negate that intention*”: *United States v. Assortment of 89 Firearms*, cit., p. 362-363. Per maggiori approfondimenti sul tema, cfr. J. VERVAELE, *Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 3, p. 972 ss., dove l'autore sottolinea che oltre all'intenzione del legislatore bisognerebbe verificare “se la sanzione presenta un carattere punitivo tale che un carattere civile non sia difendibile, malgrado l'intenzione del legislatore. Ciò significa che quando la ‘prova più ovvia’ indica che una confisca civile/amministrativa è così punitiva, nello scopo o nell'effetto, da equivalere ad una procedura criminale, questa confisca può essere sottoposta alla protezione del principio del *ne bis in idem*”.

<sup>68</sup> *United States v. Halper*, 490 U.S. 435 (1989). Nel caso di specie, il sig. Halper aveva emesso 65 fatture false per prestazioni mediche mai effettuate ed era per questo stato condannato in sede penale a due anni di detenzione e 5.000 \$ di multa; successivamente era stato condannato in sede tributaria al pagamento di una somma pari a 130.000 \$ (2000 \$ per ciascuna fattura falsa emessa), importo di gran lunga superiore rispetto a quello risultante dalla sommatoria dell'ammontare delle fatture, nonché delle spese di procedura e di inchiesta a carico dello Stato che erano state quantificare in 16.000 \$.

<sup>69</sup> “*While recourse to statutory language, structure, and intent is appropriate in identifying*

dell'eccessiva *sproporzione* tra il danno subito dall'erario e l'ammontare della somma dovuta in seguito alla violazione, la Corte ritiene tale misura sostanzialmente penale, alla luce del suo carattere punitivo e non riparatorio, e ne dichiara l'illegittimità per violazione della *double jeopardy clause*<sup>70</sup>.

Il medesimo impianto argomentativo viene adottato negli anni Novanta dalla Corte Suprema nel caso *Kurth Ranch*<sup>71</sup>, laddove viene ritenuto il carattere sostanzialmente penale (con conseguente violazione del *ne bis in idem*) di una misura formalmente di natura tributaria, applicabile in caso di commissione di reati concernenti gli stupefacenti, che imponeva il pagamento di una sovrattassa pari a 8 volte il valore economico della merce sequestrata<sup>72</sup>.

Tale tendenza verso una effettiva estensione dell'ambito di applicabilità della *double jeopardy clause* subisce però una prima battuta d'arresto, sul finire degli anni Novanta, con la sentenza *Ursery*<sup>73</sup>. La Corte opera una distinzione tra il caso ora sottoposto alla sua attenzione (riguardante un'ipotesi di "*civil forfeitures*", quindi una sanzione civile *in rem*) e quelli oggetto delle pronunce *Halper* e *Kurth Ranch*, che riguardavano le "*in personam civil penalties*"<sup>74</sup>, affermando che "*in rem civil forfeiture is a reme-*

---

*the inherent nature of a proceeding, or in determining the constitutional safeguards that must accompany those proceedings as a general matter, the approach is not well suited to the context of the "humane interests" safeguarded by the Double Jeopardy Clause's proscription of multiple punishments. This constitutional protection is intrinsically personal. Its violation can be identified only by assessing the character of the actual sanctions imposed on the individual by the machinery of the state. In making this assessment, the labels "criminal" and "civil" are not of paramount importance. It is commonly understood that civil proceedings may advance punitive as well as remedial goals, and, conversely, that both punitive and remedial goals may be served by criminal penalties. The notion of punishment, as we commonly understand it, cuts across the division between the civil and the criminal law, and, for the purposes of assessing whether a given sanction constitutes multiple punishment barred by the Double Jeopardy Clause, we must follow the notion where it leads. (...) To that end, the determination whether a given civil sanction constitutes punishment in the relevant sense requires a particularized assessment of the penalty imposed and the purposes that the penalty may fairly be said to serve. Simply put, a civil as well as a criminal sanction constitutes punishment when the sanction as applied in the individual case serves the goals of punishment": *United States v. Halper*, cit., pp. 447-449.*

<sup>70</sup> "Civil penalty for filing false claim with government, after criminal conviction for same act, held to violate double jeopardy where amount of fine bears no rational relation to government's loss": *United States v. Halper*, cit., p. 452.

<sup>71</sup> *Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch*, 511 U.S. 767 (1994).

<sup>72</sup> "However, the Court's recognition that the extension of a so-called tax's penalizing feature can cause it to lose its character as such and become a mere penalty, together with *Halper's* unequivocal statement that labels do not control in a double jeopardy inquiry, indicates that a tax is not immune from double jeopardy scrutiny simply because it is a tax": *Department of Revenue of Montana v. Kurth Ranch*, cit. 776-780; per un'analisi approfondita di tale pronuncia, cfr. ancora J. VERVAELE, *Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*, cit., p. 966.

<sup>73</sup> *United States v. Ursery*, 518 U.S. 267 (1996).

<sup>74</sup> "The Courts of Appeals misread *Halper* and *Department of Revenue of Mont. v. Kurth*

*dial civil sanction, distinct from potentially punitive in personam civil penalties such as fines, and does not constitute a punishment for double jeopardy purposes*"<sup>75</sup>.

Se, dopo tale pronuncia, risultava inibita la possibilità per il condannato in sede penale di appellarsi alla *double jeopardy clause* per contestare la legittimità delle sanzioni *in rem* previste per il medesimo fatto, rimanevano ancora attuali i principi contenuti nella pronuncia *Halper*, secondo cui per valutare la natura penale delle *in personam civil penalties* risultava decisiva la sproporzione tra l'ammontare della sanzione inflitta ed il danno cagionato.

L'anno successivo, tuttavia, la Corte suprema torna ad occuparsi della legittimità anche di tale tipologia di *civil penalties*, operando un deciso *re-irement* rispetto a quanto affermato otto anni prima nella sentenza *Halper*. Nel caso *Hudson*<sup>76</sup>, tre funzionari di banca venivano sanzionati con misure pecuniarie e l'interdizione dalla professione per aver violato diversi statuti e regolamenti bancari federali. In seguito, i funzionari venivano altresì incriminati per i medesimi fatti in sede penale, ma contestavano l'accusa mossa a loro carico invocando la violazione della *double jeopardy clause*, sul presupposto che la sanzione civile pecuniaria loro inflitta doveva considerarsi, a dispetto delle "etichette", nella sostanza una sanzione penale. La pronuncia ora in esame è particolarmente dura nel criticare le conclusioni cui la Corte era pervenuta nella sentenza *Halper*, ed in particolare il rilievo decisivo attribuito da quest'ultima alla verifica della sproporzione tra entità della misura e danno cagionato. Secondo *Hudson*, infatti, *Halper* avrebbe segnato una deviazione dai principi consolidati in materia a partire dal *leading case Kennedy-Mendoza Martinez*, dal momento che in *Halper* la Corte si limita a dare rilievo al criterio della spropor-

---

*Ranch, as having abandoned this oft-affirmed rule. (...) It would have been remarkable for the Court both to have held unconstitutional a well-established practice, and to have overruled a long line of precedent, without having even suggested that it was doing so. Moreover, the cases in question did not deal with the subject of these cases: in rem civil forfeitures for double jeopardy purposes. Halper involved in personam civil penalties under the Double Jeopardy Clause. Kurth Ranch considered a punitive state tax imposed on marijuana under that Clause": United States v. Ursery, cit., p. 278.*

<sup>75</sup> Il giudice Stevens, nella sua *concurring opinion (dissenting in part)*, si è dimostrato fortemente critico in ordine alla non estensione dei principi contenuti in *Halper* e *Kurth Ranch* e *Austin* anche alle ipotesi di sanzioni *in rem*, auspicando l'abbandono di un approccio troppo formalistico in favore di un approccio sostanziale che tenga conto della effettiva gravità della misura; per un commento a tale decisione, cfr. nella dottrina di lingua italiana J. VERVAELE, cit., p. 973 s., e P. SALVEMINI, *Double jeopardy e doppio sistema sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America*, in *Scritti in onore di Sara Volterra*, 2017, p. 948 s.

<sup>76</sup> *Hudson v. United States*, 522 U.S. 93 (1997); per un commento, cfr. per tutti nella dottrina coeva L. MELENYZER, *Double Jeopardy Protection from Civil Sanctions after Hudson v. United States*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1998-1999, p. 1030 ss.

zione, senza prendere in esame tutti gli altri criteri rilevanti ai sensi dell'orientamento tradizionale<sup>77</sup>: criteri che, nel caso di specie, inducono la Corte a concludere che la garanzia del V emendamento non possa estendersi alla misura in esame, non essendo stata raggiunta una “*clearest proof*” in merito alla sua natura sostanzialmente penale.

Dopo tale sentenza, la giurisprudenza della Corte in materia di *double jeopardy clause* è stata caratterizzata da un atteggiamento di sostanziale fedeltà rispetto al *nomen juris* attribuito dal legislatore, che ha condotto negli ultimi anni all'applicazione della clausola solo in relazione alle sanzioni penali in senso stretto<sup>78</sup>.

### 3.3. Il principio di irretroattività (art. 1 Cost.)

La Costituzione degli Stati Uniti riconosce il principio di irretroattività della legge penale sfavorevole (espresso nei termini del divieto di *ex post facto laws*) rispettivamente all'art 1, sez. IX, § 3, con riferimento alle leggi federali, e all'art. 1 sez. X, § 1, con riferimento alle leggi statali<sup>79</sup>. Considerata l'estrema laconicità della disposizione, è stata la giurisprudenza a do-

---

<sup>77</sup> “*The Clause protects only against the imposition of multiple criminal punishments for the same offence (...) Halper deviated from this Court’s longstanding double jeopardy doctrine in two key respects. First, it bypassed the traditional threshold question whether the legislature intended the particular successive punishment to be ‘civil’ or ‘criminal’ in nature, see, e.g., United States v. Ward (...), focusing instead on whether the sanction was so grossly disproportionate to the harm caused as to constitute ‘punishment’. The Court thereby elevated to dispositive status one of the factors listed in Kennedy v. Mendoza-Martinez (...) for determining whether a statute intended to be civil was so punitive as to transform it into a criminal penalty, even though Kennedy itself emphasized that no one factor should be considered controlling. Second, Halper ‘assessed the character of the actual sanctions imposed’, rather than, as Kennedy demanded, evaluating the ‘statute on its face’ to determine whether it provided for what amounted to a criminal sanction. Such deviations were ill considered. Halper’s test has proved unworkable, creating confusion by attempting to distinguish between ‘punitive’ and ‘nonpunitive’ penalties. Moreover, some of the ills at which it was directed are addressed by other constitutional provisions. Thus, this Court largely disavows Halper’s method of analysis and reaffirms the previous rule exemplified in Ward*”: *Hudson v. United States*, cit., p. 494 s.

<sup>78</sup> Per un’analisi degli orientamenti più recenti della giurisprudenza americana in materia di *ne bis in idem*, cfr. nella dottrina italiana i lavori di P. SALVEMINI, *Double jeopardy*, cit., e ID., *Riflessioni sulla legittimità costituzionale ed europea del doppio binario sanzionatorio a margine di Corte Cost. nn. 102 e 112 del 2016*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017, p. 19 ss., ove l’autore sottolinea come emergano dalla giurisprudenza della Corte suprema sentimenti contrastanti, in ragione da un lato della preoccupazione di non privare le autorità punitive di strumenti preziosi nella lotta contro la criminalità, e dall’altra di trovare criteri efficaci per evitare abusi del Governo nella previsione di sanzioni civili.

<sup>79</sup> Art. 1, sezione IX, § 3 Costituzione degli Stati Uniti: “*No Bill of Attainder or ex post facto Law shall be passed*”; Art. 1, sezione X, § 1: “*No State shall enter into any Treaty, Alliance, or Confederation; grant Letters of Marque and Reprisal; coin Money; emit Bills of Credit; make any Thing but gold and silver Coin a Tender in Payment of Debts; pass any Bill of Attainder ex post facto Law, or Law impairing the Obligation of Contracts, or grant any Title of Nobility*”.

verne definire l'ambito di applicazione. Fondamentale al riguardo la storica sentenza *Calder v. Bull*<sup>80</sup> che, oltre a fornire una spiegazione di cosa si debba intendere per "ex post facto law"<sup>81</sup>, delimita espressamente l'ambito di operatività della clausola alle sole leggi penali, pur senza motivare in modo chiaro sul punto<sup>82</sup>.

Se per oltre due secoli l'applicabilità del principio alle sole leggi penali è rimasta indiscussa in giurisprudenza, negli ultimi decenni, così come per le altre garanzie penalistiche previste nella Costituzione americana, sono state avanzate interpretazioni volte ad estendere almeno in astratto l'ambito di applicabilità del divieto di retroattività anche rispetto a misure formalmente di natura civilistica ma che, nella sostanza, presentino carattere punitivo<sup>83</sup>. Sul punto è fondamentale la pronuncia relativa al caso *Weaver v. Graham*, del 1981<sup>84</sup>, in cui la Corte espressamente afferma la possibilità che il divieto di leggi retroattive si applichi anche al di fuori della materia penale in senso formale.

La questione dell'irretroattività è stata poi al centro di un acceso dibattito in relazione alle cd. *Sex Offender Laws*<sup>85</sup> che sono proliferate a partire

<sup>80</sup> *Calder v. Bull*, 3 U.S. 386 (1798).

<sup>81</sup> In tale pronuncia in cui la Corte ha ritenuto che per *ex post facto law* debba intendersi: 1) ogni legge penale che attribuisca carattere di illecito penale ad azioni che erano penalmente indifferenti prima dell'emanazione della legge stessa; 2) ogni legge che aggravi la natura e la portata di un reato dopo che è stato commesso; 3) ogni legge che muti la pena prevista per un reato infliggendone una maggiore rispetto alla legge connessa al crimine stesso al tempo della commissione del fatto; 4) ogni legge che alteri i principi legali della prova e che per emettere una sentenza di condanna accetti una prova testimoniale meno rigorosa o diversa da quella richiesta dalla legge in vigore al momento del fatto. La Corte ha inoltre affermato che il divieto di *ex post facto laws* non riguarda le leggi che introducono un trattamento più favorevole: "But I do not consider any law *Ex Post Facto*, within the prohibition, that mollifies the rigor of the criminal law, but only those that create, or aggregate, the crime; or increase the punishment, or change the rules of evidence, for the purpose of conviction": *Calder v. Bull*, cit., p. 391.

<sup>82</sup> "The prohibition, in the letter, is not to pass any law concerning and after the fact; but the plain and obvious meaning and intention of the prohibition is this – that the Legislatures of the several states shall not pass laws, after a fact done by a subject, or citizen, which shall have relation to such fact, and shall punish him for having done it": *Calder v. Bull*, cit., p. 390.

<sup>83</sup> Sul punto è particolarmente interessante l'opinione del Giudice FELIX FRANKFURTER nella pronuncia *De Veau v. Braisted*, 363 U.S. 144 (1960): "The mark of an *ex post facto* law is the imposition of what can fairly be designated punishment for past acts. The question in each case where unpleasant consequences are brought to bear upon an individual for prior conduct, is whether the legislative aim was to punish that individual for past activity, or whether the restriction of the individual comes about as a relevant incident to a regulation of a present situation, such as the proper qualifications for a profession."

<sup>84</sup> *Weaver c. Graham*, 450 U.S. 24 (1981): "It is the effect, not the form, of the law that determines whether it is *ex post facto*. The critical question is whether the law changes the legal consequences of acts completed before its effective date".

<sup>85</sup> Per approfondimenti sul tema delle *Sex Offender Laws*, cfr. *ex multis* C. BAINS, *Next-Generation Sex Offender Statutes: Constitutional challenges to residency, work, and loitering*

dagli anni Novanta negli Stati Uniti (come in Europa) con la finalità di rendere più efficace il contrasto alla criminalità di natura sessuale. Si tratta come noto di misure eterogenee<sup>86</sup>, che vengono inflitte al reo dopo l'espiazione della pena principale, e di cui è prevista dalla legge l'applicabilità anche in relazione a fatti commessi prima della loro entrata in vigore. Naturalmente, considerata la connotazione fortemente afflittiva di tali misure, in diverse occasioni la Corte Suprema degli Stati Uniti, e ancor prima le corti inferiori, hanno dovuto affrontare la questione della legittimità costituzionale della loro applicazione in via retroattiva (questione, come lo si ricorderà, che ha in diverse occasioni impegnato anche la Corte EDU)<sup>87</sup>.

La pronuncia più rilevante sul tema è quella relativa al caso *Smith v. Doe* (2003)<sup>88</sup>. La Corte doveva valutare la legittimità costituzionale di una legge dell'Alaska entrata in vigore nel 1994<sup>89</sup>, che nei confronti dei *sex offenders* prevedeva, una volta scontata la pena, obblighi di registrazione e notifica alla comunità dei relativi nominativi; tale legge era stata applicata a due soggetti condannati per reati sessuali, che avevano finito di scontare la pena principale nel 1990. I destinatari delle misure avevano lamentato la violazione del principio di irretroattività; sia la *District Court* in primo grado che la *Court of Appeal* in secondo grado, applicando i criteri della sentenza *Mendoza-Martinez*, avevano accolto tale prospettazione, dichiarando incostituzionale la previsione legislativa, in considerazione della natura eminentemente punitiva e dunque *lato sensu* penale delle misure in questione. Investita della questione, la Corte Suprema federale, valutata la volontà legislativa di predisporre uno strumento di natura civilistica<sup>90</sup> e vagliata la misura alla luce dei sette criteri contenuti nella sentenza *Men-*

---

*restrictions*, in *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* (Summer 2007); L.G. FARLEY, *The Adam Walsh Act: The Scarlet Letter of the Twenty-First century*, in *Washburn Law Journal* (Winter 2008); G. WRIGHT, *Sex offender post-incarceration sanctions: are there any limits?*, in *New England Journal on Criminal and Civil Confinement* (Winter 2008); nella dottrina italiana, cfr. in particolare M. BOGGIANI, *All'origine delle nuove misure introdotte all'art. 609 nonies 3° comma cp: le sex offenders laws statunitensi*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 591 ss.

<sup>86</sup> Tra le misure previste dalle diverse *sex offender laws* si annoverano l'obbligo di registrazione in registri pubblici dei nominativi *sex offenders*, le c.d. *residency restrictions* e le c.d. *community notification laws* che prevedono l'obbligo di informare la cittadinanza del fatto che un soggetto condannato per i reati in questione risiede nella loro comunità.

<sup>87</sup> Cfr. *supra*, cap. 2 § 3.2.2.

<sup>88</sup> *Smith v. Doe*, 538 U.S. 84 (2003); prima di questa pronuncia la Corte Suprema si era già espressa in merito alla legittimità costituzionale di un'altra particolare tipologia di *Sex Offender Laws* del Kansas (che prevedeva il ricovero in istituti psichiatrici dei soggetti affetti da disturbi psichici e ritenuti a rischio di commettere reati sessuali), nel caso *Kansas v. Hendricks*, 521 U.S., 346 (1997), concludendo per la natura non penale della misura in applicazione dei criteri fissati in *Kennedy-Mendoza-Martinez*.

<sup>89</sup> Si fa riferimento all'*Alaska Sex Offender Registration Act*.

<sup>90</sup> "Nothing on the face of the statute suggests that the legislature sought to create anything other than a civil scheme designed to protect the public from harm": *Smith v. Doe*, cit., p. 85.

*doza-Martinez*, esclude che sia stata raggiunta la *clearest proof* della sua natura sostanzialmente penale<sup>91</sup> e, di conseguenza, ne ritiene legittima l'applicazione retroattiva<sup>92</sup>.

Meno univoco è, invece, il panorama della giurisprudenza delle Corti statali, che in riferimento alla legislazione statale non sono vincolate al precedente federale del 2003, ed in alcune occasioni hanno sancito l'illegittimità dell'applicazione retroattiva delle misure contenute in alcune *Sex Offender Laws*<sup>93</sup>.

### 3.4. *L'excessive fine clause (VIII Emendamento)*<sup>94</sup>

L'ottavo emendamento alla Costituzione prevede il divieto di imporre sanzioni pecuniarie (*finés*) eccessivamente onerose, oltre che il divieto di infliggere pene crudeli e inconsuete. Tale disposizione riguarda sia la natura della sanzione che i mezzi di esecuzione della stessa, e porta con sé il *principio di proporzionalità* della sanzione rispetto all'offesa arrecata dalla condotta illecita<sup>95</sup>.

Come in relazione alle altre garanzie costituzionali sopra analizzate, la Corte è tradizionalmente restia ad estenderne l'applicabilità oltre i limiti delle sanzioni formalmente penali.

Esemplare di tale orientamento restrittivo è in particolare la giurispru-

---

<sup>91</sup> "Respondents cannot show, much less by the clearest proof, that the Act's effects negate Alaska's intention to establish a civil regulatory scheme": *Smith v. Doe*, cit., p. 86.

<sup>92</sup> "The Alaska Sex Offender Registration Act (Act), 1994 Alaska Sess. Laws 41, contains two components: a registration requirement and a notification system. Both are retroactive": *Smith v. Doe*, cit., p. 90. Nella dottrina italiana, per una critica all'atteggiamento di eccessiva deferenza della Corte Suprema rispetto alle etichette legislative, con particolare riferimento proprio alle *Sex Offender Laws*, cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., pp. 17-18, nota 32.

<sup>93</sup> Cfr. in particolare il caso *Doe v. Department of Public Safety and Correctional Services*, 430 Md. 535 (2013) ed il recentissimo caso *Commonwealth of Pennsylvania v. Jose M. Muniz*, 164 A.3d 1189 (2017), in cui la Suprema Corte della Pennsylvania, con riferimento al *Sex Offender Registration and Notification Act* (SORNA) statale, applicando i criteri contenuti in *Mendoza-Martinez* e riconoscendo la natura sostanzialmente punitiva delle misure in questione, ha affermato che "retroactive application of SORNA's registration provisions violated the federal ex post facto clause, U.S. Const. art. I, § 10, and the ex post facto clause of the Pennsylvania Constitution, Pa. Const. art. I, § 17".

<sup>94</sup> L'VIII emendamento della Costituzione federale recita: "Excessive bail shall not be required, nor excessive fines imposed, nor cruel and unusual punishment inflicted".

<sup>95</sup> Le espressioni utilizzate nella norma, di per sé estremamente generiche, sono state meglio definite ad opera della giurisprudenza della Corte Suprema: nel caso *Coker v. Georgia*, 443 U.S. 584 (1977), ad esempio, la Corte ha stabilito che "punishment is 'excessive' and unconstitutional if it (1) makes no measurable contribution to acceptable goals of punishment and hence is nothing more than the purposeless and needless imposition of pain and suffering or (2) is grossly out of proportion to the severity of the crime".

denza relativa ai *punitive damages*<sup>96</sup>, cui la clausola in esame non è mai stata ritenuta applicabile. I casi più noti sono *Ingraham v. Wright* (1977), ove la Corte Suprema afferma che l'ambito di applicabilità delle garanzie contenute nell'VIII emendamento deve essere circoscritto alle sole sanzioni formalmente penali<sup>97</sup>; e *Browning-Ferris* (1989), dove la Corte non ha ritenuto riferibile ai danni punitivi la clausola dell'eccessiva onerosità, poiché essi sarebbero da considerare quali strumenti di natura strettamente privatistica<sup>98</sup>.

La Corte è apparsa, invece, meno scettica in ordine all'estensione della garanzia costituzionale in commento ad alcune ipotesi di *confisca* pur qualificate come civili dal legislatore.

La strada per un'estensione della garanzia ora in esame alle ipotesi di "*in rem forfeitures*" era stata aperta dalle giurisdizioni inferiori sul finire del secolo scorso. Se la maggior parte delle decisioni adottavano un criterio formalistico, limitandosi ad escludere la natura di sanzione penale della confisca civile<sup>99</sup>, una corte federale, richiamando espressamente i principi di diritto formulati dalla Corte Suprema nel caso *Halper* analizzato sopra, aveva invece applicato l'VIII emendamento ad un'ipotesi di confisca a carattere punitivo<sup>100</sup>.

---

<sup>96</sup> Per un inquadramento dell'istituto, cfr. per tutti nella dottrina italiana il fondamentale lavoro di G. PONZANELLI, *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 435 ss.

<sup>97</sup> *Ingraham v. Wright*, 430 U.S. 651 (1977).

<sup>98</sup> *Browning-Ferris Industries of Vermont, Inc. v. Kelco Disposal*, 492 U.S. 257 (1989), pp. 273-276, in cui la Corte afferma che "*the language of the Excessive Fines Clause and the nature of our constitutional framework make it clear that the Eighth Amendment places limits on the steps a government may take against an individual. The fact that punitive damages are imposed through the aegis of courts and serve to advance governmental interests in punishment and deterrence is insufficient to support applying the Excessive Fines Clause in a case between private parties. Here, the government of Vermont has not taken a positive step to punish, as it does in the criminal context, nor used the civil courts to extract large payments or forfeiture for the purpose of raising revenue or disabling some individual*": per un commento a tale decisione, cfr. nella dottrina italiana M.S. ROMANO, *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 174 ss., ove l'autore sottolinea come, proprio a seguito delle due pronunce appena menzionate, il problema della legittimità costituzionale dei *punitive damages* si sia spostato sul piano della loro conformità rispetto al XIV emendamento, in relazione all'eccessiva discrezionalità attribuita nei processi civili alla giuria nella determinazione del *quantum debeat*. Per un'analisi di tale giurisprudenza, cfr. nella dottrina italiana G. PONZANELLI, *Non c'è due senza tre: la Corte suprema Usa salva ancora i danni punitivi*, nota a *TXO Production Co. V. Alliances Resources*, 509 U.S. 443 (1993), in *Foro it.*, 1994, IV, c. 92 ss.; ID., *L'incostituzionalità dei danni punitivi "grossly excessive"*, nota a *BMW of North America, Inc v. Gore*, 517 U.S. 599 (1996), in *Foro it.*, 1996, IV, c. 421 ss.; ID., *Responsabilità da fumo: il "grande freddo" dei danni punitivi*, nota a *Engle v. Reynolds*, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 450 ss.; ID., *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 355 ss.

<sup>99</sup> Cfr. *ex aliis United States v. On Leong Chinese Merchants Ass'n Bldg.*, 918 F.2d 1289 (7th Cir. 1990), e *United States v. 508 Depot St.*, 964 F.2d 814 (8th Cir. 1992).

<sup>100</sup> *United States v. 38 Whalers Cove Dr.*, 954 F.2d 29 (2d. Cir. 1992).

Il contrasto viene risolto già l'anno successivo dalla Corte Suprema con la sentenza *Austin* (1993)<sup>101</sup>. Il sig. Austin era stato condannato in sede penale per traffico di stupefacenti; in seguito alla condanna, il governo aveva altresì promosso nei suoi confronti un procedimento civile per ottenere la confisca della sua casa e della sua attività. Sia in primo grado che in appello le Corti avevano accolto la tesi del Governo circa l'inapplicabilità alla confisca della garanzia dell'*excessive fine* in ragione della natura meramente civile della misura.

La Corte Suprema, con decisione unanime, afferma che *l'excessive fine clause* è applicabile nelle ipotesi di confisca, ma motiva la propria presa di posizione con cautela, sottolineando come tale conclusione non passi attraverso la qualificazione di tale misura come penale (questione su cui la Corte non prende espressamente posizione), posto che nel testo dell'VIII emendamento non vi è alcun riferimento alle misure penali. Sarebbe allora sufficiente, secondo la Corte, chiedersi non già, secondo lo schema del doppio filtro di *Mendoza-Martinez*, se la misura sia talmente punitiva da superare la qualificazione legislativa come non penale, ma più semplicemente se la stessa, oltre che ad una funzione riparatoria, assolva altresì ad una funzione punitiva<sup>102</sup>.

Con la pronuncia in esame, dunque, la Corte riconosce l'applicabilità dell'VIII emendamento ad una specifica ipotesi di confisca, ma non prende posizione in merito alla natura dell'istituto (civile o sostanzialmente penale). Tale prudenza trova verosimilmente spiegazione sulla base del fatto che il riconoscimento espresso della natura sostanzialmente penale delle sanzioni civili *in rem* sarebbe risultato contraddittorio rispetto al contrario orientamento adottato al riguardo dalla Corte in relazione all'applicabilità di altre garanzie della materia penale<sup>103</sup>.

---

<sup>101</sup> *United States v. Austin*, 509 U.S. 602 (1993). Per un commento a tale decisione, cfr. *ex multis* M. SACKETT, *The impact of Austin v. United States: extending constitutional protections to claimants in civil forfeiture proceedings*, in 24 *Golden Gate U.L. Rev.* 495, Spring 1994, e L. ALBIN, *Constitutional limitations of civil in rem forfeiture and the double jeopardy dilemma: civil in rem forfeiture constitutes punishment and is subject to excessive fines analysis*, in 26 *U. Balt. L. Rev.* 155, Fall 1996.

<sup>102</sup> "The determinative question is not, as the Government would have it, whether forfeiture under §§ 881(a)(4) and (a)(7) is civil or criminal. The Eighth Amendment's text is not expressly limited to criminal cases, and its history does not require such a limitation. Rather, the crucial question is whether the forfeiture is monetary punishment, with which the Excessive Fines Clause is particularly concerned. Because sanctions frequently serve more than one purpose, the fact that a forfeiture serves remedial goals will not exclude it from the Clause's purview, so long as it can only be explained as serving in part to punish. See *United States v. Halper*, 490 U.S. 435, 448, 104 L. Ed. 2d 487, 109 S. Ct. 1892. Thus, consideration must be given to whether, at the time the Eighth Amendment was ratified, forfeiture was understood at least in part as punishment and whether forfeiture under §§ 881(a)(4) and (a)(7) should be so understood today", *United States v. Austin*, cit., p. 606.

<sup>103</sup> Per questa osservazione cfr. in particolare M. CHEH, *Can Something This Easy, Quick,*

### 3.5. Spunti di riflessione

Dallo studio della giurisprudenza americana emergono alcune indicazioni interessanti rispetto alle questioni qui in esame.

Quanto alla natura unitaria o differenziata della nozione di materia penale, l'uso corrente della criteriologia proposta nella sentenza *Kennedy v. Mendoza-Martinez* anche rispetto a garanzie diverse da quella in relazione alla quale la stessa era stata elaborata (la *due process clause*), pare denotare la volontà della Corte di applicare la medesima nozione di sanzione penale in ordine a tutte le garanzie costituzionali. A conferma di tale assunto, quando la Corte ha ritenuto di estendere la garanzia dell'*excessive fine* ad alcune ipotesi di confisca, è stata attenta nel precisare che ciò non derivava da una qualificazione in termini penalistici della misura, che proprio in ragione dell'adozione di una nozione unitaria di materia penale avrebbe altrimenti comportato la necessità di riconoscere a tale misura anche altre garanzie della materia penale (*in primis* la *double jeopardy clause*), che invece le vengono tradizionalmente precluse.

L'esempio della confisca e del riconoscimento dell'*excessive fine clause* è peraltro uno dei rarissimi casi in cui la Corte Suprema abbia ritenuto applicabile una garanzia penalistica ad una misura formalmente non penale. Benché, infatti, il criterio della qualificazione legislativa non sia in astratto ritenuto vincolante dalla Corte, in concreto il "doppio test", che una misura civilistica deve superare per essere ritenuta sostanzialmente penale, è talmente rigoroso, da condurre quasi invariabilmente a confermare le scelte legislative. Nonostante, dunque, la Corte, già a partire dagli anni Trenta del secolo scorso (con la sentenza *Mitchell*), abbia in astratto affermato l'applicabilità delle garanzie penalistiche a tutte le misure afflittive a forte connotazione punitiva, a tale affermazione di principio non è seguito un significativo ampliamento delle garanzie costituzionali della materia penale oltre i confini del diritto penale in senso stretto.

## 4. La nozione di materia penale nella giurisprudenza della Corte costituzionale spagnola

### 4.1. Le garanzie sostanziali di cui all'art. 25 della Costituzione spagnola

La Costituzione spagnola del 1978 presenta, riguardo al tema qui allo studio, una caratteristica peculiare rispetto a tutti gli altri testi normativi con cui ci siamo sinora confrontati. La disposizione costituzionale (art. 25

---

and Profitable Also Be Fair? Runaway Civil Forfeiture Stumbles on the Constitution, New York Law School Review 39, 1994, p. 1 ss.

co. 1) che consacra il principio di legalità – ed alla quale poi, come vedremo, la Corte costituzionale spagnola riconduce tutte le garanzie sostanziali della materia penale – ne estende espressamente l'applicabilità, oltre che agli illeciti formalmente penali, anche agli illeciti qualificati come amministrativi dal legislatore<sup>104</sup>. Il problema della possibilità di applicare il principio di legalità alle misure punitive formalmente non penali, che tanti interrogativi solleva negli ordinamenti sinora analizzati, viene dunque esplicitamente risolto dalla norma costituzionale, che estende il proprio ambito di efficacia oltre la materia penale in senso stretto, ricomprendendovi anche l'illecito amministrativo.

Vi sono tuttavia almeno due aspetti che meritano di essere approfonditi. In primo luogo sarà utile verificare, in relazione alle diverse garanzie che la giurisprudenza riconduce alla norma costituzionale, se esse vengano interpretate allo stesso modo riguardo agli illeciti penali ed amministrativi, o se invece, almeno in relazione ad alcune di esse, la giurisprudenza ne fornisca un'applicazione meno rigorosa in ambito amministrativo. Inoltre, bisognerà verificare se tali garanzie vengano reputate applicabili anche a misure punitive non riconducibili alla figura generale dell'illecito amministrativo (cd. *sanciones encubiertas*).

#### 4.1.1. *Le garanzie della legalidad sancionadora*

L'art. 25 co. 1 consacra il principio fondamentale della *legalidad sancionadora* e dispone che nessuno possa essere condannato o sanzionato per azioni o omissioni che non costituivano un reato o un illecito amministrativo secondo la legge in vigore al momento in cui sono state poste in essere. A livello testuale, l'illecito penale è dunque equiparato all'illecito amministrativo<sup>105</sup>, e non vi è alcun elemento da cui desumere la possibili-

---

<sup>104</sup> L'art. 25 co. 1 della costituzione spagnola, rubricato *Principio de legalidad penal*, recita: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento".

<sup>105</sup> A livello pretorio, la giurisprudenza costante del *Tribunal Constitucional* (TC) ha poi riconosciuto una "identidad sustantiva" tra le sanzioni amministrative e le pene in senso stretto: cfr. *ex multis* TC n. 106/1994 (11.4.1994) e TC n. 231/1998 (1.12.1998). In dottrina, tale assunto ha trovato ampio riscontro: tra i fautori di una teoria unitaria dell'illecito punitivo, cfr. *ex multis*, nella dottrina amministrativistica, E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T.R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho administrativo*, 10° ed., Civitas, 2000, p. 168; F. CASTILLO BLANCO, *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Madrid, 1992, p. 41 ss.; J. GARBERÌ LLOBREGAT, *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, 1989, p. 68 ss.; J. SUAY RINCÓN, *Concepto de sanción administrativa*, in *Diccionario de sanciones administrativas*, 2010 p. 171 ss.; nella dottrina penalistica cfr. invece J. CEREZO MIR, *Limites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, in *ADPCP*, 1975, p. 166 ss.; C. MARTÍNEZ PÉREZ, *La inflación del Derecho penal y el Derecho administrativo*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, VI, 1983, p. 205 ss.; D. SILVA FORNÉ, *Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho administra-*

tà di un'interpretazione attenuata di tale principio in ambito amministrativo<sup>106</sup>.

Analizzando più da vicino la norma, vi troviamo innanzitutto contenuto il *principio di irretroattività*, che peraltro l'art. 9 co. 3 riconosce a tutte le "*disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales*"<sup>107</sup>; la garanzia costituzionale dell'irretroattività copre dunque l'intera materia punitiva, anche se la garanzia riconosciuta dall'art. 25 all'illecito penale ed amministrativo ha uno statuto costituzionale più forte rispetto a quella di carattere generale prevista dall'art. 9, posto che ai sensi dell'art. 53 solo la prima consente l'esercizio del *recurso de amparo*<sup>108</sup>. È, invece, dibattuta in giurisprudenza come in dottrina la quotazione costituzionale del principio di retroattività della norma sanzionatoria favorevole<sup>109</sup>.

La norma enuncia poi il principio del *nullum crimen*, che secondo la

---

*tivo sancionador*, in *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, 2002, p. 180 ss.; M. BAJO FERNÁNDEZ, *Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal*, in *InDret*, 3/2008, p. 1 ss.

<sup>106</sup> In dottrina, sostengono invece la possibilità di un'applicazione differenziata delle garanzie, muovendo da una critica alla tesi dominante dell'identità sostanziale tra illecito penale ed amministrativo, *ex aliis* A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, 2007, p. 195 ("*La distinción entre las penas y las sanciones administrativas se ha dado por imposible y se ha preferido hacerla superflua a través de la aplicación de los principios del Derecho penal al administrativo sancionador, considerando que de esa forma (es decir, sometiendo ambas potestades a los mismos principios) ya no es necesario efectuar la distinción, cuando en realidad ya hemos visto que la aplicación de esos principios y garantías a las sanciones administrativas siempre es parcial y no sirve para equipararlas a las sanciones penales y para convertir en intercambiables las dos potestades sancionadoras*") e L. ALARCÓN SOTOMAYOR, *Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador*, in *Revista de Administración Pública*, 2014, n. 195, p. 135 ss.

<sup>107</sup> Art. 9 co. 3 Costituzione spagnola: "*La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*".

<sup>108</sup> Art. 52 co. 2 Costituzione spagnola: "*Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección 1.ª del Capítulo Segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30*".

<sup>109</sup> La giurisprudenza, pur riconoscendo che il principio di retroattività della legge sanzionatoria favorevole sia implicitamente ricavabile dall'art. 9 co. 3, nega, invece, che lo stesso trovi copertura costituzionale nell'art. 25, con le già ricordate conseguenze in termini di ammissibilità del *recurso en amparo*: cfr. *ex multis* TC 99/2000 (10.4.2000) e TC 85/2006 (27.3.2006). In dottrina, per la riconducibilità del principio all'art. 25, in quanto costituirebbe una forma di garanzia della libertà individuale, cfr. ad esempio S. HUERTA TOCILDO, *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, in *Actas de la V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, 2000, p. 34 s.; per la tesi (prevalente) che invece riconduce il principio alla logica dell'uguaglianza, cfr. per tutti A. NIETRO GARCÍA, *Derecho Administrativo Sancionador*, 2005, p. 244 ss.

giurisprudenza costante della Corte costituzionale va inteso in due distinte accezioni, una *formale* e una *materiale* <sup>110</sup>.

In relazione all'accezione formale del principio di legalità, da intendere nel suo significato di *riserva di legge*, la Corte è esplicita nel delinearne un contenuto più temperato (riserva *relativa* di legge) in ambito amministrativo, ove entro certi limiti viene ritenuto legittimo il rinvio a fonti di rango inferiore alla legge; ed un contenuto più forte (riserva *assoluta* di legge) rispetto alla materia penale in senso formale <sup>111</sup>.

Nella sua dimensione materiale (*principio de tipicidad*), che riflette i *principi di tassatività e determinatezza* <sup>112</sup>, il principio viene invece tradizionalmente interpretato in modo uniforme in relazione agli illeciti penali ed amministrativi <sup>113</sup>.

Il principio della *legalidad sancionadora* ricomprende poi, secondo il tradizionale orientamento costituzionale, anche il *principio di colpevolezza*

<sup>110</sup> Cfr. TC n. 13/2013 (28.1.2013), e TC n. 219/1989 (21.12.1989).

<sup>111</sup> Cfr. *ex multis* TC n. 13/2013, cit., in cui la Corte afferma che la garanzia formale del principio di *legalidad sancionadora* “tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito sancionador administrativo, toda vez que no cabe excluir la colaboración reglamentaria en la propia tarea de tipificación de las infracciones y atribución de las correspondientes sanciones, aunque sí hay que excluir el que tales remisiones hagan posible una regulación independiente e no claramente subordinada a la Ley”, e TC n. 26/2005 (14.2.2005) (“A este respecto es preciso reiterar que en el contexto de las infracciones y sanciones administrativas el alcance de la reserva de Ley no puede ser tan riguroso como lo es por referencia a los tipos y sanciones penales en sentido estricto, y ello tanto ‘por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de las potestades públicas’ como ‘por el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria en ciertas materias, bien, por último, por exigencias de prudencia o de oportunidad’). La riserva relativa di legge, comunque, implica che dalla fonte primaria vengano definiti tutti gli elementi essenziali della condotta antigiuridica: cfr. sul punto TC 242/2005 (10.10.2005), ove la Corte afferma che “la garantía formal implica que la Ley debe contener la determinación de los elementos esenciales de la conducta antijurídica y al reglamento solo puede corresponder, en su caso, el desarrollo y precisión de los tipos de infracciones previamente establecidos por la Ley”. In dottrina, per approfondimenti in ordine alla portata del principio costituzionale di riserva di legge con specifico riferimento alle sanzioni amministrative, cfr. per tutti R. PÉREZ NIETO-M.J. BAEZA DÍAZ PORTALES, *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, Vol I, 2008, p. 49 ss.; per approfondimenti circa il contenuto della riserva di legge in materia penale, cfr. *ex multis* R. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, Valencia, 2004; A. RUIZ ROBLEDO, *El Derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Valencia, 2003; S. MIR PUIG, *Bases constitucionales del derecho penal*, 2011, p. 71 ss.

<sup>112</sup> Con riferimento al contenuto di tale principio in ambito penale, cfr. *ex multis* TC 25/2004 (26.2.2004); TC 218/2005 (12.9.2005); TC 242/2005 (10.10.2005).

<sup>113</sup> Con riferimento all'estensione del *principio de legalidad sancionadora* nella sua dimensione materiale agli illeciti amministrativi, cfr. negli ultimi anni TC n. 175/2012 (15.10.2012); TC n. 113/2008 (29.9.2008); TC n. 77/2006 (13.3.2006); con specifico riferimento al divieto di analogia in *malam partem* in ambito amministrativo, cfr. TC n. 229/2007 (5.11.2007) e TC n. 11/2004 (12.7.2004). Per contrasto con il principio di tassatività in ambito amministrativo, la Corte ha, per esempio, dichiarato l'incostituzionalità dell'art. 29.1 del decreto 522/1974 in materia di espulsione di stranieri dal territorio nazionale [TC n. 116/1993 (29.3.1993)].

za, anch'esso interpretato dalla giurisprudenza nella medesima accezione in entrambi i settori del diritto punitivo<sup>114</sup>.

Infine, all'art. 25 co. 1 viene tradizionalmente ricondotto anche il principio del *ne bis in idem*<sup>115</sup>, che la giurisprudenza ritiene applicabile anche quando ad un primo procedimento penale segua per il medesimo fatto un procedimento di natura amministrativa, o viceversa<sup>116</sup>.

#### 4.1.2. *Le sanciones encubiertas*

Se dunque in relazione all'illecito amministrativo è lo stesso disposto letterale dell'art. 25 a prevedere l'applicabilità del principio di legalità (e di tutte le garanzie sostanziali che a tale principio riconduce la giurisprudenza), problematica risulta invece l'applicabilità di tali garanzie a *medidas a finalidad punitiva*, che non siano tuttavia riconducibili alla figura dell'illecito amministrativo (le cd. *sanciones encubiertas*)<sup>117</sup>.

Un settore nel quale la Corte ha esteso le garanzie della *legalidad sancionadora* (in tutte le sue declinazioni) a misure formalmente non qualificate né come penali né come amministrative è innanzitutto quello tributario. In più occasioni, infatti, la giurisprudenza ha avuto modo di sottolineare la natura eminentemente punitiva di varie ipotesi di *recargos tributarios*, riconducendole all'ambito di applicabilità dell'art. 25<sup>118</sup>. Alle mede-

---

<sup>114</sup> Per il pacifico riconoscimento del carattere generale del principio di colpevolezza e della sua operatività anche in relazione all'illecito amministrativo, cfr. *ex multis* TC 76/1990 (26.4.1990). In dottrina, sulla portata costituzionale del principio di colpevolezza in ambito amministrativo, cfr. per tutti A. DE PALMA DEL TESO, *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, 1996; per alcune perplessità rispetto all'estensione del principio di colpevolezza penale al *derecho administrativo sancionador*, cfr. in particolare A. NIETO GARCIA, *Derecho administrativo sancionador*, IV ed., 2005, p. 28 ss., che sostiene la necessità di elaborare una autonoma teoria della colpevolezza in tale materia.

<sup>115</sup> Cfr. *ex multis* TC 177/1999 (11.10.1999); TC 48/2007 (12.3.2007); TC 334/2005 (20.12.2005). In dottrina, su tale principio cfr. in particolare J. LOPEZ BARJA DE QUIROGA, *El principio non bis in idem*, 2004, e J. MESEGUER YEBRA, *El principio non bis in idem en el procedimiento sancionador*, 2000.

<sup>116</sup> Circa la portata materiale e processuale del principio del *ne bis in idem* e la sua operatività anche in relazione ai rapporti tra procedimenti penali e amministrativi, cfr. *ex multis* TC 188/2005 (7.5.2005) e TC 48/2007 (12.3.2007).

<sup>117</sup> Sui criteri generali per l'individuazione delle misure sostanzialmente punitive, cfr. J. SANTAMARIA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 2004, p. 381, che le definisce come misure afflittive con finalità repressiva e non meramente restitutoria; J. BERMEO VERA, *Derecho Administrativo. Parte Especial*, V ed., 2001, p. 85; M. SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho Administrativo. Parte general*, 2005, p. 652: "*Lo característico de las sanciones administrativas, como de las penales, es su naturaleza represiva de conductas ilícitas y no meramente reparadora o de ejecución*". Per una rassegna delle diverse figure "di confine" con l'illecito amministrativo, cfr. per tutti A. HUERGO LORA, *Las sanciones administrativas*, cit., p. 249 ss., e A. RUIZ ROBLEDO, *El ámbito del derecho punitivo: el concepto constitucional de sanción*, in *Rev. Facultad de Derecho Univ. Gr.*, 1999, 2, p. 115 ss.

<sup>118</sup> Cfr. TC 164/1995 (13.11.1995) e TC 276/2000 (16.11.2000).

sime conclusioni la Corte è poi pervenuta in relazione alla misura dell'*espulsione dello straniero irregolare*<sup>119</sup>.

È stata invece esclusa da parte della Corte la natura sanzionatoria di numerose altre figure di misure afflittive, tra cui ad esempio: l'*ordine di demolizione* in materia urbanistica, del quale è stata posta in luce la funzione precipuamente ripristinatoria<sup>120</sup>; l'imposizione di *interessi di mora* in pagamenti dovuti alla *Seguridad Social*, misura ritenuta anch'essa di natura indennizzatoria e riparatoria<sup>121</sup>; la *misura disciplinare* del trasferimento di un pubblico funzionario<sup>122</sup>.

#### 4.2. *Le garanzie procedurali di cui all'art. 24 della Costituzione spagnola*

L'art. 24 della Costituzione spagnola<sup>123</sup> riconosce una serie di garanzie penalistiche di natura procedimentale. A differenza dell'art. 25, la norma ora in esame non contiene un esplicito riferimento alla materia dell'illecito amministrativo, ma sin dai primi anni successivi all'entrata in vigore della Costituzione democratica la Corte costituzionale ha ritenuto anche tali garanzie procedurali applicabili al sistema dell'illecito amministrativo, in ragione della sostanziale unità dell'ordinamento punitivo<sup>124</sup>.

La Corte, tuttavia, ha precisato che la ritenuta applicabilità dell'art. 24 al procedimento sanzionatorio amministrativo non comporta un'applicazione letterale ed automatica di tutte le garanzie ivi previste. È compito dell'interprete verificare quali tra le garanzie previste dalla norma siano strutturalmente incompatibili con ogni procedura diversa dal processo penale, e dunque non possano essere applicate al procedimento di inflizione di una sanzione amministrativa; e quali invece per la loro portata generale siano

<sup>119</sup> Cfr. TC 116/1993 (29.3.1993) e TC 24/2000 (31.1.2000).

<sup>120</sup> Cfr. TC 214/2000 (21.9.2000).

<sup>121</sup> Cfr. TC 121/2010 (29.11.2010), ove la Corte ammonisce circa l'inopportunità di estendere indebitamente il concetto di sanzione a misure che non sono espressione dello *jus puniendi* da parte dello Stato.

<sup>122</sup> Cfr. TC 323/1996 (11.11.1996).

<sup>123</sup> Art. 24 CE: "1. *Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.* 2. *Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia. La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.*"

<sup>124</sup> Il *leading case* è TC 18/1981 (8.6.1981).

da rispettare anche in sede amministrativa, sia pur in forma meno rigorosa che in sede penale<sup>125</sup>. L'idea di fondo è che l'applicazione delle garanzie procedurali della materia penale al processo amministrativo sanzionatorio debba essere valutata alla luce della *ratio* della specifica garanzia che si va ad applicare, e possa venire disposta con gli eventuali adattamenti richiesti dalle peculiarità strutturali del processo amministrativo<sup>126</sup>.

Tra le garanzie di cui al primo comma della norma costituzionale, la giurisprudenza ha escluso che si possa estendere al diritto amministrativo sanzionatorio e al relativo procedimento il principio del *doppio grado di giurisdizione*<sup>127</sup>. È stato, invece, ritenuto applicabile al procedimento amministrativo il diritto ad ottenere un *provvedimento* decisorio adeguatamente *motivato*: è stato infatti riconosciuto come tale garanzia si estenda non solo alle sentenze del giudice penale, ma anche agli atti amministrativi sanzionatori di provenienza non giurisdizionale, qualora gli stessi incidano in maniera significativa sui diritti fondamentali del destinatario<sup>128</sup>. Naturalmente il contenuto di tale garanzia in ambito amministrativo non ha la medesima portata che in materia penale, ove esso assume una connotazione assai più rigorosa<sup>129</sup>.

Il secondo comma dell'art. 24 individua le garanzie peculiari del *volet pénal* del giusto processo, e più in particolare prevede il diritto ad essere

---

<sup>125</sup> Cfr. *ex multis* TC 22/1990 (22.2.1990): “no es ocioso traer a colación la cautela con la que conviene operar cuando se trata de trasladar garantías constitucionales extraídas del orden penal al derecho administrativo sancionador; esta delicada operación no puede hacerse de forma automática, porque la aplicación de dichas garantías al procedimiento administrativo sólo es posible en la medida en que resulten compatibles con su naturaleza”.

<sup>126</sup> Secondo la sentenza del 1981 l'estensione delle garanzie procedurali deve avvenire “*dadas las diferencias apuntadas, sino con el alcance que requiere la finalidad que justifica la previsión constitucional*”. Per un commento del *leading case* e per una rassegna delle principali pronunce della Corte in argomento, cfr. di recente F. DÍAZ FRAILE, *Derecho administrativo sancionador, Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2016, p. 146 ss.

<sup>127</sup> Cfr. *ex multis* TC 89/1995 (6.6.1995).

<sup>128</sup> Cfr. TC n. 62/2010 (9.6.2010) e TC 140/2009 (15.6.2009), relativa quest'ultima al procedimento di applicazione della misura dell'espulsione e della proibizione al reingresso nel territorio spagnolo dello straniero irregolare, ove la Corte ha affermato che l'atto amministrativo aveva vulnerato il diritto alla tutela giudiziale effettiva del ricorrente per non aver adeguatamente motivato le ragioni a supporto della scelta dell'espulsione in luogo dell'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

<sup>129</sup> Cfr. TC 7/1998 (7.1.1998): “*Esta exigencia de motivación de las sanciones administrativas, en cuanto relacionada con los principios del Estado de Derecho, constituye una medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del art. 24 CE y las propias garantías que este precepto proyecta sobre los procedimientos administrativos sancionadores. Con todo, debe tenerse en cuenta que no es posible trasladar, sin más, a esta sede la doctrina constitucional acerca de la motivación de las sentencias judiciales, sino que, al igual que con relación a los restantes principios del art. 24 CE, debe hacerse “una traslación con matices”*”.

giudicati da un giudice ordinario predeterminato dalla legge; il diritto alla difesa ed il diritto all'assistenza di un difensore; il diritto ad essere informato del contenuto dell'accusa mossa a proprio carico; il diritto ad un processo pubblico senza dilazioni indebite e con tutte le garanzie; il privilegio contro l'autoincriminazione; e la garanzia della presunzione di innocenza.

La Corte ha anzitutto escluso l'estensione al *derecho administrativo sancionador* del diritto ad un giudice ordinario predeterminato per legge e a un processo con tutte le garanzie<sup>130</sup>, che presuppone la necessità di garantire l'assoluta indipendenza e imparzialità dei tribunali: ciò in ragione dell'ontologica incompatibilità di tali principi rispetto al procedimento amministrativo<sup>131</sup>. Non si estendono al procedimento amministrativo sanzionatorio neppure le garanzie tipicamente penalistiche della *publicidad*<sup>132</sup> e della *celeridad* del processo<sup>133</sup>.

Si estendono, invece, al procedimento amministrativo sanzionatorio il diritto alla difesa e il diritto all'assistenza di un legale, pur con significativi adattamenti. In particolare, la giurisprudenza costituzionale ha affermato che in ambito amministrativo tali garanzie debbano ritenersi soddisfatte qualora la sanzione sia stata applicata a seguito di un procedimento che si sia svolto nel rispetto del diritto al contraddittorio tra le parti e ove sia stata data al trasgressore la possibilità di essere sentito e di disporre dei mezzi di prova inerenti alla sua difesa, escludendo, tuttavia, la rilevanza costituzionale in tale ambito del diritto all'assistenza di un legale<sup>134</sup>. Il di-

---

<sup>130</sup> Sul contenuto di tale diritto, cfr. *ex multis* TC 164/2008 (15.12.2008); TC 156/2007 (2.7.2007); TC 70/2007 (16.4.2007).

<sup>131</sup> Cfr. TC 22/1990, cit. (*En distintas ocasiones el tribunal Constitucional ha sostenido que no puede pretenderse que el Instructor en un procedimiento administrativo sancionador, y menos aún el órgano llamado a resolver el expediente, goce de las mismas garantías que los órganos judiciales; porque en este tipo de procedimientos el instructor es también acusador*) e TC 74/2004 (22.4.2004) (*“El derecho al juez ordinario predeterminado por la Ley y a un proceso con todas las garantías – entre ellas, la independencia y la imparcialidad del juzgador – es una garantía característica del proceso judicial”*).

<sup>132</sup> Cfr. TC 2/1987 (21.1.1987), relativa al procedimento di inflizione di sanzioni disciplinari in ambito penitenziario: *“No tienen consistencia las alegaciones del recurrente sobre el carácter público del proceso porque, como se viene afirmando, no es aplicable en su integridad el art. 24.2 de la Constitución a los procedimientos administrativos disciplinarios, y no puede decirse que para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base del artículo 24 los procedimientos disciplinarios tengan que ser públicos. Además, incluso para las actuaciones judiciales la regla del carácter público del proceso puede sufrir excepciones. Estas razones pueden también justificar, en el caso del régimen penitenciario, el carácter no abierto al público de las secciones de audiencia en el procedimiento disciplinario.*

<sup>133</sup> Cfr. TC 26/1994 (27.1.1994): *“Respecto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, este Tribunal ya manifestó que es solo atribuible a los procedimientos judiciales y no a los administrativos”*.

<sup>134</sup> Il riferimento è in particolare a TC 23/1995 (30.1.1995): *“La garantía de asistencia le-*

ritto alla difesa tecnica è stato invece riconosciuto in ordine al procedimento relativo all'irrogazione di sanzioni disciplinari in ambito penitenziario<sup>135</sup>; la giurisprudenza ha tuttavia precisato che tale diritto si configura in modo meno stringente che nei procedimenti penali, e non comprende ad esempio il diritto alla nomina di un difensore d'ufficio<sup>136</sup>, ovvero all'assistenza giuridica gratuita per i non abbienti<sup>137</sup>.

Con riferimento al *diritto ad essere informato dell'accusa* mossa a proprio carico, la Corte ne ha affermato l'applicabilità anche al procedimento sanzionatorio amministrativo, precisando pure in questo caso come il diritto debba tuttavia essere declinato tenendo in considerazione le peculiarità di tale procedimento<sup>138</sup>.

Quanto infine al principio della *presunzione di innocenza*, la giurisprudenza ne afferma la natura di principio fondamentale dell'intero sistema sanzionatorio, e ne estende quindi l'applicabilità al procedimento sanzionatorio amministrativo<sup>139</sup>. Tale principio impone all'amministrazione che esercita la potestà sanzionatoria di provare in modo esauriente la commissione dell'illecito, nonché l'identità del soggetto che l'ha commesso<sup>140</sup>; la Corte ha poi ritenuto che la presunzione di innocenza non sia incompatibile con il principio dell'immediata esecutività delle determinazioni assunte dall'autorità amministrativa nell'esercizio del proprio potere sanzionatorio<sup>141</sup>.

La garanzia in esame deve comunque essere interpretata alla luce della

---

*trada, como garantía constitucional conectada al derecho de defensa, no despliega su eficacia sobre los procedimientos administrativos. Las exigencias constitucionales derivadas del art. 24.2 CE se cumplen – cuando la sanción es impuesta después de un procedimiento en el que se ofrece audiencia al administrado y se le permite hacer uso de medios de prueba y contradicción en la defensa de sus derechos e intereses”.*

<sup>135</sup> Cfr. *ex multis* TC 5/2008 (21.1.2008).

<sup>136</sup> Cfr. TC 42/2008 (10.3.2008).

<sup>137</sup> Cfr. TC 128/1996 (9.7.1996).

<sup>138</sup> Cfr. STC 117/2002 (20.5.2002), ove si precisa che *“la traslación de estos criterios al ámbito de la potestad sancionadora de las Administraciones públicas ha de efectuarse teniendo en todo momento presentes las diferencias estructurales del procedimiento establecido para su ejercicio, que no conoce una diferenciación orgánica tajante entre acusación, instrucción y decisión ni una nítida frontera entre un período de preparación o instrucción y otro de enjuiciamiento”*. Per approfondimenti sulla portata di tale garanzia in ambito amministrativo, cfr. per tutti R. PÉREZ NIETO-M.J. BAEZA DÍAZ PORTALES, *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, vol. I, 2008, p. 194 ss.

<sup>139</sup> Cfr. TC 169/1998 (21.7.1998): *“según tiene reiteradamente afirmando este Tribunal, la presunción de inocencia rige sin excepciones en el ordenamiento sancionador y ha de ser respetada en la imposición de cualesquiera sanciones, sean penales, sean administrativas”*. Per maggiori approfondimenti, cfr. ancora R. PÉREZ NIETO-M.J. BAEZA DÍAZ PORTALES, *Principios*, cit., p. 209 ss.

<sup>140</sup> Cfr. TC 9/2006 (16.1.2006).

<sup>141</sup> Cfr. tra le prime TC 66/1984 (6.6.1984).

peculiare struttura del procedimento amministrativo. Se, ad esempio, il giudice penale può fondare la propria decisione solo sulle prove legittimamente acquisite nel corso del procedimento in forma orale e nel contraddittorio tra le parti, innanzi al medesimo giudice che pronuncerà la sentenza al termine dell'istruzione probatoria, la diversa conformazione del procedimento amministrativo ha condotto la giurisprudenza a considerare valide, alla stregua della garanzia costituzionale in commento, prove a carico come i verbali degli agenti di pubblica sicurezza o i rapporti di ispezione, che certamente in sede penale non potrebbero fondare una decisione di condanna<sup>142</sup>.

### 4.3. Spunti di riflessione

Due sono in particolare gli elementi di interesse di quest'ultima ricognizione ai fini della nostra indagine.

In primo luogo ci pare importante notare come la giurisprudenza relativa alle garanzie sostanziali mostri che, anche in un contesto normativo ove è la stessa norma costituzionale ad equiparare ai fini dell'applicazione di tali garanzie l'illecito penale e quello amministrativo, la Corte abbia comunque ritenuto possibile modulare in modo diverso almeno una di tali garanzie (la riserva di legge) a seconda del tipo di illecito che viene in considerazione.

Quanto poi alle garanzie procedurali della materia penale, la Corte ne ha sì esteso l'applicabilità anche al procedimento sanzionatorio amministrativo, ma ha al contempo precisato come nel valutare tale estensione sia comunque necessario tenere in considerazione le peculiarità strutturali di quest'ultimo. A seconda della *ratio* e del contenuto della singola garanzia, sarà compito dell'interprete valutare se essa debba considerarsi propria del solo procedimento penale in senso stretto, o se invece, con le opportune modulazioni, essa possa ritenersi applicabile anche in sede amministrativa.

---

<sup>142</sup> Cfr. TC 341/1993 (18.11.1993); sulla presunzione d'innocenza in ambito amministrativo, cfr. per tutti R. PÉREZ NIETO-M.J. BAEZA DÍAZ PORTALES, *Principios*, cit., p. 213 ss.

## CAPITOLO IV

# L'AMBITO DI APPLICABILITÀ DELLE GARANZIE COSTITUZIONALI DELLA MATERIA PENALE NELLA DOTTRINA ITALIANA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La dottrina pre-codicistica: i caratteri differenziali tra illecito penale ed illecito amministrativo. – 3. La dottrina del dopoguerra: la nozione formale e la nozione costituzionale di illecito penale. – 4. La dottrina degli anni Settanta ed Ottanta: la nozione sostanziale di reato nel contesto della depenalizzazione. – 5. Il dibattito sull'ambito di applicabilità delle garanzie costituzionali della materia penale nei lavori meno recenti. – 5.1. Il *seminal article* di Nuvolone (1968). – 5.2. Gli autori favorevoli all'estensione delle garanzie penalistiche all'illecito amministrativo depenalizzato. – 5.2.1. La tesi di Siniscalco (1983). – 5.2.2. La tesi di M.A. Sandulli (1983). – 5.2.3. Cenni ad altri autori. – 5.3. Gli autori contrari all'estensione delle garanzie penalistiche all'illecito amministrativo depenalizzato. – 5.3.1. Alcuni interventi a cavallo della depenalizzazione. – 5.3.2. Il lavoro di Paliero e Travi (1988). – 5.3.3. I contributi degli anni Novanta. – 5.4. Le garanzie penalistiche e la loro applicabilità ad altre misure afflittive diverse dalla sanzione amministrativa. – 5.4.1. Le misure di prevenzione. – 5.4.2. Le sanzioni disciplinari. – 5.4.3. Le diverse ipotesi di confisca: cenni. – 6. Le garanzie costituzionali della materia penale nella dottrina più recente. – 6.1. Le tesi contrarie o perplesse rispetto all'estensione. – 6.2. Le tesi favorevoli all'estensione. – 6.2.1. La tesi dei “cerchi concentrici” di Viganò. – 6.2.2. I “cerchi concentrici” nella ricostruzione di Manes. – 6.2.3. La tesi di F. Mazzacava e la nozione di materia penale “a geometria variabile”.

### 1. Premessa

Conclusa l'analisi delle soluzioni adottate dalla Corte EDU e dalle Corti Supreme di alcuni importanti ordinamenti stranieri rispetto al problema dell'ambito di applicabilità delle garanzie sostanziali e processuali della materia penale, è ora tempo di analizzare le risposte che ai problemi sollevati in conclusione del primo capitolo sono state fornite dalla dottrina (penalistica, ma anche amministrativistica e costituzionalistica).

All'interno dell'enorme mole di lavori che sotto vari profili affrontano il tema della definizione di materia penale, il filo conduttore che ci permetterà di non distogliere l'attenzione dall'oggetto della ricerca deve essere ben definito, anche in negativo: non ci occuperemo nello specifico di quali sia-

no secondo la dottrina i tratti distintivi dell'illecito penale rispetto ad altre forme di reazione afflittiva dell'ordinamento (*in primis* all'illecito amministrativo)<sup>1</sup>, ma ci limiteremo a studiare i contributi più significativi riguardo allo *specifico problema* della *nozione di materia penale* da adottare al fine dell'applicazione delle diverse *garanzie costituzionali* ad essa riservate.

Per chiarire meglio il senso di questa limitazione della ricerca, è necessario svolgere una premessa di importanza decisiva nell'argomentazione che si propone. Se l'obiettivo della nostra indagine fosse necessariamente l'individuazione di una *nozione unitaria* di materia penale, valida in ogni contesto ove il problema possa porsi, e dunque anche nella prospettiva costituzionale che caratterizza questo lavoro, sarebbe necessario indagare a fondo quali siano, secondo la dottrina, le caratteristiche strutturali, teleologiche ed afflittive peculiari della sanzione penale, e prendere posizione in ordine alle stesse.

La prospettiva da cui ci poniamo però è diversa. Condividendo le conclusioni della dottrina più recente, riteniamo sia errato andare alla ricerca di *una* definizione di materia penale, e sia invece più corretto delinearne i contorni a seconda della garanzia di cui sia in gioco l'applicazione. Insisteremo a lungo nei prossimi paragrafi sul pensiero degli autori più rappresentativi di questo attuale e a nostro avviso convincente indirizzo, e cercheremo altresì di fornire nell'ultimo capitolo un pur modesto contributo ad una sua più solida fondazione teorica.

Accettata questa premessa, e dunque ammesso che la materia penale non sia riconducibile ad una sola, unitaria nozione, l'indirizzo della nostra ricerca dovrà essere orientato in maniera conseguente. L'individuazione in prospettiva politico-criminale dei caratteri tipici dell'illecito penale, e dunque la ricerca di che cosa sia ontologicamente il reato, è come noto tra le questioni più controverse della nostra disciplina: ma per fortuna non vi sarà la necessità di analizzare *funditus* tale questione, non decisiva nella prospettiva che ci interessa. La nozione *sostanziale* di illecito penale sarà da tenere distinta, come vedremo meglio nell'ultimo capitolo, dalla nozione che si deve adottare quando si tratta di applicare una garanzia costituzionale (o convenzionale) della materia penale, perché è la *ratio* della singola

---

<sup>1</sup> Cfr. per tutti in argomento il classico lavoro di C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione amministrativa – Profili sistematici*, 1988, p. 6 ss., dove gli autori ricostruiscono i diversi criteri proposti dalla dottrina italiana e tedesca per distinguere la sanzione penale da quella amministrativa; più di recente, per un'ampia rassegna degli orientamenti in materia, cfr. G. PAGLIARI, *Sanzione amministrativa e sanzione penale*, in *La sanzione amministrativa – Principi generali*, a cura di CAGNAZZO-TOSCHEI, 2012, p. 710 ss. In termini più generali, sul tema dei connotati ontologici dell'illecito penale, fondamentali sono poi le ricerche di M. DONINI (tra i diversi lavori dell'autore in argomento cfr. *Teoria del reato – Una introduzione*, 1996, p. 49 ss. e *Il volto attuale dell'illecito penale – La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 2004, in particolare p. 61 ss.), cui rinviamo anche per i principali riferimenti bibliografici.

garanzia in questione a fornire un contributo decisivo alla delimitazione del proprio ambito di applicabilità, e dunque della stessa nozione *costituzionale (o convenzionale)* di materia penale.

Prima però di analizzare da vicino i lavori che più direttamente ci interessano, in quanto prendono posizione in ordine all'applicabilità anche a sanzioni non formalmente penali delle garanzie costituzionali, proveremo a fornire un rapido quadro diacronico di sintesi delle principali linee di sviluppo della nozione di illecito penale nella dottrina dell'ultimo secolo. Il dibattito è immenso, ed i confini di questo lavoro non ci consentono un'analisi dettagliata di tutti i contributi sul tema; ci limiteremo ad analizzare solo alcuni dei lavori più significativi dei diversi periodi storici, evidenziando gli aspetti del dibattito che saranno più rilevanti ai fini della nostra analisi.

## 2. La dottrina pre-codicistica: i caratteri differenziali tra illecito penale ed illecito amministrativo

Nella dottrina antecedente al codice Rocco, il tema in esame rivestiva una particolare importanza dal momento che il codice Zanardelli non prevedeva un criterio formale di individuazione dell'illecito penale rispetto all'illecito amministrativo, né dei delitti rispetto alle contravvenzioni<sup>2</sup>. In quel contesto, l'individuazione dei caratteri tipici dell'illecito penale (ed in particolare dei delitti) rappresentava dunque una questione rilevante non solo in chiave dogmatica e definitoria, ma anche al fine della determinazione della disciplina applicabile ad una certa misura sanzionatoria.

Prendendo come punto di partenza della nostra ricerca l'inizio del secolo scorso, il primo contributo significativo è di Arturo Rocco, che in uno scritto del 1909 getta le basi di una categoria destinata ad avere in seguito grande successo in dottrina, quella del *diritto penale amministrativo*<sup>3</sup>. Il problema con cui l'autore si confronta è quello di decidere se, nel silenzio del legislatore, alle contravvenzioni punite con la sola pena pecuniaria sia da riconoscere natura penale o amministrativa. L'idea fondamentale di Rocco, che in effetti troverà riscontro nella disciplina codicistica di vent'anni dopo, è che entrambe le figure siano riconducibili al medesimo *genus* dell'illecito penale (reato), e che si distinguano tra loro in quanto i delitti tutelano be-

---

<sup>2</sup> Cfr. in particolare T. PADOVANI, *Il binomio irriducibile – La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di MARINUCCI-DOLCINI, 1985, p. 421, ove si sottolinea come l'adozione legislativa del criterio del "carattere del reato" avesse in sostanza affidato all'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale la fissazione del discrimine tra le due figure di illecito.

<sup>3</sup> A. ROCCO, *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, p. 385 ss.

ni fondamentali dell'individuo o della società, mentre le contravvenzioni garantiscono il corretto svolgimento dell'attività amministrativa dello Stato. Ciò invece che caratterizza il reato rispetto agli altri illeciti è la peculiare natura delle conseguenze giuridiche che ne derivano (le "pene"); né basterebbe ad escludere la qualificazione come penale delle contravvenzioni la circostanza che in casi peculiari le pene per esse previste possano essere applicate dall'autorità amministrativa invece che da quella giudiziaria, in quanto la natura penale di un illecito non deriva secondo Rocco dall'organo deputato ad applicarla, ma dalle caratteristiche della sanzione per esso prevista<sup>4</sup>.

Due importanti lavori monografici del decennio successivo si confrontano ancora con il tema, a testimonianza della sua particolare vitalità nella dottrina (non solo penalistica, ma anche amministrativistica) dell'epoca.

Nel primo, del 1924, Zanobini<sup>5</sup> prende le mosse dall'individuazione di una nozione ampia di *sanzione*, intesa come ogni conseguenza dannosa per il destinatario che il legislatore collega alla violazione di una norma. All'interno di tale nozione si delinea la *species* della *pena*, caratterizzata dalla specifica finalità di infliggere un male, al contrario della sanzione civile che ha finalità risarcitoria. Secondo l'autore, dunque, anche le sanzioni amministrative sono delle "*pene in senso tecnico*, la cui applicazione costituisce, dal punto di vista della pubblica amministrazione, un diritto soggettivo"<sup>6</sup>; la differenza rispetto alle sanzioni penali risiede nel fatto che le prime sono applicate dall'autorità amministrativa, mentre le seconde sono di competenza dell'autorità giudiziaria<sup>7</sup>.

In un lavoro di Tesauro dell'anno successivo<sup>8</sup>, l'autore condivide la tesi di Zanobini circa l'esistenza di un unico *genus* di misure punitive, che però si caratterizzerebbero non tanto per la loro finalità<sup>9</sup>, quanto per la loro "funzione" esclusivamente afflittiva, e non riparatoria o compensatrice<sup>10</sup>.

<sup>4</sup> "L'eccezionale esistenza, per le contravvenzioni, di *procedimenti penali amministrativi* (oblazione volontaria o componimento amichevole, conciliazione amministrativa nelle sue varie forme) non può togliere al diritto contravvenzionale il carattere di diritto penale, come non può aggiungere ad esso questo carattere la normale esistenza, per le contravvenzioni stesse, di una *giurisdizione* e di un *processo giurisdizionale penale*": p. 398.

<sup>5</sup> G. ZANOBINI, *Le sanzioni amministrative*, 1924.

<sup>6</sup> G. ZANOBINI, *cit.*, p. 38.

<sup>7</sup> In esplicito dissenso dalla tesi di ROCCO, secondo ZANOBINI, "sono amministrative e non penali tutte le sanzioni che la legge riserva all'autorità amministrativa, (...) in quanto in materia penale competenza e procedura non sono cosa puramente formale, ma attengono alla sostanza del rapporto" (p. 40 s.).

<sup>8</sup> A. TESAURO, *Le sanzioni amministrative punitive*, 1925.

<sup>9</sup> "Contro le teoriche che fan ricorso al criterio dello scopo per differenziare le sanzioni di diritto penale da tutte le altre sanzioni di diritto, va osservato che lo scopo è all'infuori del diritto": p. 102.

<sup>10</sup> "Sono tutte sanzioni di diritto penale le pene, che hanno la stessa funzione: sanziona-

Mentre le sanzioni penali sono tutte sicuramente riconducibili a tale categoria, per le sanzioni amministrative è necessario verificarne caso per caso l'effettiva funzione, al fine di individuare la sotto-categoria delle *sanzioni amministrative punitive*, che si distinguono poi da quelle penali in ragione del fatto che queste ultime sanzionano precetti giuridici, quando le prime concorrono a regolare lo svolgimento dell'attività amministrativa<sup>11</sup>. Quanto alla tesi di Zanobini per cui è decisiva ai fini della qualificazione della misura l'autorità competente ad applicarla, essa viene criticata come formalistica ed incapace di cogliere la diversa funzione delle sanzioni (punitive) penali ed amministrative, che prescinde dal soggetto cui ne è rimessa l'applicazione<sup>12</sup>.

### 3. La dottrina del dopoguerra: la nozione formale e la nozione costituzionale di illecito penale

L'entrata in vigore del codice penale e della Costituzione cambiano in profondità i termini del dibattito, anche se alcune tematiche emerse nella dottrina degli anni Venti rimangono tuttora d'attualità (si pensi, in primo luogo, alla polemica relativa alla rilevanza dell'organo che applica una misura al fine di determinare la natura di quest'ultima, tema che abbiamo visto essere ancora oggi oggetto di discussione nella giurisprudenza della Corte EDU)<sup>13</sup>.

La differenza più significativa rispetto al dibattito pre-codicistico è segnata dalla scelta del legislatore del 1930 di adottare in modo inequivocabile, agli artt. 17 e 39 del codice penale, una *nozione formale di reato*, che lega la qualificazione come penale di un illecito al tipo di sanzione comminata. Tale novità muta radicalmente il senso del dibattito in ordine ai criteri per distinguere l'illecito penale da quello amministrativo: mentre per la dottrina dei primi decenni del secolo scorso tali criteri risultavano rilevanti in ordine alla scelta della disciplina normativa applicabile, con il codice Rocco tale scelta è compiuta direttamente dal legislatore, che nel de-

---

re precetti di legge, e la stessa natura non riparatrice, non compensatrice, non eliminatrice, ma esclusivamente afflittiva": p. 84.

<sup>11</sup> "Unico deve essere il criterio direttivo per determinare la loro (delle sanzioni punitive: n.d.a.) natura e la loro funzione: se sanzionano precetti giuridici, sono sanzioni di diritto penale, se sanzionano ordini dell'autorità, o assicurano in genere lo svolgimento dell'autorità amministrativa, sono sanzioni punitive amministrative": p. 183.

<sup>12</sup> "Se sanzioni punitive e sanzioni amministrative differiscono sostanzialmente, non si può trovare un motivo plausibile per spiegare l'importanza data ai criteri formali, quando, nel nostro diritto, non esiste una distinzione netta e precisa tra organi preposti alla funzione giurisdizionale e organi preposti alla funzione amministrativa": p. 73.

<sup>13</sup> Cfr. *supra*, cap. 2 § 3.3.3.

terminare il tipo di pena previsto per un illecito ne determina altresì la disciplina (sostanziale e processuale) applicabile<sup>14</sup>.

La definizione formale di reato non può allora che costituire l'ineludibile punto di partenza di qualsiasi discussione relativa ai confini della materia penale nel nostro ordinamento positivo. Dall'entrata in vigore del codice, non vi è manuale di diritto penale che non faccia riferimento, al momento di delimitare l'oggetto di studio, alla nozione di reato come illecito che il legislatore delinea come specificamente penale in ragione del *nomen iuris* della sanzione ad esso correlata. Tanto che per molti autori quella formale è l'unica nozione di diritto penale che abbia senso adottare, considerata l'impossibilità di individuare criteri condivisi per una definizione sostanziale di illecito penale<sup>15</sup>; mentre per altri autori alla nozione forma-

---

<sup>14</sup> Per i problemi relativi alle pene previste da leggi anteriori al codice penale, e per una isolata decisione della Cassazione degli anni Cinquanta che, in relazione ad un reato punito con la pena della multa secondo una legge posteriore al codice, ne aveva comunque affermato la natura contravvenzionale in ragione di alcune peculiarità della sua disciplina, tipica appunto del reato contravvenzionale, cfr. per tutti S. RIONDATO, *Il reato. Delitto, contravvenzione, illecito amministrativo, illecito depenalizzato, illecito dell'ente giuridico*, in *Il reato – Struttura del fatto tipico*, a cura di M. RONCO, II ed., 2011, p. 2 ss.

<sup>15</sup> Limitandoci alla manualistica, cfr. tra gli altri I. CARACCIOLI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, II ed., 2005, p. 1 (“Quando si parla di ‘diritto penale’ ci si riferisce al complesso di norme che disciplinano i ‘reati’, cioè i fatti illeciti colpiti con sanzioni penali. È il legislatore a qualificare determinate specie di sanzioni come sanzioni penali. Non esiste, infatti, una nozione oggettiva di ‘sanzione penale’ in quanto tale”); G. DE VERO, *Corso di diritto penale*, II ed., 2012, p. 387 (“Occorre avere ben chiara la *funzione* che debba riconoscersi ad una definizione ‘formale’ del reato. Una tale nozione viene incontro e soddisfa un’esigenza fondamentale, addirittura ineludibile in sede di ricognizione ed applicazione delle norme penali. (...) Se la nozione *formale* di reato assolve una (apparentemente modesta, ma in realtà) essenziale funzione nell’ambito della scienza giuridico-penale, altrettanto non può dirsi per il concetto cd. sostanziale. (...) Le teorie sulla nozione sostanziale, occupandosi pur sempre dei reati previsti come tali dalla *legge* penale e presupponendo dunque una corrispondente nozione *formale*, intendono piuttosto segnalare quei dati contenutistici, ‘materiali’, che sarebbero sempre presenti nelle varie figure di illecito penale e che il legislatore trarrebbe da vari ambiti delle ‘scienze umane’, dalla morale alle più raffinate espressioni della sociologia (...) Ma a bene vedere si tratta di tentativi destinati ad insuccesso”); G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale – Parte generale*, VII ed., 2014, p. 3 (“Il *diritto penale* è quella parte del diritto pubblico che disciplina i fatti costituenti reato. Dal punto di vista giuridico-formale, si definisce *reato* ogni fatto umano alla cui realizzazione le legge riconnette sanzioni penali”); M. GALLO, *Diritto penale italiano – Appunti di parte generale*, vol. I, 2014, p. 5 s. (“Deve essere chiaro che la ricerca sui caratteri che contrassegnano come giuridico-penale una certa regola non è ricerca di teoria generale. (...) Ogni singolo ordinamento enuncia di volta in volta, espressamente o implicitamente, ciò che esso vuole che sia sanzione penale. (...) Sono penali le sanzioni espressamente definite come tali dalla legge”); C.F. GROSSO-M. PELISSERO-D. PETRINI-P. PISA, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, 2017, p. 4 (“In passato diversi studiosi hanno cercato di distinguere i *reati* dalle altre categorie di illeciti sulla base di *criteri di natura sostanziale*: turbamento o mancato turbamento della pubblica tranquillità, irreparabilità o riparabilità dell’interesse offeso, ecc. Nessuno di questi criteri può essere considerato tuttavia esaustivo, in quanto nessuno di essi identifica caratteristiche sicuramente ascrivibili agli uni piuttosto che agli altri illeciti, ma individua profili che possono essere indiffe-

le è comunque utile affiancare una *nozione sostanziale* di illecito e di sanzione penale, che ne esprima i connotati tipici rispetto alle altre forme ordinarie di illecito e di sanzione, al di là del mero dato formale della qualificazione legislativa<sup>16</sup>.

---

rentemente rinvenuti, o non rinvenuti, sia nei reati sia negli illeciti appartenenti agli altri settori dell'ordinamento"); G. MARINI, *Lineamenti del sistema penale*, 1993, p. 236 ("Si può dunque concludere, in conformità all'opinione più diffusa in dottrina, nel senso dell'impossibilità di offrire una 'nozione sostanziale di reato' senza correre il rischio di incorrere in antinomie e comunque senza correre il rischio di offrire una nozione o contrastante con il sistema giuridico studiato o tautologica rispetto a questo ed ai suoi contenuti"); G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, VI ed., 2017, p. 183 ("*Un fatto costituisce reato solo quando la legge gli ricollega una pena*. È dunque solo in base ad un *criterio nominalistico* (cioè che il legislatore designa con il nome di *pena*) che i reati si identificano e si distinguono dalle altre categorie di illeciti. (...) Il legislatore trova nella Costituzione limiti e direttive di fondo per le sue scelte di incriminazione, ma si tratta sempre di scelte largamente discrezionali: la qualità di reato non è immanente a questo o a quello schema di condotta umana, ma è impressa dall'esterno, attraverso la minaccia legislativa di una pena"); A. PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, 2007, p. 4 ("Poiché di solito le leggi penali non indicano esplicitamente l'illiceità di un fatto, ma si limitano a collegargli una sanzione penale sfavorevole; e poiché le sanzioni penali sfavorevoli sono le pene, le misure di sicurezza e il risarcimento del danno non patrimoniale; la definizione sopra indicata si converte, per il diritto positivo italiano, in un criterio di individuazione assai semplice: 'è reato ogni fatto, per il quale, in astratto, sia prevista una pena, o una misura di sicurezza, o il risarcimento del danno non patrimoniale'"); D. PULITANO, *Diritto penale*, V ed., 2013, p. 628 ("Qualificare una sanzione come penale o amministrativa serve ad individuare la disciplina relativa a quel tipo di sanzione entro l'ordinamento giuridico dato: in quali casi si applica, secondo quali criteri, con quali procedure, ad opera di quali organi. L'adozione di un criterio formale consente di identificare con certezza la disciplina applicabile"); B. ROMANO, *Diritto penale – Parte generale*, III ed., 2016, p. 197 s. ("In sintesi: nessuna delle teorie che riflette la nozione sostanziale del reato ha fornito una idea sufficientemente generale e condivisibile di reato. (...) Falliti i tentativi di assolutizzare la nozione di reato, ha assunto ancor maggiore rilievo la definizione formale, per la quale è *reato ciò che costituisce illecito penale in un determinato ordinamento*. (...) La nozione formale di reato è quella che maggiormente garantisce la certezza del diritto e la precisione della divisione dei reati in delitti e contravvenzioni").

<sup>16</sup> Cfr. *ex multis* S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale di diritto penale – Parte generale*, II ed., 2017, p. 285 ("Il reato può essere definito, *in primis*, come fatto umano cui la legge ricollega una sanzione penale. Questa definizione, di tipo formale, ricava la nozione di 'reato' dal sistema positivo, limitandosi a prendere in considerazione le particolari conseguenze giuridiche che l'ordinamento ricollega al fatto compiuto. (...) Solamente però una *definizione sostanziale* di reato consente di mettere in luce i requisiti fondanti della illiceità penale di un fatto umano"); G. CONTENUTO, *Corso di diritto penale*, vol. I, 2004, p. 156 ("Che il legislatore dichiari che una sanzione *non è pena o non è più pena* non può bastare a privarla di tale natura se ne possiede o ne continua a possedere i caratteri intrinseci. Si ripropone così, anche a proposito della pena, l'esigenza di approfondirne il contenuto sostanziale, superando il piano delle mere definizioni legislative, nel tentativo di coglierne l'essenza, le proprietà concettualmente costanti, pur nell'indubbia variabilità dei suoi modelli storici e delle sue varie specie"); R.A. FROSALI, *Sistema penale italiano, Parte prima*, vol. III, 1958, p. 208 ("Ecco dunque come può positivamente avviarsi la ricerca per un criterio distintivo *pa-lense* della sanzione criminale e quindi della legge penale: selezionare prima i tipi di sanzione che il nostro *sistema legislativo* usa esclusivamente come sanzioni criminali; e poi, fra i tipi di sanzione che sono invece usati promiscuamente, come l'arresto, cercare altrove un segno

In ogni caso, la nozione sostanziale di reato, ove se ne riconosca l'utilità, non serve più per decidere la disciplina applicabile ad una certa misura punitiva: compito, questo, che spetta ormai senza esitazioni alla nozione formale, la sola capace, tautologica o meno che la si voglia considerare, di non lasciare adito a dubbi circa gli organi competenti all'applicazione della misura e la disciplina positiva della stessa. L'unico possibile senso della nozione sostanziale sarà allora sul piano *critico* rispetto alla scelta legislativa veicolata dalla qualificazione formale, *sub specie* di parametro deontologico cui il legislatore avrebbe dovuto attenersi, e dovrebbe in futuro attenersi, nel qualificare come reato una certa condotta. In breve: la nozione sostanziale non sarà più un criterio per individuare che cosa *sia* il diritto penale, bensì solo che cosa *dovrebbe essere*.

In questa funzione critica della normativa esistente, è naturale che il punto di riferimento venga individuato nei principi della giovane Costituzione repubblicana; la nozione sostanziale di illecito penale diventa così, a partire dagli anni Sessanta, il veicolo per cercare di imporre al legislatore dei vincoli nelle scelte di penalizzazione, che per essere coerenti con il sistema di valori della Costituzione devono conformarsi ai principi di offensività ed *extrema ratio*<sup>17</sup>.

---

distintivo"); A. MORO, *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale*, 2005, p. 479 ("Non c'è un'alternativa, non si tratta di scegliere tra una nozione formale ed una nozione sostanziale del reato, tra la rispondenza alla previsione legislativa e la realtà dell'urto con gli interessi sociali: si tratta di integrare i due elementi e dire che il reato è quel fatto che certamente corrisponde ad una precisa indicazione della legge ma al tempo stesso bisogna affermare che la legge non sceglie i fatti costituenti reato tra fatti indifferenti dal punto di vista dei beni giuridici, ma tra fatti realmente lesivi dei beni che esistono nella collettività"); F. PALAZZO, *Corso di diritto penale – Parte generale*, V ed., 2013, p. 12 ("Si potrebbe pensare di ricavare la nozione di 'pena' esclusivamente dal diritto positivo ed in particolare dall'art. 17 c.p., che invero contiene un elenco tassativo delle pene (cd. principali) cui può ricorrere il legislatore penale. Tuttavia, l'esigenza di elaborare una nozione meta – o pre – legislativa di pena criminale si manifesta per più ragioni"); T. PADOVANI, *Diritto penale*, IX ed., 2009, p. 4 ("Poiché l'elenco delle sanzioni penali è dettato dal legislatore, il criterio di identificazione della norma penale finisce con l'essere formalmente certo, ma sostanzialmente tautologico: in definitiva è 'penale' la sanzione (e la norma relativa) che è stata dichiarata 'penale'. Spostando allora l'attenzione sul piano sostanziale, del *contenuto* della sanzione (cioè in cui essa consiste), si prospetta una questione fondamentale: l'indicazione di talune sanzioni come 'penali', da parte dell'art. 17 c.p., è il risultato di una scelta arbitraria? (...) In altri termini, si tratta di verificare se le sanzioni elencate nell'art. 17 c.p. presentino un *contenuto* che le caratterizzi come necessariamente 'penali'; se l'indicazione normativa sia cioè in qualche modo *vincolata*"); F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, V ed., 2013, p. 86 ("Per temperare la rigidità della concezione formale, e per evitare il rischio di abusi sintetizzabile nella deprecata massima "la legge è legge", è stato elaborato come principio costituzionale, mercé il riferimento dell'art. 25 all'art. 27 Cost., il principio di offensività del reato, nel senso dell'esigenza, ideologica e teleologica insieme, che il reato deve consistere nell'offesa di un bene costituzionalmente tutelato").

<sup>17</sup> Per uno dei lavori in cui vengono più lucidamente esplorate le "prospettive per una definizione sostanziale del reato in chiave costituzionale", cfr. F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig.*, 1974, p. 18 ss.

In questa fase storica, allora, la nozione sostanziale di sanzione penale non è più tanto funzionale ad individuarne i tratti distintivi rispetto all'illecito amministrativo (a questo fine, come abbiamo appena visto, funziona egregiamente il criterio formale)<sup>18</sup>, bensì ad incarnare il modello di illecito offensivo di un bene giuridico che la Costituzione rigida del 1948 impone al legislatore di adottare. Da strumento di distinzione della sanzione penale da quella amministrativa, quale veniva intesa nella dottrina pre-codicistica, la nozione sostanziale di reato si trasforma così in veicolo della valutazione circa la costituzionalità delle scelte di incriminazione del legislatore: la struttura del reato interessa, specie nei suoi profili di offensività, per valutarne la legittimità costituzionale, più che per connotare ontologicamente l'illecito penale rispetto ad altre forme di reazione afflittiva<sup>19</sup>.

In chiave costituzionale, i caratteri della materia penale vengono poi in considerazione anche in relazione alle peculiari caratteristiche di *afflittività della sanzione penale*. Le garanzie che l'art. 13 Cost. assicura ogniqualvolta una misura incida sulla libertà personale del destinatario, lette in combinato disposto con l'art. 25 Cost., inducono a ritenere che solo la sanzione penale possa consistere in una privazione di libertà, posto che la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost. preclude all'autorità amministrativa l'irrogazione di sanzioni aventi tale contenuto<sup>20</sup>. La caratteristica tipica dell'illecito penale non starebbe allora tanto nella sua struttura o nella sua finalità, bensì nelle conseguenze afflittive che ne derivano, riservando la Costituzione solo alle sanzioni penali la possibilità di incidere sulla libertà personale (direttamente le sanzioni detentive, o indirettamente

---

<sup>18</sup> In questo senso, cfr. in particolare C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione*, cit., p. 18 s.: "il problema allora consisteva soprattutto nella ricerca di criteri utili per valutare se in una certa norma la previsione di una 'pena pecuniaria' identificasse una sanzione penale o amministrativa (...) Questa impostazione non è più attuale, perché in seguito alla promulgazione, nel 1930, del nuovo codice penale, la sanzione penale è sempre immediatamente identificabile, attraverso il *nomen iuris*, sulla base del diritto positivo".

<sup>19</sup> La bibliografia sulla teoria costituzionale del bene giuridico è vastissima; oltre ai lavori di F. BRICOLA, cfr. per tutti anche i fondamentali lavori di F. ANGIONI, *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 1983; G. FIANDACA, *Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 42 ss.; V. MANES, *Il principio di offensività*, 2005; G. MARINUCCI, *Relazione di sintesi, in Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. STILE, 1985, p. 360 ss.; G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 333 ss.; S. MOCCIA, *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.; E. MUSCO, *Bene giuridico e tutela dell'onore*, 1974; F. PALAZZO, *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale*, 1993, p. 97 ss.; D. PULITANÒ, *La teoria del bene giuridico tra codice e Costituzione*, in *Ques. crim.*, 1981, p. 111 ss.

<sup>20</sup> Sulle tutele costituzionali della libertà personale, cfr. in particolare i fondamentali lavori di G. AMATO, *Individuo ed autorità nella disciplina della libertà personale*, 1967 e A. BARBERA, *I principi costituzionali della libertà personale*, 1967.

te quelle pecuniarie, mediante il meccanismo di conversione<sup>21</sup> in caso di mancato pagamento)<sup>22</sup>.

La prospettiva è ancora una volta deontologica, più che descrittiva. La necessità per la dottrina di confrontarsi con un sistema a costituzione rigida fa della nozione sostanziale di sanzione penale lo strumento per affermare la necessità che quella penale sia la sola forma di sanzione che secondo il sistema costituzionale può giustificare una reazione punitiva incidente sulla libertà personale. La dicotomia penale-amministrativo in questa ricostruzione si declina come necessità che la privazione di libertà quale reazione afflittiva sia consentita solo all'interno delle garanzie sostanziali e procedurali della materia penale.

Una forte afflittività della pena, giustificata da una significativa gravità della condotta in termini di offesa ai beni giuridici, richiede dunque quella massima estensione delle garanzie costituzionali rappresentata dal diritto e dal processo penale: in questa accezione critica la nozione sostanziale di materia penale "sopravvive" all'introduzione codicistica della nozione formale.

#### 4. *La dottrina degli anni Settanta ed Ottanta: la nozione sostanziale di reato nel contesto della depenalizzazione*

Ad una rinnovata attenzione della dottrina al tema dei connotati peculiari dell'illecito penale si assiste a partire dagli anni Settanta in concomitanza con quell'imponente processo di *depenalizzazione* che, per quanto riguarda l'Italia, sfocerà nella creazione ad opera della l. 689/1981 di un nuovo sistema dell'*illecito amministrativo (depenalizzato)*.

---

<sup>21</sup> Sul sistema di conversione delle pene pecuniarie dopo la riforma del 1981, e sul meccanismo della cd. *conversione di secondo grado* (art. 108 l. 689/81), per cui la violazione delle prescrizioni inerenti alla libertà controllata o al lavoro sostitutivo (pronunciati in sostituzione delle pene pecuniarie in caso di insolvibilità del condannato) comporta l'ulteriore conversione della parte residua di tali pene in un uguale periodo di reclusione o di arresto, cfr. per tutti G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 653 ss.

<sup>22</sup> Che proprio l'incidenza (attuale o potenziale) sulla libertà personale rappresenti la fondamentale differenza della sanzione penale rispetto a quella amministrativa, è osservazione ricorrente anche nella dottrina più recente: cfr. *ex multis* P. CERBO, *Sanzioni amministrative*, in *Diz. dir. pubbl.*, dir. da S. CASSESE, 2006, p. 5425; G. DE VERO, *Corso*, cit., p. 29; T. PADOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 4 ("La conversione è un meccanismo di 'garanzia' d'attuazione delle sole sanzioni pecuniarie 'penali', e non invece di quelle civili o amministrative, che pure possono consistere nel pagamento di una somma di denaro, ma che, in caso di insolvibilità del responsabile, sono destinate a rimanere ineseguite. Essa accomuna peraltro la multa e l'ammenda alla reclusione ed all'arresto, lasciando prospettare un 'precipitato penale' comunque costituito dalla privazione della libertà personale, che rappresenta così l'elemento di raccordo di tutte le pene principali elencate all'art. 17"); S. RIONATO, *Il reato*, cit., p. 19.

Il problema della definizione di illecito penale assume un ruolo nuovo rispetto al passato recente, e più simile alle cadenze del dibattito degli anni Venti.

Prima che la riforma venga approvata, il tentativo è infatti quello di suggerire al legislatore dei criteri razionali di distinzione tra illecito penale ed amministrativo, sulla falsariga dei criteri che già la dottrina pre-codificistica aveva iniziato ad elaborare per orientarsi *de lege lata* in un sistema che non conosceva il criterio formale. Ora la prospettiva è *de lege ferenda*; ma si tratta pur sempre di individuare i connotati ontologici peculiari dell'illecito penale rispetto a quello amministrativo, non già, come invece nella prospettiva dell'illecito penale costituzionale, di porre dei limiti al potere di incriminazione del legislatore<sup>23</sup>.

Dopo la riforma, la dottrina si confronta con il modello di illecito delinquente dal legislatore, individuandone le (molte) assonanze di disciplina rispetto all'illecito penale, e cercando di cogliere i residui tratti di peculiarità di quest'ultimo<sup>24</sup>.

Gli anni successivi alla riforma vedono in particolare la pubblicazione di alcuni saggi destinati a rappresentare il punto d'approdo ancora oggi

---

<sup>23</sup> Tra i lavori antecedenti l'intervento di riforma, cfr. in particolare V. BACHELET, *Problemi e prospettive della 'depenalizzazione' delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, in *Studi in onore di Carlo Esposito*, 1974, p. 2233 ss.; E. DOLCINI, *Depenalizzazione e tipologia delle sanzioni*, in *Temi*, 1977, p. 371 ss.; E. DOLCINI-C.E. PALIERO, *I principi generali dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "modifiche al sistema penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1154 ss.; G. GRASSO, *La depenalizzazione e le sanzioni sostitutive nel disegno di legge "Modifiche al sistema penale"*, in *Quad giust.*, 1981, p. 48 ss.; S. LARIZZA, *Profili della politica di depenalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 61 ss.; C.E. PALIERO, *Il "diritto penale-amministrativo": profili comparatistici*, in *Riv. trim dir. pubbl.*, 1980, p. 1254 ss.

<sup>24</sup> Per un commento alla riforma del 1981, cfr. *ex multis* AA.VV., *Le sanzioni amministrative - Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, 1982; R. BERTONI-G. LATTANZI-E. LUPO-L. VIOLANTE (a cura di), *Modifiche al sistema penale - Legge 24 novembre 1981, n. 689*, 1982; F. BRICOLA, *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta 'reale' nella politica criminale?* in *Pol. dir.*, 1982, p. 359 ss.; G. DE ROBERTO, *Principio di specialità e rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa nella l. 24 novembre 1981, n. 689*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1583 ss.; E. DOLCINI-A. GIARDA-F. MUCCIARELLI-C.E. PALIERO-E. RIVA CRUGNOLA, *Commentario delle 'Modifiche al sistema penale'*, 1982; E. DOLCINI, *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di MARINUCCI-DOLCINI, 1985, p. 371 ss.; E. DOLCINI, *Sui rapporti tra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 777 ss.; F. MANTOVANI, *Le 'modifiche al sistema penale' del 1981: risultati ed indicazioni di una ricerca empirica*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 443 ss.; T. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 952 ss.; C.E. PALIERO, *La legge 689 del 1981: prima 'codificazione' del diritto penale amministrativo*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 117 ss.; E. ROSINI, *Sanzioni amministrative, in Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di M. DE ACUTIS E G. PALOMBARINI, 1984, p. 144 ss.; F. SGUBBI, *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, p. 253 ss. Per un inquadramento della riforma nel più ampio contesto europeo, cfr. M. DELMAS-MARTY, *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 731 ss.

più solido circa le caratteristiche peculiari dell'illecito penale rispetto alle altre forme di reazione sanzionatoria<sup>25</sup>. Particolarmente significativo ci pare lo studio di Paliero e Travi del 1988, di cui crediamo utile ricostruire ora alcuni snodi essenziali.

In primo luogo, quanto ai criteri di differenziazione tra illecito penale ed amministrativo, gli autori individuano due macro-approcci: uno definito *materiale*, che trova nel precetto violato il criterio di distinzione, ed uno *formale* (o *pseudo-formale*), che focalizza invece l'attenzione sulle caratteristiche della sanzione. L'esperienza della depenalizzazione ha messo in crisi la praticabilità di criteri materiali che facciano riferimento all'oggetto della tutela e all'importanza dei beni giuridici protetti: se il connotato di offensività di una certa condotta risulta essenziale nel deciderne l'incriminazione<sup>26</sup>, non può però risultare decisivo per valutare *de lege lata* la natura penale o amministrativa dell'illecito, che proprio la depenalizzazione mostra essere dipendente da scelte legislative non vincolate da connotati ontologici dell'illecito<sup>27</sup>.

Più allora che nelle caratteristiche sostanziali del precetto, la differenza tra illecito penale ed amministrativo va piuttosto rinvenuta *nella natura delle conseguenze afflittive* che derivano dalla sua commissione. Gli autori non ritengono decisive né la natura del soggetto chiamato ad applicare la sanzione, né l'incidenza della stessa sulla libertà personale. Piuttosto, i con-

<sup>25</sup> Limitandoci ai principali lavori monografici, cfr. in particolare G. BARATTI, *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984; P. NUVOLONE, *La legge di depenalizzazione*, 1984; C.E. PALIERO, *"Minima non curat praetor" – Ipertropia del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, 1985; A. ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo – Ambito di applicazione*, 1990; M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie – Principi sostanziali e procedurali*, 1983; M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, 1983; S. VINCI-GUERRA, *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689 – Infrazione amministrativa e reato*, 1983.

<sup>26</sup> Propone l'uso di criteri sostanziali per decidere quando ricorrere alla sanzione penale o amministrativa la celebre circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 19 dicembre 1983 sui *"Criteri orientativi per la scelta tra delitti e contravvenzioni e per la formulazione delle fattispecie penali"*, dove si auspica il ricorso alla sanzione amministrativa "in tre ipotesi fondamentali: a) a tutela di beni non di rango primario nel quadro della Costituzione; b) per reprimere aggressioni non gravi (remote o quantitativamente modeste) a beni giuridici; c) per reprimere aggressioni anche gravi, tutte le volte in cui la sanzione amministrativa appaia in grado di svolgere un'azione di prevenzione generale e speciale non meno efficace di quella che potrebbe essere assicurata dalla sanzione penale" (così E. DOLCINI, *Sui rapporti*, cit., p. 779; per un commento alla circolare in oggetto, cfr. anche G. LATTANZI, *Sanzioni penali o sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modali in una circolare della Presidenza del Consiglio*, in *Foro it.*, 1985, V, c. 251 ss.; F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 35 ss.; T. PADOVANI, *La distribuzione di sanzioni penali*, cit.).

<sup>27</sup> Cfr. in termini particolarmente chiari anche P. CERBO, *Sanzioni*, cit., p. 5426: "Se davvero sussistesse una differenza di carattere sostanziale nella tipologia di illeciti sanzionati, non sarebbe mai possibile la depenalizzazione, la quale incide sulla caratterizzazione della sanzione senza incidere sul precetto violato (e quindi sull'oggetto di tutela del precetto)".

notati tipici della sanzione penale sarebbero il cd. *stigma criminale*, ossia la riprovazione sociale che si accompagna ad una condanna penale<sup>28</sup>, e gli *effetti penali* della stessa, che contribuiscono ad aggravare la stigmatizzazione del reo<sup>29</sup>.

Di grande importanza nella nostra prospettiva di ricerca è poi l'individuazione di altre tipologie di misure afflittive, che gli autori intendono tenere distinte dalla sanzione amministrativa.

Quanto alle *misure di sicurezza*, nonostante la definizione di "misure amministrative" fornita dal codice penale, esse si differenzierebbero dalla sanzione amministrativa per profili tanto strutturali (la derivazione da un fatto tipico di reato e la loro "giurisdizionalizzazione originaria e completa, con devoluzione di queste misure al giudice ordinario"), quanto teleologici ("la dipendenza dal presupposto della *pericolosità criminale*, *status* personale del reo, che legittima l'applicazione di tali misure in chiave di *sola* prevenzione speciale")<sup>30</sup>.

Più complesso è il discorso relativo alle *misure di prevenzione*, che gli autori distinguono in misure giurisdizionalizzate, sicuramente estranee al *genus* delle sanzioni amministrative, e misure di competenza dell'autorità amministrativa, che in ragione della loro natura "squalificante" trovano anch'esse difficile collocazione nell'ambito del diritto amministrativo.

Avrebbero invece certamente natura distinta dalle sanzioni amministrative le "misure di esecuzione", *genus* cui sarebbero da ricondurre le *misure ripristinatorie o ablatorie*, prive di finalità punitiva, e le *sanzioni disciplinari*, la cui autonomia deriva essenzialmente dalla loro "accessorietà a rapporti già costituiti"<sup>31</sup>.

In molti dei lavori di questi anni è infine dedicata attenzione al tema delle *garanzie costituzionali* da riconoscere alla nuova figura dell'illecito amministrativo. In effetti, è proprio nel contesto del dibattito sulla depenalizzazione che il problema della nozione di materia penale inizia a porsi in dottrina anche nella prospettiva, peculiare del presente lavoro, di defi-

---

<sup>28</sup> C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione*, cit., p. 22: "La sanzione penale comporta uno stigma etico-sociale che attraverso il giudizio di colpevolezza coinvolge direttamente la persona del reo: a differenza della sanzione amministrativa, la pena criminale è una sanzione 'squalificante', traducendosi nella creazione di uno *status* di condannato, fortemente afflittivo della personalità umana, con più o meno marcata rifrazione sull'immagine sociale del reo".

<sup>29</sup> C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione*, *ibidem*: "Gli effetti giuridici conseguenti di diritto a una condanna penale (iscrizione nel casellario giudiziale; effetti prodromici rispetto a una dichiarazione di recidiva, di abitualità, di professionalità nel reato; effetti preclusivi rispetto al perdono giudiziale, alla sospensione condizionale, ecc.), incidendo negativamente su eventuali, futuri rapporti del reo con la legge penale, deteriorano il suo *status* personale rispetto alla libertà fisica ovvero, di nuovo – ma questa volta in modo formalizzato – ne degradano l'immagine sociale".

<sup>30</sup> C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione*, cit., p. 26 s.

<sup>31</sup> C.E. PALIERO-A. TRAVI, *La sanzione*, cit., p. 52.

nire se ed entro quali limiti le garanzie costituzionali proprie di tale materia possano essere estese anche a misure formalmente non penali. La scelta legislativa di rinunciare alla sanzione penale per gli illeciti di minore gravità comporta infatti il rischio che rispetto alla nuova figura dell'illecito amministrativo si palesi un deficit di garanzie, con il risultato che la scelta di depenalizzazione si risolverebbe in un abbassamento delle tutele del privato nei confronti dell'autorità sanzionatoria dello Stato.

Già in sede europea, come si ricorderà, era stata proprio la volontà della Corte EDU di apprestare un corredo forte di garanzie all'illecito amministrativo risultante dalla depenalizzazione a condurre, con la sentenza *Öztürk*, all'adozione di una nozione estesa di materia penale. In sede interna, il problema si pone in primo luogo in chiave costituzionale; e non è quindi un caso che la riflessione dottrinale sull'ambito di applicabilità delle garanzie costituzionali della materia penale inizi a svilupparsi nell'ambito di lavori dedicati al tema della depenalizzazione e del nuovo illecito amministrativo.

### *5. Il dibattito sull'ambito di applicabilità delle garanzie costituzionali della materia penale nei lavori meno recenti*

Conclusa questa rapida ricostruzione dell'evoluzione della dottrina meno recente circa i confini da tracciare tra l'illecito penale e le altre misure sanzionatorie, dobbiamo ora analizzare i numerosi lavori che da ormai mezzo secolo hanno affrontato il tema dell'applicazione delle *garanzie costituzionali* della materia penale a sanzioni punitive formalmente non penali.

L'interesse per tale questione, che come ben si ricorderà costituisce l'oggetto specifico della nostra indagine, segue una sorta di andamento carsico. La fase storica della depenalizzazione accende l'attenzione degli studiosi in ordine alla possibilità di estendere le garanzie costituzionali penalistiche alla nuova figura di illecito punitivo, registrandosi come vedremo un netto contrasto di opinioni tra i numerosi autori che espressamente prendono posizione in argomento. A partire dagli anni Novanta il tema perde progressivamente di interesse, per poi tornare d'attualità da una decina d'anni, anche se in una prospettiva più marcatamente convenzionale, e solo marginalmente costituzionale.

Nessuno dei pur numerosi lavori che si sono occupati del tema è ad esso specificamente dedicato. La riflessione circa l'ambito di applicabilità delle garanzie costituzionali si inserisce solitamente all'interno di trattazioni che si occupano dell'illecito amministrativo o, più raramente, di altre misure sanzionatorie non formalmente penali (in particolare le misure di prevenzione e le sanzioni disciplinari); l'attenzione, quindi, non è tanto

rivolta a definire in termini generali gli spazi di applicabilità delle diverse garanzie costituzionali, quanto a verificarne la possibilità di applicazione a specifiche forme di reazione afflittiva diverse dalle sanzioni penali in senso stretto.

Per ragioni di semplicità espositiva, in questo paragrafo analizzeremo i lavori (favorevoli e contrari all'estensione delle garanzie) della stagione della depenalizzazione (fine anni Sessanta – primi anni Novanta), mentre nel prossimo paragrafo ci concentreremo sui lavori più recenti.

### 5.1. *Il seminal article di Nuvolone (1968)*

Già in occasione del primo significativo intervento di depenalizzazione, in materia di circolazione stradale, che si rivelerà per molti aspetti anticipatore del complessivo intervento riformatore del 1981, l'illustre maestro milanese – in uno scritto<sup>32</sup> molto breve ma altrettanto ricco di spunti che continuano a trovare eco anche nella dottrina più recente – è il primo penalista ad affrontare *ex professo* il tema dell'applicabilità dell'art. 25 Cost. a misure formalmente non più penali<sup>33</sup>.

L'autore analizza le disposizioni dell'anno precedente (l. 3.5.1967, n. 317), con cui il legislatore aveva depenalizzato tutte le infrazioni del codice della strada del 1959 punite con la sola pena dell'ammenda, ora sostituita dalla "sanzione amministrativa del pagamento di una somma". La domanda cui Nuvolone intende fornire risposta è relativa alla natura di tale sanzione espressamente considerata non penale dal legislatore.

La tesi viene formulata da subito in termini chiarissimi. Nuvolone ritiene che in questi casi ci si trovi comunque di fronte a delle vere e proprie *pene*, "potendosi parlare di 'pena' ogni volta che il singolo *deve subire una limitazione dei suoi diritti in conseguenza della violazione di un obbligo, e sempre che la limitazione dei diritti sia comminata per impedire la violazione e non abbia carattere omogeneo* (come il risarcimento del danno) *rispetto al contenuto dell'obbligo stesso*"<sup>34</sup>. L'inquadramento formale come non penale, pur rilevante, non è decisivo, in quanto dalla formulazione degli artt. 25 e 13 Cost. si ricaverebbe che in prospettiva costituzionale non rileva la qualificazione normativa di una misura afflittiva, quanto il suo ca-

---

<sup>32</sup> P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 60 ss.

<sup>33</sup> Nella dottrina costituzionalistica, aveva assai brevemente sostenuto la tesi dell'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 25 co. 2 alle sole sanzioni penali in senso stretto C. ESPOSITO, *Irretroattività e 'legalità' delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. IV, 1950, p. 503 ss.

<sup>34</sup> P. NUVOLONE, *op. cit.*, p. 63; corsivi nel testo. A tale definizione di pena, che ha trovato innumerevoli riscontri negli autori successivi, espressamente si richiama, da ultimo, F. MAZ-ZACUVA, *Le pene*, cit., p. 52.

rattere di ‘pena’ ai sensi della definizione appena riportata<sup>35</sup>. La conclusione dell’autore è dunque che le nuove misure, proprio perché punitive, debbano considerarsi incostituzionali per violazione degli artt. 25 e 13 Cost., in quanto attribuiscono il potere di accertare ed infliggere la sanzione all’autorità amministrativa, in contrasto con la riserva di giurisdizione imposta dal combinato disposto di tali norme fondamentali. L’unica eccezione a questo generale divieto per la pubblica amministrazione di applicare sanzioni punitive sarebbe da rinvenire nelle *sanzioni disciplinari*, ove la potestà sanzionatoria troverebbe la propria legittimazione nell’accettazione da parte del soggetto delle peculiari limitazioni ai propri diritti conseguenti all’appartenenza ad un ordinamento gerarchico<sup>36</sup>.

Nella sua valutazione di radicale incostituzionalità dell’intero sistema dell’illecito amministrativo punitivo, il pensiero di Nuvolone non troverà riscontri nella dottrina successiva, che mostrerà al contrario una larga adesione al processo di depenalizzazione ed alla conseguente attribuzione di una ampia potestà punitiva alla pubblica amministrazione in materia di illeciti bagatellari. Anche in sede europea, come si ricorderà, i giudici di Strasburgo, pur qualificando come sostanzialmente penale l’illecito amministrativo, riterranno legittimo l’intervento punitivo della pubblica amministrazione, a condizione che le garanzie convenzionali del processo penale siano rispettate nell’eventuale fase di impugnazione della sanzione davanti all’autorità giudiziaria.

Se l’opposizione mostrata in questo scritto dall’autore al processo di depenalizzazione rimarrà isolata, è invece destinata a mettere solide radici l’idea che *le garanzie costituzionali della materia penale* (ed in particolare l’art. 25, l’unica garanzia penalistica che l’autore prende in considerazione) non si applicano solo alle sanzioni formalmente penali, ma secondo un criterio sostanziale devono essere riconosciute a tutte le *pene*, e cioè – parafrasando la formulazione appena riferita – a tutte *le misure afflittive conseguenti ad un illecito* (Nuvolone parla di “limitazione dei diritti in con-

---

<sup>35</sup> “La categoria ‘pena’ si estende, nel nostro ordinamento, al di là del diritto penale in senso stretto: la dimostrazione la si trova, in partenza, nella costituzione che all’art. 25 stabilisce che *nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso*”; e che all’art. 13 dispone che non è ammessa *nessuna restrizione della libertà personale, se non per atto motivato dell’autorità giudiziaria*. Quindi, 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’ per la violazione di un obbligo giuridico, intesa nel senso da noi sopra definito”: *ibidem*.

<sup>36</sup> “La potestà disciplinare si esercita in funzione della appartenenza ad un ordinamento gerarchico e in virtù di tale vincolo di subordinazione speciale: è, quindi, cosa profondamente diversa dalla potestà punitiva che si esercita dallo Stato nei confronti di tutti al di fuori di qualsiasi vincolo di appartenenza ad ordini gerarchici speciali. Nell’appartenenza ad un ordine vi è già l’accettazione di una restrizione particolare di libertà; il cittadino, in sé e per sé, è vincolato nei soli limiti imposti dalla costituzione”: *ibidem*.

seguenza della violazione di un obbligo”) che abbiano *finalità preventiva e non risarcitoria*.

Insomma, lasciando da parte l'argomentazione (in verità solo abbozzata) per cui il rispetto del combinato disposto dell'art. 25 e dell'art. 13 Cost. condurrebbe all'inammissibilità *tout court* dell'attribuzione di potestà punitiva non disciplinare alla pubblica amministrazione, l'idea dell'illustre autore che l'art. 25 Cost. si applichi a tutte le misure punitive, quale che ne sia la qualificazione formale<sup>37</sup>, sarà invece destinata a segnare la traccia di un ricco dibattito nella dottrina successiva<sup>38</sup>.

## 5.2. *Gli autori favorevoli all'estensione delle garanzie penalistiche all'illecito amministrativo depenalizzato*

L'introduzione nel 1981 della nuova figura generale di illecito punitivo pone immediatamente alla dottrina il problema del corredo di garanzie costituzionali da riconoscere alla stessa. Il *thema decidendum* è se in tale operazione debba prevalere la qualificazione formale della sanzione, che ne esclude la natura penalistica, con la conseguenza che le garanzie applicabili saranno quelle relative in generale ai caratteri costituzionali dell'attività amministrativa; o se al contrario la natura indubbiamente punitiva della misura afflittiva di nuovo conio la renda sussumibile nello spazio di

---

<sup>37</sup> Tale tesi verrà poi ribadita dall'autore in diversi lavori successivi: cfr. per tutti P. NUVOLONE, *Il sistema del diritto penale*, II ed., 1982, p. 19: "A nostro avviso, la Costituzione si riferisce qui (art. 25 co. 2: n.d.a.), ad un concetto di 'punizione' in senso sostanziale, anche al di fuori dei limiti formali e testuali delle pene previste dal codice penale. La *ratio* della norma è quella della legalità e irretroattività di ogni sanzione (eterogenea afflittiva) che ha carattere punitivo, che è collegata, cioè, ad un giudizio di riprovazione per la violazione di un obbligo di condotta, e si traduce nella soggezione ad una prestazione coattivamente imposta dal legislatore (...) In sostanza, vi è un *diritto punitivo*, costituzionalmente, oltre che concettualmente, rilevante, del quale il diritto penale in senso stretto è la parte più importante, ma che non si esaurisce tutto nel diritto penale vero e proprio".

<sup>38</sup> Per un contributo dell'anno successivo a quello appena citato, in cui l'autore, in materia di *sanzioni tributarie*, giunge sul punto alle medesime conclusioni di Nuvolone, che peraltro non viene espressamente richiamato tra i riferimenti bibliografici, cfr. L. RASTELLO, *Sanzioni tributarie (Contributo alla teoria generale)*, in *Noviss. Dig.*, vol. XVI, 1969, p. 626: "Stabilendo che nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso (art. 25 co. 2), infatti, la Carta costituzionale, pur riferendosi certamente alle pene dell'ordinamento penale, non può non comprendere anche quelle amministrative, articolate sullo schema di quelle penali. La frase 'nessuno può essere punito' investe ogni specie di pena, in quanto ogni qualvolta bisogna restringere la sfera giuridica del soggetto per infliggere alla sua persona un *maleficium propter maleficium*, si realizza la previsione della norma in esame". È necessario per completezza ricordare che l'autore non giunge invece alle medesime conclusioni di Nuvolone riguardo all'attribuzione di potere sanzionatorio all'autorità amministrativa, che egli ritiene legittima qualora la sanzione sia ricorribile davanti all'autorità giudiziaria, con una tesi che risulterà in sostanza anticipatoria delle conclusioni cui perverrà la giurisprudenza europea con la sentenza *Öztürk*.

applicabilità delle garanzie specificamente apprestate dalla Costituzione per la materia penale (non solo quindi l'art. 25, ma anche l'art. 27 e le norme costituzionali in tema di processo penale).

La portata pratica di tale alternativa è in realtà minore di quanto possa *prima facie* apparire, in ragione della scelta del legislatore di dettare una disciplina positiva del nuovo illecito ove trovano espresso riconoscimento alcune delle più importanti garanzie costituzionali della materia penale. Il *principio di legalità e di irretroattività* è riconosciuto all'art. 1 della l. 689/81<sup>39</sup>; il *principio di colpevolezza* trova sede nell'art. 3<sup>40</sup>; ed altri istituti della parte generale del codice penale, anche non coperti da garanzie costituzionali, vengono espressamente richiamati dalla prima sezione della legge (i "*principi generali*")<sup>41</sup>. Almeno per quanto riguarda i principi di cui all'art. 25 co. 2 Cost., la loro applicabilità al nuovo illecito amministrativo deriva dunque dall'esplicita volontà del legislatore, e non dipende dalla scelta di ritenere o meno applicabile al nuovo illecito la garanzia costituzionale.

Pur all'interno di una disciplina largamente ispirata ai principi penalistici, sorge tuttavia un problema di non poco conto riguardo alla disciplina contenuta all'art. 6, titolato "*Solidarietà*", che per molti aspetti risulta di assai dubbia compatibilità con il principio di *personalità* della responsabilità penale enunciato all'art. 27 co. 1 Cost.; in relazione allora a tale principio, a differenza che per il principio di legalità, la riconduzione della misura all'area delle garanzie penalistiche potrebbe in effetti comportare una valutazione di illegittimità di alcuni aspetti della normativa.

Anche poi in ordine al principio di legalità, e soprattutto al principio di irretroattività, è vero che essi vengono ribaditi addirittura al primo articolo della legge; ma se si nega loro copertura costituzionale il legislatore potrebbe in futuro rivedere la propria scelta, oppure (scenario ben più probabile, e che infatti come abbiamo visto giungerà all'attenzione della Corte costituzionale) potrebbe non riconoscere il divieto di applicazione retroattiva di misure amministrative sanzionatorie diverse da quelle disciplinate dalla legge del 1981.

Nonostante dunque il legislatore avesse forgiato l'illecito punitivo amministrativo sul modello dell'illecito penale, la sua riconduzione all'area di

---

<sup>39</sup> Art. 1 l. 24.11.1981, n. 689: "*Principio di legalità* – 1) Nessuno può essere assoggettato a sanzioni amministrative se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima della commissione della violazione. – 2) Le leggi che prevedono sanzioni amministrative si applicano soltanto nei casi e per i tempi in esse considerati".

<sup>40</sup> Art. 3 l. 24.11.1981, n. 689: "*Elemento soggettivo* – 1) Nelle violazioni cui è applicabile una sanzione amministrativa ciascuno è responsabile della propria azione od omissione, cosciente e volontaria, sia essa dolosa o colposa. – 2) Nel caso in cui la violazione è commessa per errore sul fatto, l'agente non è responsabile quando l'errore non è determinato da sua colpa".

<sup>41</sup> Si pensi soprattutto all'art. 2 (*capacità di intendere e di volere*), all'art. 4 (*cause di esclusione della responsabilità*) ed all'art. 5 (*concorso di persone*).

applicabilità delle garanzie costituzionali della materia penale, se non ne comportava comunque l'illegittimità *tout court* (è bene ricordare come la riserva di giurisdizione di cui all'art. 13 Cost. non venisse in considerazione visto che le sanzioni di cui alla nuova legge non incidevano sulla libertà personale, neppure indirettamente non essendo previsto alcun meccanismo di conversione in caso di insolvibilità), certamente poteva mettere in discussione alcune rilevanti scelte normative.

Sul tema, lo anticipiamo sin d'ora, è difficile individuare un indirizzo prevalente. Se i primi lavori pubblicati subito dopo l'approvazione della legge sembrano maggiormente indirizzati verso il riconoscimento al nuovo illecito delle garanzie penalistiche, non mancano ben presto voci molto autorevoli (e nel complesso maggioritarie) che si orientano nel senso opposto. Daremo inizio all'analisi del materiale di questo periodo con lo studio degli autori che prendono posizione *a favore* di questo riconoscimento, con particolare attenzione a due importanti lavori monografici che rimangono a tutt'oggi probabilmente i più rappresentativi di tale orientamento.

### 5.2.1. *La tesi di Siniscalco (1983)*

L'autore che per primo ed in maniera più decisa, sin dal titolo della sua monografia del 1983<sup>42</sup>, si schiera a favore dell'estensione delle garanzie costituzionali della materia penale al nuovo illecito amministrativo è senz'altro Siniscalco, che già in un lavoro antecedente di pochi mesi la riforma aveva sostenuto tale tesi richiamando il lavoro di Nuvolone analizzato sopra, e affermando (in maniera per la verità un po' affrettata) che in questo senso sarebbe stata da considerare orientata la Corte costituzionale, almeno in relazione all'art. 25 co. 2<sup>43</sup>.

L'autore, ricostruita l'evoluzione storica del processo di depenalizzazione nel nostro ed in altri Paesi europei e la struttura dell'illecito depenalizzato introdotto nel 1981, pone il problema di quali siano le garanzie costituzionali da riconoscere alla nuova figura di illecito "amministrativo-depenalizzato", che egli inquadra sistematicamente come categoria autonoma dell'illecito di diritto pubblico accanto all'illecito penale ed all'illecito amministrativo.

Il ragionamento prende le mosse dalla considerazione – per la verità solo accennata – per cui "è utile muovere rigidamente dalla considerazione della *ratio* di garanzia"<sup>44</sup> di ciascun principio che si intenda riconoscere. Ven-

---

<sup>42</sup> M. SINISCALCO, *Depenalizzazione e garanzia*, 1983.

<sup>43</sup> In M. SINISCALCO, *Dalla depenalizzazione di illeciti formali alla formazione di un sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 13 s., viene citata come espressiva di tale orientamento la sentenza n. 78 del 1967, che come si ricorderà resterà tuttavia per molti anni isolata nel panorama della nostra giurisprudenza costituzionale: cfr. *supra*, cap. 1, § 2.

<sup>44</sup> M. SINISCALCO, *Depenalizzazione*, cit., p. 154.

gono poi individuati i principi costituzionali della materia penale, che vengono distinti in sostanziali (quelli dell'art. 25 co. 2 e 3 e dell'art. 27 co. 1 e 3) e processuali (art. 24, 25 co. 1 e 27 co. 2). Al momento di valutare l'applicabilità di ciascuna di tali garanzie alle due distinte figure di illecito amministrativo delineate sopra, l'analisi in verità non risulta limpida. Per quanto riguarda i principi processuali, l'autore ritiene siano applicabili a tutte le misure punitive, e tuttavia reputa sufficiente a tale fine che il privato abbia accesso ad un ricorso giurisdizionale ove tali garanzie siano rispettate, non dovendosi reputare illegittima l'infrazione in prima battuta della sanzione da parte dell'autorità amministrativa. Anche i principi sostanziali sarebbero poi da riconoscere ad entrambe le forme di illecito punitivo amministrativo, in linea con quanto affermato dalla Corte costituzionale in una (in realtà isolata) sentenza del 1967, più volte indicata dall'autore come espressiva di un indirizzo costante<sup>45</sup>.

Il lavoro di Siniscalco risulta prezioso nell'esplicitare il legame tra l'ambito di applicabilità delle garanzie penalistiche e la *ratio* di ciascuna di esse; ma, ritenendo in sostanza pacifica la loro estensione anche all'illecito amministrativo<sup>46</sup>, si rivela poi poco approfondita l'argomentazione relativa tanto alle ragioni di tale estensione, quanto ai caratteri che sarebbero propri delle tipologie di illecito da ritenere riconducibili a tali garanzie.

### 5.2.2. La tesi di M.A. Sandulli (1983)

Il lavoro di Sandulli è, tra tutti quelli dedicati all'illecito amministrativo, quello che presenta dal punto di vista strutturale le maggiori affinità con la ricerca che stiamo conducendo. Due lunghi capitoli della sua monografia sono infatti interamente dedicati a verificare se ed in che limiti ciascuna delle disposizioni costituzionali inerenti la materia penale possa ritenersi applicabile alla nuova figura di illecito: cioè esattamente la prospettiva che interessa questo lavoro.

Venendo rapidamente ai singoli principi presi in analisi da Sandulli, per quanto riguarda quello di legalità di cui all'art. 25 co. 2 Cost. l'autrice non ha dubbi nell'affermare che "tanto il tenore letterale, quanto lo spirito cui appare informata la disposizione, non consentono di dubitare della operatività del principio anche in materia amministrativa"<sup>47</sup>. La garanzia costituzionale è da riconoscere a tutte le misure afflittive che hanno *finali-*

<sup>45</sup> Cfr. *supra*, nota 43.

<sup>46</sup> Secondo Siniscalco, la tesi dell'estensione, oltre che accolta dalla giurisprudenza costituzionale, risulterebbe pacifica anche secondo la dottrina penalistica (il riferimento è al lavoro di Nuvolone) ed amministrativistica (viene citato in particolare il lavoro di E. CANADA-BARTOLI, *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, 1970, che peraltro dedica alla questione solo un brevissimo cenno).

<sup>47</sup> M.A. SANDULLI, *Le sanzioni amministrative pecuniarie - Principi sostanziali e procedurali*, 1983, p. 72.

tà punitiva, rispetto alle quali sono da rispettare i sotto-principi della riserva di legge, della tassatività e determinatezza della norma e della sua irretroattività. L'autrice ritiene poi, sia pure in termini problematici, che sia da applicare anche il principio della retroattività *in mitius*, che reputa logicamente implicato da quello di legalità di cui all'art. 25 Cost.<sup>48</sup>, mentre ritiene, quanto alla riserva di legge, che "la stretta connessione tra la potestà sanzionatoria amministrativa e la funzione pubblica ausiliata dalla stessa"<sup>49</sup> consenta, a differenza che in materia penale, di attribuire potestà sanzionatoria anche alle regioni.

Più complesso è il ragionamento relativo all'art. 27 co. 1 Cost. Qui il dato letterale indirizza l'interprete verso una limitazione della garanzia alle sanzioni penali in senso stretto. Bisogna allora verificare in relazione alle singole manifestazioni del principio se esso sia da estendere o meno anche alla sanzione amministrativa, tenendo presente in questa operazione "la distinzione tra personalità e soggettività della pena: è specifico alle sanzioni penali il rilievo del dato intimo, personale del trasgressore, mentre è più intrinsecamente proprio alla generalità delle misure punitive il collegamento con il momento soggettivo della trasgressione"<sup>50</sup>.

Le conclusioni dell'autrice sono che il principio di colpevolezza deve ritenersi proprio di ogni misura punitiva, e quindi anche del nuovo tipo di illecito; quanto al principio di personalità (pure ritenuto da riconoscere ad ogni sanzione punitiva), le difficoltà sollevate dalla disciplina sulla responsabilità solidale vengono superate valorizzando la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 6 l. 689/81, per cui nei casi ove è prevista la responsabilità per il fatto colpevole di un terzo "chi ha pagato ha diritto per l'intero nei confronti dell'autore della violazione".

Poche parole vengono spese per *negare l'applicabilità* all'illecito amministrativo del principio della *presunzione di innocenza* di cui all'art. 27 co. 2, in quanto tale principio "trova fondamento nell'esigenza (affatto esclusiva al diritto penale) di preservare il soggetto passivo del procedimento dal danno morale e sociale derivante alla sua personalità dall'imputazione di una condotta avente carattere di reato (...); un danno che è invece affatto estraneo alla repressione (anche sanzionatoria) amministrativa"<sup>51</sup>.

Quanto infine all'art. 27 co. 3, l'autrice ne ricava due principi distinti: il principio di umanità, che "deve ritenersi indubitabilmente riferito a qual-

---

<sup>48</sup> "Una più ampia lettura del principio enunciato dall'art. 25 co. 2 Cost., e puntualmente ripetuto dall'art. 1 co. 1 l. 689/81, consente peraltro a nostro avviso di intendere implicitamente riconosciuto in un più lato concetto di garanzia di legalità della pena anche il suddetto ulteriore significato di garanzia di non punibilità per un fatto che, al tempo dell'esercizio della potestà sanzionatoria, non sarebbe più passibile di pena": *op. ult. cit.*, p. 83.

<sup>49</sup> *Op. ult. cit.*, p. 87.

<sup>50</sup> *Op. ult. cit.*, p. 95.

<sup>51</sup> *Op. ult. cit.*, p. 146.

siasi tipo di pena e, a maggior ragione, a quelle amministrative”; ed il principio della funzione emendativa, che al contrario “appare strettamente peculiare alla materia penale, tanto per i presupposti (pericolosità e riprovazione sociale) che sono in questo campo alla base della responsabilità del trasgressore, quanto per i particolari caratteri del rapporto che nasce, appunto in tale campo, dalla pena”<sup>52</sup>.

Passando ora ai principi di natura *procedimentale*, l’analisi mira in primo luogo a verificare la compatibilità del procedimento delineato dal legislatore del 1981 in primo luogo rispetto al principio di cui all’art. 24 co. 2 Cost.

Di grande interesse ci paiono le riflessioni relative all’applicabilità alle sanzioni amministrative del principio di *obbligatorietà dell’azione penale* di cui all’art. 112 Cost. L’autrice ritiene di escluderne l’estensione al nuovo illecito amministrativo, posto che l’esigenza di perseguire fatti lesivi degli interessi dell’intera collettività, quali sono i fatti costituenti reati, viene meno quando si tratta di condotte che offendono solo gli interessi della pubblica amministrazione<sup>53</sup>. Ciò non toglie che “esiste, di contro, un principio generale nel senso della *doverosità dell’esercizio dei poteri pubblici*, il quale trova validissima ragione in un settore quale quello diretto alla garanzia dell’osservanza delle norme giuridiche. In quest’ottica, la regola di obbligatorietà dell’azione sanzionatoria – la quale deve comunque ritenersi generale, salva esplicita deroga legislativa – potrebbe anzi essa pure in certo senso ricollegarsi al principio costituzionale di buon andamento dell’amministrazione, affermato dall’art. 97 co. 1”<sup>54</sup>.

### 5.2.3. *Cenni ad altri autori*

Prima ancora dell’approvazione della riforma, la tesi dell’estensione delle garanzie costituzionali della materia penale oltre i confini del diritto pena-

<sup>52</sup> *Op. ult. cit.*, p. 148.

<sup>53</sup> “La norma (di cui all’art. 112 Cost.) è chiaramente dettata dall’esigenza di impedire la possibilità di scelte discrezionali in ordine alla persecuzione di comportamenti che, se effettivamente rispondenti alla cd. *notitia criminis*, appaiano, secondo legge, lesivi degli interessi della società civile. Una consimile esigenza non appare però indefettibile per le sanzioni amministrative, stante la coincidenza che vi è, in questa, tra il soggetto passivo dell’illecito e l’Amministrazione competente ad infliggere la pena”: *op. ult. cit.*, p. 196.

<sup>54</sup> *Op. ult. cit.*, p. 198 s. A conferma di tale sostanziale equiparazione tra l’obbligatorietà dell’esercizio dell’azione ed il dovere per l’autorità amministrativa di procedere al perseguimento dei fatti illeciti viene adottata la disciplina sull’archiviazione prevista nella legge del 1981, per cui “l’archiviazione costituisce nel procedimento amministrativo l’unico possibile sbocco della decisione di non applicazione della pena pecuniaria (...) non soltanto la sanzione, ove ne ricorrano i presupposti, costituisce atto dovuto (sicché la relativa omissione può dar luogo negli organi competenti alla responsabilità per omissione di atti d’ufficio), ma, in tutti i casi in cui venga investita del giudizio su una *notitia illiciti*, l’autorità amministrativa deve giungere alla conclusione, qualsiasi essa sia, del procedimento diretto ad accertare la sussistenza dei presupposti (soggettivi ed oggettivi) di punibilità della violazione”: p. 201 s.

le in senso stretto era stata ampiamente argomentata in un lavoro di Licci<sup>55</sup>, che riprendendo il pensiero di Nuvolone sostiene l'applicabilità dei principi di cui all'art. 25 co. 2 Cost. a tutte le misure di natura afflittivo-punitiva (i termini vengono usati dall'autore in buona sostanza come sinonimi); non solo allora tali principi sono sicuramente da riconoscere per l'illecito depenalizzato (al momento della stesura ancora in via di introduzione), ma devono reputarsi applicabili ad ogni misura che non abbia finalità ripristinatoria o risarcitoria.

Immediatamente successivo alla riforma (1983) è, invece, un lavoro monografico di Vinciguerra, dove la tesi dell'estensione dell'ambito della materia penale costituzionale viene motivata in ragione del carattere gravemente afflittivo che possono rivestire le sanzioni amministrative, anche se a differenza di quelle penali non incidono neppure indirettamente sulla libertà personale<sup>56</sup>. Proprio la mancata incidenza delle sanzioni amministrative su tale diritto giustifica però l'applicazione delle garanzie costituzionali in modo meno rigoroso rispetto alla materia penale in senso stretto, con una graduazione che tenga conto dell'effettiva gravità della sanzione pecuniaria in concreto comminata<sup>57</sup>.

Al termine, infine, del decennio in cui più acceso è stato il dibattito intorno alla questione che ci interessa, viene pubblicata nel 1990 una monografia di Rossi Vannini<sup>58</sup>, ove l'autrice ribadisce la tesi dell'estensione, replicando agli argomenti dei diversi autori che, come vedremo nel prossimo paragrafo, avevano sostenuto l'opposta tesi dell'inapplicabilità delle garanzie penalistiche all'illecito amministrativo. L'autrice reputa in particolare non decisivo l'argomento storico e testuale, anche in relazione all'art. 27 co. 1, ove pure vi è un espresso riferimento al carattere 'penale' della responsabilità, ricordando come la scelta lessicale dei costituenti avesse l'esplicita finalità di escludere dall'ambito di applicabilità della garanzia in questione l'illecito civile in ragione delle sue finalità risarcitorie, non già tutte le misure a finalità punitiva diverse da quelle formalmente penali.

---

<sup>55</sup> G. LICCI, *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1004 ss.

<sup>56</sup> S. VINCIGUERRA, *La riforma del sistema*, cit., p. 35: "La condanna a pagare una forte pena pecuniaria è più afflittiva e più temibile della condanna alla pena della reclusione o dell'arresto della durata di un paio di mesi e magari sospesa condizionalmente".

<sup>57</sup> "È necessario che anche per le sanzioni punitive non penali valgano le garanzie costituzionali delle sanzioni penali e precisamente i principi di legalità, determinatezza, irretroattività, riferibilità del fatto alla persona, congruità della pena rispetto al fatto e coincidenza soggettiva tra destinatario della pena ed espiante. (...) Per le sanzioni non incidenti sulla libertà personale, però, è ammissibile che le garanzie estese ad esse e tipiche delle pene restrittive della libertà personale siano graduate e differenziate in funzione dell'entità della sanzione, perché la loro rischiosità per la dignità sociale della persona scatta soltanto al di sopra di certe soglie": *op. ult. cit.*, p. 36.

<sup>58</sup> A. ROSSI VANNINI, *Illecito depenalizzato-amministrativo*, cit.

Per evitare che la positiva opzione legislativa per la depenalizzazione si risolva in uno svuotamento delle garanzie, sono quindi da riconoscere all'illecito depenalizzato tutte le garanzie penalistiche, sia sostanziali che procedurali<sup>59</sup>.

### 5.3. *Gli autori contrari all'estensione delle garanzie penalistiche all'illecito amministrativo depenalizzato*

#### 5.3.1. *Alcuni interventi a cavallo della depenalizzazione*

Uno dei contributi più citati a sostegno dell'applicabilità dell'art. 25 alle sole sanzioni penali in senso formale è del padre della teoria dell'illecito penale costituzionale, Franco Bricola, che già in un lavoro del 1974 aveva anticipato l'impossibilità di estendere i principi di tipicità e di tassatività dell'illecito penale all'illecito amministrativo<sup>60</sup>. L'autore ritiene che tale operazione sia il frutto di un'estensione analogica della disposizione costituzionale; un'estensione criticabile perché non tiene conto della fondamentale differenza che intercorre tra le sanzioni penali, le uniche in grado di incidere sulla libertà personale, e le sanzioni amministrative, che trovano peraltro autonoma copertura costituzionale nell'art. 23 Cost.<sup>61</sup> L'esplicita preoccupazione di Bricola è che la riconduzione di queste sanzioni alla sfera di protezione degli artt. 25 e 27 Cost. produca come effetto indiretto quello di indebolire l'interpretazione di tali garanzie anche rispetto all'illecito penale in senso formale, sul presupposto che non sia "ipotizzabile all'interno della stessa normativa una diversa flessibilità della garanzia a seconda del tipo di sanzione"<sup>62</sup>. Esempio secondo l'autore è la competenza sanzionatoria attribuita in ambito amministrativo alle regioni, cui è invece precluso il ricorso allo strumento del diritto penale in senso stretto.

---

<sup>59</sup> "Sia per evitare che attraverso il cambio di qualificazione vengano aggirate le garanzie costituzionali da cui sono assistiti i contenuti sanzionatori qualificati come sanzione penale, sia per evitare l'esposizione dei destinatari a rischi assai gravi, è necessario che anche per le sanzioni punitive non penali valgano le garanzie costituzionali delle sanzioni penali": *op. ult. cit.*, p. 219.

<sup>60</sup> F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig.*, vol. XIX, 1974, p. 47 ss. Le medesime tesi saranno poi più ampiamente sviluppate in ID., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di DE ACUTIS-PALOMBARINI, 1984, p. 76 ss.

<sup>61</sup> "A prescindere dalle perplessità sull'utilizzazione dello strumento analogico in ordine alle norme costituzionali, quale sarebbe il presupposto dell'*eadem ratio*, una volta ritenuto che le garanzie ed i criteri regolatori ex artt. 25 co. 2 e 27 co. 1 sono funzionali alla restrizione della libertà personale che *deve* essere carente nelle sanzioni amministrative? E inoltre: l'estensione analogica presuppone una carenza di disciplina, che, viceversa, com'è dimostrato dall'art. 23, non pare sussistere in materia": F. BRICOLA, *Tecniche di tutela*, cit., p. 77 s.

<sup>62</sup> *Op. ult. cit.*, p. 78.

Le garanzie “forti” della materia penale costituzionale andrebbero dunque riservate a situazioni ove è in gioco la libertà personale dell’individuo, e quindi al diritto penale formale che rappresenta l’unica forma legittima di compressione di tale fondamentale diritto prevista nel tessuto costituzionale. Uno studioso che si trova da anni impegnato nella ideazione del “volto costituzionale dell’illecito penale”, esterna così il suo comprensibile timore che la volontà di estendere le garanzie penalistiche alle sanzioni amministrative si risolva in un generale indebolimento delle garanzie anche per le sanzioni criminali, posto che egli non ritiene ammissibile una gradazione delle garanzie a seconda della tipologia di sanzioni.

Sempre prima della riforma, in quella che a distanza di quasi quarant’anni rappresenta ancora oggi una delle opere fondamentali in materia di legalità penale<sup>63</sup>, Palazzo perviene a risultati non dissimili prendendo però le mosse, al contrario di Bricola, dal presupposto per cui sia possibile una gradazione delle garanzie costituzionali (*in primis* ovviamente la garanzia della legalità-determinatezza, oggetto della monografia) a seconda del tipo di strumento punitivo adottato dal legislatore<sup>64</sup>. Palazzo ritiene che la riserva di legge di cui all’art. 25 non si applichi all’illecito amministrativo, posto che esso non è finalizzato, come il reato, a tutelare un interesse generale della società, bensì a dotare i singoli settori della pubblica amministrazione del potere di “coazione indiretta” necessario per realizzare i propri fini istituzionali (il riferimento è anche in questo caso alla potestà sanzionatoria amministrativa delle regioni, cui non corrisponde analogà competenza in sede penale). Quanto poi al principio di determinatezza, l’autore lo reputa applicabile anche agli illeciti amministrativi, per i quali si pone non diversamente che per i reati l’esigenza di una chiara delimitazione dei poteri coercitivi attribuiti alla pubblica autorità<sup>65</sup>.

L’opposizione più netta all’estensione del principio di legalità agli illeciti amministrativi giunge due anni dopo la riforma da Sgubbi, che non sol-

---

<sup>63</sup> F.C. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, 1979.

<sup>64</sup> “L’osservazione della garanzia costituzionale della stretta legalità da parte del diritto punitivo amministrativo, pur essendo fondata sulla comune appartenenza sia del diritto criminale che di quello punitivo fiscale o di polizia all’identica categoria del ‘punitivo’, e pur essendo in perfetta armonia con lo spirito garantista che anima l’art. 25 Cost., (...) nonostante tutto ciò non sembra imposta dalla Costituzione in misura uguale per tutti i rami del diritto punitivo”: *op. ult. cit.*, p. 200.

<sup>65</sup> “I presupposti e i criteri di esercizio del potere sanzionatorio dell’amministrazione dovranno essere espressi in norme dotate di una determinatezza sufficiente per consentire l’esercizio di un penetrante controllo da parte della comunità. Anzi, il fatto che l’esercizio di tale potere sanzionatorio sia affidato ad organi imparziali sì ma pur sempre dipendenti dal potere esecutivo dovrebbe condurre ad una pretesa di determinatezza addirittura maggiore di quella richiesta in campo penale, se non si trattasse di sanzioni che, proprio per il fatto di non essere penali, possono essere circondate da un sistema di garanzie complessivamente minori di quelle previste per le sanzioni criminali”: *op. ult. cit.*, p. 204.

tanto non ritiene applicabile la garanzia costituzionale, ma si spinge a criticare la stessa scelta del legislatore di fornire almeno di rango ordinario tale principio mediante il già richiamato art. 1 l. 689/81. L'autore, in consonanza con il pensiero del maestro bolognese, reputa decisiva la circostanza che la sanzione amministrativa non incida sulla libertà personale, e per questo non la ritiene meritevole delle rigorose garanzie della materia penale<sup>66</sup>.

La posizione più diffusa, ben rappresentata negli scritti di Dolcini, ritiene invece che le garanzie costituzionali della materia penale siano da riservare al diritto penale in senso formale (la legalità della sanzione amministrativa trova più blanda copertura nell'art. 23 Cost.), ma plaude alla scelta del legislatore ordinario di delineare l'illecito depenalizzato in conformità con i principi penalistici, e prima di tutto con il principio di legalità<sup>67</sup>.

### 5.3.2. *Il lavoro di Paliero e Travi (1988)*

Il lavoro più rappresentativo delle tesi contrarie all'estensione delle garanzie penalistiche all'illecito amministrativo è la monografia del 1988 di Paliero e Travi, cui già si è fatto ampio riferimento sopra in ordine alla questione più generale dei caratteri distintivi dell'illecito penale ed amministrativo.

Gli autori distinguono i principi di cui verificare l'applicabilità all'illecito amministrativo in tre categorie: il principio di *legalità sostanziale*, il principio di *legalità* (o *obbligatorietà*) *procedimentale*, ed i principi e i criteri di *imputazione della responsabilità*.

Quanto al primo, gli autori ricostruiscono il quadro delle posizioni dottrinali individuando al momento come maggioritario l'indirizzo contrario all'estensione (tra i penalisti vengono citati in particolare i lavori di Bricola e Palazzo, cui si è appena fatto cenno), benché qualche autore (il riferimento è a Siniscalco e Sandulli) continui ad aderire alla tesi definita '*rétro*' della costituzionalizzazione (che viene fatta risalire al lavoro di Nuvolone). A sostegno dell'opinione dominante, militano secondo gli autori ragioni di ordine *storico*<sup>68</sup>, *sistematico*<sup>69</sup> e di *politica del di-*

---

<sup>66</sup> F. Sgubbi, *Depenalizzazione e principi*, cit., p. 266: "Il riprodurre per l'illecito amministrativo la formula penalistica del principio di riserva di legge e di tassatività appare davvero eccessivo, non si tratta qui di salvaguardare la libertà personale, non si tratta di effettuare scelte politico-valutative da affidare – necessariamente e doverosamente – ad un organo rappresentativo quale il Parlamento".

<sup>67</sup> E. Dolcini, *Sanzione penale*, cit., p. 595 s.

<sup>68</sup> C.E. Paliero-A. Travi, *La sanzione amministrativa*, cit. p. 137: "L'origine e l'evoluzione del *nullum crimen* sono di marca esclusivamente penalistica, e d'altra parte i lavori preparatori della Costituente non contengono alcun accenno alle sanzioni amministrative, limitando esplicitamente la portata dell'art. 25 alle pene criminali ed alle misure di sicurezza".

<sup>69</sup> "Nel tessuto costituzionale, la norma *de qua* si iscrive in un nucleo di principi schiet-

*ritto*<sup>70</sup>, cui non è estranea la preoccupazione espressa da Bricola che l'estensione delle garanzie penalistiche alla sanzione amministrativa si risolve in un generale indebolimento delle stesse anche in relazione al reato. Tale opzione non comporta, peraltro, che le sanzioni amministrative rimangano prive di protezione costituzionale, considerato come secondo la dottrina amministrativistica si possa "ricavare dagli artt. 23, 28 e 97 Cost. quantomeno un principio di *riserva di legge* per le sanzioni amministrative: più precisamente, dall'art. 23 per le sanzioni consistenti in una 'prestazione personale o patrimoniale', dagli artt. 28 e 97 per le sanzioni disciplinari, dal medesimo art. 97 (con una interpretazione forse eccessivamente estensiva) per ogni altra sanzione di carattere ablativo"<sup>71</sup>. I caratteri di tale riserva di legge, non fondata sull'art. 25, sarebbero quelli di una *riserva relativa*, in cui "ampio spazio viene lasciato alla normazione regolamentare, richiedendosi soltanto che il legislatore fissi 'con sufficiente determinatezza' i principi ed i criteri per l'esercizio del potere regolamentare da parte dell'autorità amministrativa cui è rimessa la definizione della previsione provvisoria"<sup>72</sup>. Gli autori condividono poi la tesi di Palazzo per cui è al contrario da riconoscere anche per le sanzioni amministrative un "obbligo costituzionale di *determinatezza* della *fattispecie* sanzionatoria e di *determinatezza* della *sanzione*"<sup>73</sup>. Dalle norme costituzionali applicabili alla sanzione amministrativa non sarebbe infine ricavabile "un generale principio di *irretroattività* della sanzione amministrativa", anche se non viene esclusa la possibilità che "un siffatto principio si ricavi dall'intero quadro costituzionale, almeno con riguardo alle norme sfavorevoli, limitative dei diritti di libertà contemplati nel Titolo I, parte I, della Costituzione"<sup>74</sup>.

Rispetto al principio di obbligatorietà previsto per la materia penale all'art. 112, gli autori, similmente a quanto argomentato da Sandulli, non

---

tamente (ed esclusivamente) penalistici (art. 25 co. 1 e 3, art. 26 e 27); per di più, un'interpretazione pregnante del principio costituzionale di legalità in materia penale ha potuto essere conquistata solo collegando sistematicamente l'art. 25 con l'art. 13: tale collegamento – come noto – individua la *ratio* della riserva di legge nella garanzia della libertà personale, limitando al contempo l'operatività della riserva a sanzioni almeno potenzialmente restrittive di tale diritto fondamentale": *ibidem*.

<sup>70</sup> "Una sussunzione della potestà sanzionatoria della Amministrazione sotto la riserva di cui all'art. 25 Cost. – riserva notoriamente vincolata alla legge *statale* – priverebbe le Regioni di uno strumento essenziale per la disciplina delle materie di loro competenza": *op. ult. cit.*, p. 138.

<sup>71</sup> *Op. ult. cit.*, p. 139.

<sup>72</sup> *Op. ult. cit.*, p. 140.

<sup>73</sup> *Ibidem*.

<sup>74</sup> *Ibidem*, ove gli autori peraltro precisano come l'idea di una costituzionalizzazione del principio di irretroattività *in peius* anche al di fuori della materia penale non abbia ancora trovato riscontro né nella produzione legislativa (rispetto alla quale vengono citate alcune norme sanzionatorie ad applicazione retroattiva contenute in una legge del 1985 in tema di condono edilizio) né nella giurisprudenza costituzionale.

ritengono tale disposizione applicabile all'illecito amministrativo, ma alla luce delle altre disposizioni costituzionali a questo riferibili (in particolare gli artt. 97<sup>75</sup> e 3<sup>76</sup> Cost., oltre all'art. 23) reputano comunque possa desumersi una "garanzia di trattamenti eguali a parità di (pre)condizioni ('chiunque trasgredisce deve essere punito')"<sup>77</sup>, per molti versi assimilabile al principio dell'azione penale obbligatoria.

Quanto infine ai principi di cui all'art. 27, gli autori ritengono sia da respingere la tesi della diretta applicabilità del *principio di personalità* alle sanzioni amministrative per ragioni *testuali*<sup>78</sup> e *storiche*<sup>79</sup>; la sua estensione analogica sarebbe poi altrettanto da rifiutare per argomenti *sistematici*<sup>80</sup> (il suo inserimento in un contesto normativo ritagliato sul diritto penale) e di *politica del diritto*<sup>81</sup> (risulterebbero illegittime forme di respon-

<sup>75</sup> "Le norme che stabiliscono sanzioni devono osservare i principi di imparzialità e ragionevolezza, non solo sotto il profilo sostanziale – di adeguatezza della misura della sanzione alla gravità dell'illecito –, ma anche sotto il profilo formale – di 'indiscriminatezza' dell'irrogazione –, senza ammettere condizionamenti di 'opportunità', né *oggettiva* (interessi amministrativi particolari), né, tantomeno, *sogettiva* (persona del trasgressore)": *op. ult. cit.*, p. 143.

<sup>76</sup> "L'art. 3 Cost., correttamente interpretato alla luce del criterio di ragionevolezza, esige infatti che esenzioni da 'pena' possano essere solo di natura *generale* (per 'categoria' di soggetti o di sottofattispecie concrete) prefissate dalla legge": *ibidem*.

<sup>77</sup> *Op. ult. cit.*, p. 144.

<sup>78</sup> "Se nella 'parallela' lettura dell'art. 25 co. 2 Cost. il termine 'punito', per la sua portata generale (è 'punito', tanto il colpevole di un delitto con la reclusione, quanto il funzionario scorretto con la censura, quanto – trascendendo addirittura il diritto – il peccatore con la penitenza) è obiettivamente suscettibile – almeno sotto il profilo semantico – di un'estensione a 'pene' diverse da quelle criminali, la locuzione 'responsabilità penale' può essere soltanto evocativa del diritto penale": *op. ult. cit.*, p. 148.

<sup>79</sup> "Durante i lavori della Costituente, l'attuale formulazione del comma 1 dell'art. 27 fu sostituita a quella originaria, di maggiore ampiezza, 'la responsabilità è personale', proprio per circoscrivere il principio di personalità alla responsabilità *penale*, evitando così le 'costose' ripercussioni – in termini di tutela degli interessi lesi – di una sua estensione alle altre aree dell'illecito (*in primis*, a quella civile)": *op. ult. cit.*, p. 149.

<sup>80</sup> "Il disposto costituzionale in questione ha assunto pregnanza solo all'interno di un'architettura sistematica le cui colonne portanti sono rappresentate dal canone feuerbachiano enunciato nel comma 2 dell'art. 25 Cost., e soprattutto dal principio rieducativo affermato dall'art. 27 co. 3. (...) Una lettura 'estensiva' dell'art. 27 co. 1 (sino ad includervi le sanzioni amministrative) scardinando questa corretta impostazione sistematica, ne svuoterebbe l'efficacia di criterio caratterizzante rispetto ai principi costituzionali inerenti al reato, e ne ridurrebbe la portata, in definitiva, all'ovvia esplicitazione del divieto di sanzioni collettive": *ibidem*.

<sup>81</sup> "L'accoglimento della tesi che si critica porterebbe a ritenere costituzionalmente illegittima, sia ogni ipotesi di *responsabilità* amministrativa *oggettiva* (e cioè ogni responsabilità per rischio assunto o 'di posizione') sia qualsiasi forma di *corresponsabilizzazione della persona giuridica* per l'illecito del legale rappresentante o del dipendente. Si tratta però – come è noto – di ipotesi di responsabilità che, intollerabili o inconcepibili rispetto alla pena criminale, rappresentano invece, nei sistemi giuridici oggi più evoluti, lo strumento privilegiato di tutela (amministrativa) all'interno di attività economiche complesse": *op. ult. cit.*, p. 150.

sabilità oggettiva o di responsabilizzazione della persona giuridica che, vietate nel diritto penale, sono invece ammissibili ed utili in sede amministrativa). Rispetto al terzo comma dell'art. 27, "la *'funzione rieducativa'*, nella densità dei significati etico-sociali che la moderna dottrina – non solo italiana – le riconnette, non può che concernere la pena criminale", mentre non può non valere anche per la sanzione amministrativa il divieto di "trattamenti contrari al senso di umanità"<sup>82</sup>.

### 5.3.3. *I contributi degli anni Novanta*

Come già ricordato sopra, con l'inizio degli anni Novanta, i temi legati alla depenalizzazione perdono la centralità che avevano rivestito nel decennio precedente, e si fanno molto più rari i contributi dedicati al tema che ci interessa.

Di un certo interesse nella nostra prospettiva è peraltro un lavoro di Piergallini del 1994, che – ribadendo la contrarietà ad interpretazioni gradualistiche delle garanzie penalistiche che rischiano di minarne la solidità anche nell'ambito del diritto penale in senso stretto<sup>83</sup>, e riaffermando il principio per cui ad un minore carico afflittivo delle sanzioni amministrative è ragionevole si accompagni un più attenuato statuto garantistico<sup>84</sup> – torna sul tema poco indagato dell'applicabilità alle sanzioni amministrative del principio di retroattività *in mitius*, respingendo la tesi di Sandulli circa la riconducibilità di tale principio alla *ratio* dell'art. 25 co. 2 Cost.

Da segnalare è infine uno dei rari contributi sul nostro tema da parte di un costituzionalista, Angiolini<sup>85</sup> (l'argomento è specie negli ultimi anni di prevalente interesse della dottrina penalistica, con numerosi ed importanti contributi di amministrativisti, e rare incursioni dei costituzionalisti),

---

<sup>82</sup> "Non resta che prendere atto del silenzio della Costituzione sui principi e sulla struttura della responsabilità amministrativa non-disciplinare, salvo che per lo scontato divieto di infliggere 'trattamenti contrari al senso di umanità', ivi compresi quelli che comportano la 'degradazione' morale o sociale dell'individuo (principio dettato dall'art. 27 co. 3 per le pene criminali e quindi valido, in questo caso, *a fortiori* per le sanzioni amministrative": *op. ult. cit.*, p. 151.

<sup>83</sup> C. PIERGALLINI, *Argomenti per l'autonomia' dell'illecito amministrativo: il nodo della 'lex mitior'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1556: "L'estensione del raggio di operatività dell'art. 25 co. 2 al di là del tradizionale confine della materia penale, per il tramite di una diversa graduazione dell'intensità della garanzia a seconda del tipo di illecito, rischia di produrre un sostanziale impoverimento dei principi che disegnano il volto costituzionale dell'illecito penale".

<sup>84</sup> "Deve esistere, anche in una prospettiva assiologica, un rapporto di proporzione tra l'intensità delle garanzie e il valore dei beni protetti. Solo la pena incide sulla libertà personale e risulta produttiva, con il processo penale, del cd. *stigma* criminale. (...) Non è, quindi, corretto equiparare, nel regime costituzionale delle fonti, l'illecito penale e l'illecito amministrativo. In assenza di ripercussioni sulla libertà personale, la sanzione amministrativa – come sanzione dell'Amministrazione – troverà copertura costituzionale nelle specifiche norme degli artt. 23, 28 e 97 Cost.": *ibidem*.

<sup>85</sup> V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, p. 227 ss.

che aderisce alla tesi ormai da considerarsi prevalente dell'inapplicabilità delle garanzie penalistiche (specie del principio di legalità penale), ma si sforza altresì di riconoscere alla sanzione amministrativa un corredo di garanzie costituzionali più ampio di quello proprio in generale della legalità amministrativa. L'autore reputa in particolare necessario, nel definire lo statuto garantistico dell'illecito amministrativo, tenere in considerazione la sua indiscussa finalità punitiva, ed individua nell'art. 28 Cost., in materia di responsabilità dei funzionari e dipendenti dello Stato, il referente normativo cui ricondurre analogicamente tale elemento differenziale rispetto alle altre attività della pubblica amministrazione<sup>86</sup>.

Tre sono in particolare, secondo Angiolini, le note costituzionali proprie di tutte le misure afflittive a finalità punitiva, tra cui ovviamente rientrano le sanzioni amministrative. La prima peculiarità sta nel fatto che "non vi potrebbe essere sanzione, e cioè una qualsiasi reazione dell'ordinamento, se non per chi abbia commesso un'infrazione, mancando a doveri od obblighi di condotta, i quali siano stabiliti indipendentemente dal dovere e dall'obbligo di sopportare gli effetti dell'attività sanzionatoria"<sup>87</sup>; all'interno di tale requisito, l'autore colloca poi il *principio di offensività* (inteso peraltro in senso molto più debole che nell'accezione penalistica) ed il principio di *personalità*, ma non quello di *colpevolezza*, il divieto di responsabilità oggettiva essendo da stimare valido per le sanzioni penali, ma non per quelle amministrative. Anche per l'illecito amministrativo, poi, vale il principio per cui "non dovrebbero esservi sanzioni alla cui irrogazione o alla cui commisurazione sia estraneo un giudizio sulla condotta e sull'evento"<sup>88</sup> (il riferimento è in particolare all'illegittimità di sanzioni tributarie fondate su una determinazione presuntiva dell'imponibile). In terzo luogo, "la strumentalità della sanzione alla repressione dell'illecito non può andare disgiunta dalla predisposizione di una *procedura idonea alla verifica dell'infrazione commessa*, la quale deve soddisfare le istanze di un accertamento storico dei fatti e del diritto applicabile alla fattispecie" (con riferimento normativo all'art. 24 Cost.)<sup>89</sup>.

---

<sup>86</sup> "La sanzione amministrativa rimarrebbe, pertanto una manifestazione della pubblica amministrazione; ma l'irrogazione della sanzione stessa non potrebbe sfuggire, proprio per il principio di 'ragionevolezza' dell'art. 3, a quelle regole e quei principi i quali, piuttosto che discendere dalla connotazione civile, penale e amministrativa dell'illecito, sembrano discendere dalla connotazione dell'illecito in quanto tale, in quanto infrazione a cui l'ordinamento debba o possa specificamente reagire, in un modo appropriato. In altre parole, a volerne evincere principi che trascendano la sua propria sfera di applicazione, l'art. 28 Cost. potrebbe contraddistinguere le sanzioni, rispetto ad altre manifestazioni di pubblica amministrazione, per il loro essere *strumentali* alla repressione di un illecito come infrazione al diritto": *op. ult. cit.*, p. 247.

<sup>87</sup> *Op. ult. cit.*, p. 248.

<sup>88</sup> *Ibidem.*

<sup>89</sup> *Op. ult. cit.*, p. 251.

L'esito conclusivo della riflessione è che non deve essere riposta soverchia fiducia nella capacità delle norme costituzionali di incidere sulla disciplina dell'illecito amministrativo, che in ragione della sua duttilità dogmatica risulta difficile da imbrigliare nella rete dei principi costituzionali<sup>90</sup>.

#### 5.4. *Le garanzie penalistiche e la loro applicabilità ad altre misure afflittive diverse dalla sanzione amministrativa*

Il tema dell'applicabilità delle garanzie costituzionali della materia penale oltre i confini del diritto penale in senso stretto è stato prevalentemente affrontato dalla dottrina rispetto all'illecito amministrativo (depenalizzato), ma si è posto anche in relazione ad altre misure afflittive non formalmente penali, che andremo di seguito brevemente ad analizzare. Prima, però, una rapidissima delimitazione del campo di indagine.

Non saranno qui oggetto di trattazione le questioni relative alle *misure di sicurezza*, che godono di uno specifico statuto costituzionale, ai sensi dell'art. 25 co. 3 Cost., ed il cui studio non rientra nell'ambito specifico di questa indagine. Che tali misure siano infatti da considerare *sanzioni penali*, nonostante la denominazione come "misure amministrative" fornita dal titolo codicistico ad esse dedicato, è acquisizione pacifica da decenni in dottrina<sup>91</sup>; esse dunque non rientrano nel perimetro di un'indagine volta ad accertare l'applicabilità delle garanzie penalistiche a misure afflittive estranee proprio al binomio pene-misure di sicurezza costitutivo delle sanzioni penali in senso stretto. La questione da sempre controversa, su cui qui non è necessario prendere posizione, è come interpretare la mancata riproposizione, nel testo del terzo comma dell'art. 25, del divieto di applicazione retroattiva sancito al comma precedente<sup>92</sup>: ma rimane comunque fuori discussione che ci si muova all'interno della materia penale in senso costituzionale.

Non crediamo neppure necessario dedicare specifica attenzione alle questioni riguardanti lo statuto costituzionale delle *sanzioni tributarie*, che

---

<sup>90</sup> "Bisogna in definitiva evitare di ingenerare aspettative che potrebbero essere tradite: l'importanza delle regole e dei principi che possono essere estratti dalla Costituzione, per quel che attiene alle sanzioni e agli illeciti amministrativi, è, nell'insieme, un'importanza abbastanza circoscritta. (...) La verità, la quale pare attraversare come un filo rosso l'esperienza storica, potrebbe essere che la persistente fortuna delle sanzioni amministrative sia alimentata, in misura notevole, proprio dalla duttilità, che è anche irriducibile ambiguità, di questi istituti. Il che scoraggia dal pretendere troppo dal diritto costituzionale": *op ult. cit.*, p. 253.

<sup>91</sup> Cfr. per tutti l'esemplare voce di A. PAGLIARO, *Sanzione penale*, in *Enc. dir.*, 1992, p. 1 ss.

<sup>92</sup> Nella dottrina del periodo ora oggetto di studio, per una specifica analisi della questione e per l'argomentazione circa l'applicabilità della garanzia dell'irretroattività anche per le misure di sicurezza, cfr. per tutti G. MARINI, *Nullum crimen, nulla poena sine lege (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1978, p. 959 s.

ai fini della nostra ricerca possono considerarsi una *species* di sanzioni amministrative, caratterizzate dallo specifico interesse che concorrono a tutelare (il fondamentale interesse alla riscossione dei tributi da parte dello Stato, costituzionalmente rilevante ex art. 53 Cost.). Come parte del *genus* dell'illecito amministrativo punitivo, le peculiari misure afflittive proprie di questo ambito di materia rientrano o meno nella nozione costituzionale di materia penale a seconda appunto della risposta che si intenda fornire a tale interrogativo rispetto alla figura generale<sup>93</sup>.

#### 5.4.1. *Le misure di prevenzione*

Venendo invece a misure afflittive non penali estranee anche a tale *genus*, da sempre molto vivace in dottrina è il dibattito circa lo statuto costituzionale delle *misure di prevenzione*.

Non è questa la sede per ripercorrere *funditus* la storia di uno degli strumenti repressivi di cui in dottrina è tradizionalmente più controversa la legittimità costituzionale<sup>94</sup>. Limitandoci ai profili che più direttamente ci interessano, già negli anni Sessanta le decisioni della Corte costituzionale che, negando la natura penale di tali misure, avevano sancito l'inapplicabilità delle garanzie di cui agli artt. 25 e 27<sup>95</sup>, erano state aspramente criticate da un autorevole commentatore<sup>96</sup>. L'argomento della natura preventiva e non punitiva di tali misure, utilizzato dalla Corte per negarne la riconducibilità alla materia penale, non può bastare secondo Elia per giustificare in uno Stato democratico misure di polizia che sono strutturalmente incompatibili, specie per i profili procedimentali, con la riserva di legge e di giurisdizione desumibile dalle norme costituzionali per ogni provvedimento (anche non punitivo) incidente sulla libertà personale o su altri diritti costituzionalmente garantiti<sup>97</sup>.

Negli anni Settanta il movimento a favore dell'abolizione (o almeno di una radicale riscrittura) del sistema di prevenzione *ante delictum* diventa sempre più forte, tanto in ambito gius-politico che strettamente scientifico<sup>98</sup>. Ancora una volta il problema non è tanto quello di riconoscere la pe-

<sup>93</sup> Per questa impostazione, comune nella dottrina coeva, cfr. l'ampio e documentato lavoro di F. GALLO, *Aspetti inquietanti della disciplina del cosiddetto condono edilizio: violazioni dello 'status' di cittadino*, in *Giur. it.*, 1987, p. IV, c. 321 ss.

<sup>94</sup> Il materiale in argomento è vastissimo; nella letteratura del secolo scorso, cfr. per tutti D. PETRINI, *La prevenzione inutile - Illegittimità delle misure praeter delictum*, 1996.

<sup>95</sup> Cfr. le sentenze della Corte costituzionale n. 68/64, relativa all'applicabilità dell'art. 25, e n. 23/64, relativa all'applicabilità dell'art. 27, entrambe citate nel primo capitolo.

<sup>96</sup> L. ELIA, *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 938 ss.

<sup>97</sup> Per una compiuta argomentazione della tesi dell'incostituzionalità delle misure di prevenzione, cfr. diffusamente L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, 1962.

<sup>98</sup> Cfr. ad esempio gli atti dell'importante convegno organizzato nell'aprile 1974 dal Cen-

culiare finalità preventiva che distingue tali misure dalle pene in senso stretto, quanto di decidere se esse si possano considerare uno strumento legittimo di contrasto alla criminalità in una società democratica. In un lavoro sintomatico (a partire dal titolo)<sup>99</sup> dell'atteggiamento di fortissima avversione verso queste misure nutrito da una larga parte dei commentatori, Nobili individua il vero *punctum dolens* dell'intera disciplina nella fragilità dei dati probatori sufficienti nel sistema della prevenzione per l'emissione di provvedimenti anche fortemente invasivi dei diritti dei destinatari; le misure di prevenzione diventano nella prassi delle "pene del sospetto", con cui si attribuisce all'autorità di polizia la possibilità di sanzionare un soggetto di cui non si è in grado di provare la responsabilità in sede penale<sup>100</sup>.

I decenni successivi vedono un almeno parziale mutamento del clima politico-culturale nei confronti delle misure di prevenzione. La Corte costituzionale, con una importante sentenza del 1980<sup>101</sup>, pur senza prendere posizione circa la riconducibilità delle misure di prevenzione all'ambito di applicabilità dell'art. 25 co. 3 piuttosto che dell'art. 13, aveva dichiarato l'illegittimità costituzionale per violazione del principio di determinatezza della disposizione che inseriva tra i possibili destinatari delle misure i soggetti ritenuti "proclivi a delinquere". Da un lato, quindi, rispetto alle decisioni di chiusura degli anni Sessanta, si assiste al tentativo della Corte di intervenire ponendo rimedio almeno alle illegittimità più evidenti del sistema; dall'altro lato, la situazione di emergenza, legata alla forte espansione della criminalità di matrice eversiva e mafiosa, rende più difficile opporsi all'uso di uno strumento che pare ormai irrinunciabile nel contrasto a tali gravissimi fenomeni criminali, e che proprio in questi anni conosce come noto un significativo ampliamento dei propri ambiti di applicabilità<sup>102</sup>. Certo non mancano i contributi ancora fortemente contrari alle misure in esame, e nei quali la loro riconduzione alla materia penale costituisce un argomento per sostenerne l'illegittimità<sup>103</sup>; ma sono altresì signi-

---

tro nazionale di prevenzione e difesa sociale, raccolti nel volume *Le misure di prevenzione - Atti del Convegno*, 1975.

<sup>99</sup> M. NOBILI, *Ritorno al Medioevo? Note sulla prova nel processo di prevenzione criminale*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 419 ss.

<sup>100</sup> "Le misure di prevenzione finiscono per svolgere, nella pratica, una funzione sanzionatoria-repressiva di comportamenti criminali la cui sussistenza non si è riusciti a provare nel processo penale 'ordinario': *op. ult. cit.*, p. 421.

<sup>101</sup> C. cost. n. 177/80.

<sup>102</sup> Il riferimento è ovviamente alla l. 152/75 (c.d. legge Reale), in materia di criminalità politica, e alla l. 646/82 (c.d. legge Rognoni-La Torre), in materia di criminalità mafiosa.

<sup>103</sup> Cfr. in particolare sul nostro tema specifico G. CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di G. FIANDACA-S. COSTANTINO, 1986, p. 135 s.: "Come può considerarsi estraneo al sistema penale un insieme di restrizioni che fanno capo non ad una valutazione oggettiva di interessi pubblici, slegata da un giudizio sul soggetto passivo - per es. l'espropriazione ex art. 42

ficativi i pareri di chi ritiene che la natura preventiva e non punitiva delle stesse sia decisiva per giustificarne la deroga ai principi costituzionali della materia penale (*in primis* la legalità in senso sostanziale e procedimentale)<sup>104</sup>.

#### 5.4.2. *Le sanzioni disciplinari*

All'interno della categoria della sanzione amministrativa in senso lato, la dottrina è solita enucleare la *species* delle *sanzioni disciplinari* di competenza della pubblica amministrazione nei confronti dei propri dipendenti. Indiscussa la finalità anche punitiva di tali misure, la peculiarità che destinatari non ne siano in generale tutti i consociati, ma solo soggetti che hanno liberamente contratto specifici vincoli giuridici con la pubblica amministrazione, conduce in prevalenza la dottrina ad escludere l'applicabilità a tali misure delle norme costituzionali in materia penale<sup>105</sup>. Le garanzie costituzionali (anche in materia di legalità) di cui tali sanzioni sono comunque corredate derivano dall'applicazione non già dell'art. 25, ma degli articoli attinenti la legalità dell'attività amministrativa, oltre alla specifica disposizione di cui all'art. 28 Cost.<sup>106</sup>.

---

Cost. – ma si fondano su un giudizio di disvalore che a sua volta legittima una prognosi di pericolosità? (...) Le misure di prevenzione (salvo che non siano, come sono il più delle volte, succedanei di pene delle quali non si siano potuti accertare i presupposti) prescindono da un fatto reato, prescindono anzi da un fatto (entità storica che sola è suscettibile di accertamento), o postulano una condotta che, non essendo illecita, non ammette una reazione di tipo afflittivo. In altri termini vi è una radicale incompatibilità logico-giuridica tra fattispecie preventiva di pericolosità e accertamento giudiziale o, più latamente, giurisdizionale. (...) Per usare la terminologia di Amodio (il lavoro cui si fa riferimento è nel volume degli atti del convegno del 1975 citato sopra: n.d.a.) non si tratta di modificare una giurisdizionalità *imperfetta*, ma di prendere atto di una giurisdizionalità *impossibile*".

<sup>104</sup> Significativo di questo orientamento è in particolare il pensiero di P. NUVOLONE: cfr. per tutti, tra i diversi lavori dell'autore in argomento, la voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, 1976, p. 641: "La *legalità repressiva* non è la stessa cosa della *legalità preventiva*. La prima tende a garantire l'individuo contro l'arbitrio di una sanzione punitiva non prevista specificamente dalla legge per quel caso; la seconda tende a garantire l'individuo, da un lato, che la misura di prevenzione deve essere espressamente contemplata dalla legge; e, dall'altro lato, che la misura di prevenzione può essere irrogata solo in base all'accertamento di situazioni soggettive di pericolosità, i cui indici devono essere previsti tassativamente dalla legge. (...) Non di deve, in sostanza, scambiare la misura di prevenzione con una specie di sanzione anomala per punire un comportamento non approvato dalla collettività".

<sup>105</sup> Cfr. in particolare la monografia di G. MOR, *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, 1970 ("In questa linea si ritiene che gli artt. 25-27 Cost. si riferiscano solo all'attività esplicata dal giudice penale e che di conseguenza non siano estensibili a situazioni che pur presentando una certa affinità, permangono a questa estranee": p. 45). Nello stesso senso, oltre al lavoro di PALIERO e TRAVI più volte citato (cfr. p. 48 ss.), cfr. per tutti anche A. FIORELLA, *Reato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, p. 779.

<sup>106</sup> Cfr. in particolare il citato lavoro di G. MOR, che sulla base di tali riferimenti costituzionali declina "Il principio *nullum crimen sine lege* in materia disciplinare" (cap. 1), "Il prin-

Problematica risulta la legittimità costituzionale di tali sanzioni quando, come nell'unico caso delle *misure disciplinari militari*, esse giungano a privare il destinatario della libertà personale. Ferma restando la loro estraneità alla materia penale, la dottrina del dopoguerra supera il tradizionale indirizzo volto a giustificare le peculiarità dell'ordinamento militare sulla scorta di una sua pretesa autonomia dall'ordinamento giuridico generale, ed alla luce in particolare dell'art. 52 co. 3 Cost. (secondo cui "l'ordinamento delle Forze armate si informa allo spirito democratico della Repubblica"), reputa necessario che anche la disciplina militare rispetti i vincoli dettati dalla Costituzione a tutela dei diritti fondamentali, con la conseguenza che sanzioni disciplinari incidenti sulla libertà personale sono legittime solo ove vengano rispettate le garanzie di cui all'art. 13 Cost.<sup>107</sup>.

#### 5.4.3. *Le diverse ipotesi di confisca: cenni*

Come si ricorderà, molte delle decisioni della Corte costituzionale relative al tema che ci interessa, a partire dalle prime degli anni Sessanta, hanno ad oggetto ipotesi speciali di confisca, che i giudici remittenti, pur in mancanza di esplicita qualificazione legislativa come misure penali, avevano ritenuto sussumibili nell'ambito di applicabilità delle garanzie penali in ragione della loro finalità punitiva. Anche nella giurisprudenza della Corte EDU, svariate pronunce, tra quelle citate nel secondo capitolo, sono relative a casi di misure ablatorie reali, variamente qualificate negli ordinamenti nazionali.

In effetti, la natura polivalente che connota l'istituto della confisca nel nostro ordinamento positivo (come in quello di molti altri Paesi) ne fa il candidato ideale per una problematizzazione empirica della questione che ci interessa. Delineare l'ambito del diritto penale costituzionale risulta infatti problematico proprio quando ci si debba confrontare con misure afflittive dallo statuto giuridico controverso, ad esempio perché, come nel caso ora allo studio, al medesimo contenuto afflittivo (la sottrazione di un cespite al patrimonio del destinatario) corrispondono diverse qualificazioni normative, espressive delle diverse finalità che con tale strumento il legislatore intende perseguire<sup>108</sup>. La confisca può essere una misura di si-

---

*cipio 'nulla poena sine lege' in materia disciplinare* (cap. 2), "Il principio 'nulla poena sine iudicio' in materia disciplinare" (cap. 3): lo statuto garantistico che l'autore arriva a delineare presenta molti aspetti in comune con quello della materia penale, ma non è ad esso sovrapponibile, specie in relazione al profilo della minore determinatezza richiesta al legislatore nella descrizione dell'illecito disciplinare rispetto a quello penale.

<sup>107</sup> Cfr. per tutti, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, A. CARIOLA, *Servizio militare, sanzioni disciplinari detentive e principi costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1988, p. 453 ss.

<sup>108</sup> Nella dottrina pre-anni Duemila, per una ricognizione delle molteplici problematiche legate a questo istituto, cfr. per tutti A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. Pen.*, 1989, p. 39 ss., ed a livello monografico L. FURNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie - Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale 'moderno'*, 1997.

curezza, una misura di prevenzione, una misura amministrativa con finalità riparatoria o ripristinatoria, o ancora può avere una finalità più schiettamente punitiva. Per delineare il corredo di garanzie costituzionali di una singola forma di confisca, bisogna anzitutto considerare la qualificazione giuridica fornita dal legislatore (se ad esempio è qualificata come misura di prevenzione, si porranno i problemi relativi all'individuazione del corredo costituzionale di garanzie di tali misure, così se è qualificata come misura di sicurezza), ma a questa non ci si può arrestare, dovendosi poi analizzare le specifiche peculiarità della disciplina positiva per delinearne la vera natura (se ad esempio il valore dei beni confiscati è significativamente superiore al profitto ricavato dal fatto illecito, alla confisca dovrà attribuirsi finalità punitiva, anche qualora il legislatore l'abbia qualificata come misura risarcitoria).

Il problema delle garanzie costituzionali della confisca non può dunque essere affrontato in maniera unitaria, in quanto la sua soluzione dipende dalla particolare configurazione che il legislatore assegna alla specifica forma di confisca in discussione (dall'analisi della disciplina normativa si deduce la natura e la finalità della misura, e da queste a sua volta si ricava il regime costituzionale cui la stessa andrà sottoposta). Le garanzie saranno allora quelle proprie del tipo di misure cui appartiene la specifica forma di confisca, sicché procedere ora ad un'analisi dei molti profili problematici analizzati dalla dottrina del periodo allo studio in materia di confisca ci porterebbe fuori dai binari della nostra ricerca, posto che nella nostra prospettiva di indagine tale istituto non rappresenta una categoria concettuale dotata di autonoma rilevanza.

Ci pare tuttavia necessario fare almeno un breve cenno ad una ponderosa monografia di Maugeri in materia di misure patrimoniali, che risulta qui di particolare interesse perché affronta espressamente il tema delle diverse garanzie costituzionali da riconoscere alle molteplici ipotesi di confisca presenti all'epoca (il lavoro è del 2001<sup>109</sup>) nel nostro ordinamento. I profili di maggiore criticità vengono rinvenuti nella disciplina delle misure ablatorie previste nell'ambito delle misure di prevenzione (in modo particolare nella legislazione antimafia), rispetto ai principi di *colpevolezza* e della *presunzione di innocenza*. Quanto al primo, Maugeri sostiene la tesi della radicale incompatibilità con tale principio delle misure di prevenzione (non solo per la verità la confisca di prevenzione, ma anche le misure personali), riprendendo la tesi già analizzata sopra per cui la finalità preventiva che il legislatore assegna a tali misure celerebbe la loro intrinseca natura di pene del sospetto<sup>110</sup>. Quanto al secondo, la necessità costi-

---

<sup>109</sup> A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, 2001.

<sup>110</sup> "Si viola il principio di colpevolezza per il 'fatto commesso', in quanto si tratta di una forma di responsabilità per una vaga situazione di sospetto, o di sussistenza di indizi, sufficienti ad una parallela incriminazione penale, ma non per quella sentenza di accertamento

tuzionale di subordinare l'applicazione di una misura sanzionatoria alla prova della commissione del fatto illecito viene aggirata anche in questo caso dalla qualificazione come misura preventiva, che arriva a giustificare un accertamento basato su meri sospetti, e condotto senza le necessarie garanzie giurisdizionali<sup>111</sup>.

## 6. Le garanzie costituzionali della materia penale nella dottrina più recente

Alla notevole mole di contributi che, specie nei decenni Settanta ed Ottanta, sono stati dedicati al tema dell'ambito di applicabilità delle garanzie costituzionali, non corrisponde altrettanto interesse da parte della dottrina del nuovo millennio. Come abbiamo visto nell'introduzione, il tema è stato per così dire fagocitato dall'attenzione dedicata alla questione (concettualmente certo affine ma normativamente diversa) dei confini *convenzionali* della materia penale, che per il tramite dell'art. 117 Cost. è arrivata quasi a monopolizzare l'attenzione della stessa giurisprudenza costituzionale.

Nelle pagine che seguono daremo anzitutto conto dei contributi contrari o comunque prudenti rispetto alla tesi dell'estensione delle garanzie penali a misure punitive formalmente non penali, per poi verificare come negli ultimissimi anni, similmente a quanto è avvenuto nella giurisprudenza costituzionale (almeno per quanto riguarda l'art. 25 Cost.), anche nella dottrina (specie penalistica) stia acquisendo sempre *maggiore consenso* la tesi di un'*applicazione estensiva* di tali garanzie a tutte le misure a carattere afflittivo e punitivo.

### 6.1. Le tesi contrarie o perplesse rispetto all'estensione

Una risposta negativa alla questione dell'estensione delle garanzie costituzionali della materia penale si rinviene anzitutto in alcuni lavori della manualistica penale<sup>112</sup>. Il maggiore spazio all'argomento viene dedicato

---

giuridico del fatto e di conseguente condanna, che è il presupposto indefettibile della pena, (...) il tutto in una sorta di funzionalizzazione della colpevolezza ad esigenze di prevenzione generale, che ne violano la *ratio* garantista della libertà del cittadino": *op. ult. cit.*, p. 757.

<sup>111</sup> "Non si può giustificare l'assenza di un processo e la formulazione della fattispecie in termini di sospetto, affermando che si tratta di misure preventive, perché se realmente si trattasse di misure preventive sarebbe inutile modellarne i presupposti su modelli riconducibili a singole fattispecie di reato": *op. ult. cit.*, p. 839.

<sup>112</sup> Cfr. ad esempio per un cenno sul punto i manuali di D. PULITANÒ, *Diritto penale*, cit., p. 628 s. ("La specifica severità della pena ed il significato simbolico (di disapprovazione) che il giudizio penale esprime, comportano esigenze di delimitazione secondo criteri di sus-

nel manuale di De Vero, che riprende l'argomento di Bricola circa la necessità di limitare le garanzie forti della materia penale costituzionale alle misure anche formalmente penali, le uniche che possono incidere sulla libertà personale<sup>113</sup>.

Diverse perplessità rispetto ad una lettura estensiva delle garanzie penalistiche emergono soprattutto nella dottrina costituzionalistica<sup>114</sup>.

Il lavoro più interessante – anche in ragione dell'identità del suo autore, Zanon, giudice costituzionale ed estensore di una importante decisione della Corte sul tema citata nel primo capitolo – è un saggio del 2017, dedicato proprio al tema oggetto di questa indagine<sup>115</sup>.

L'autore, in sintonia con l'approccio oggi prevalente alla materia, inizia prendendo in considerazione la nozione convenzionale di materia penale, che per il tramite dell'art. 117 Cost. acquista indiretta rilevanza anche in prospettiva costituzionale. Zanon auspica che i giudici ordinari esercitino una lettura convenzionalmente orientata del disposto normativo, senza però spingersi a disapplicare direttamente, senza rimettere la questione ai giudici delle leggi, una disposizione legislativa che si ritenga in contrasto con le garanzie convenzionali come interpretate dalla Corte EDU. Il limite della qualificazione formale, che non è vincolante per la Corte europea come per la Corte costituzionale, deve risultare invece secondo l'autore insuperabile per il giudice ordinario, che quindi in presenza di una misura espressamente qualificata come non penale dal legislatore non può dare diretta applicazione delle garanzie convenzionali della materia penale, ma deve rinviare la questione ai giudici delle leggi<sup>116</sup>. Nel formulare la questione di

sidiarietà o *extrema ratio*; a ciò corrispondono i caratteri specifici e i principi garantisti di delimitazione dell'intervento penale (offensività del fatto, personalità della responsabilità) e S. CANESTRARI-L. CORNACCHIA-G. DE SIMONE, *Manuale*, cit., p. 287 ("Come la disciplina dell'illecito civile, anche quella dell'illecito amministrativo non prevede una piena applicazione dei principi di legalità e colpevolezza").

<sup>113</sup> G. DE VERO, *Corso*, cit., p. 51: "È immediatamente evidente che le prescrizioni dell'art. 27 Cost. sono state concepite in considerazione del nucleo "forte" e storicamente consolidato del diritto punitivo criminale e non possono riguardare le più miti pretese del diritto punitivo amministrativo, destinate ad arrestarsi davanti alla soglia di una qualsiasi limitazione della libertà personale".

<sup>114</sup> Cfr. in particolare i lavori di P. CHIRULLI, *La sanzione penale ovvero 'se', 'come', 'quando' e 'quanto' punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, e G. MATUCCI, *La depenalizzazione ed il principio dell'abolitio criminis nella giurisprudenza costituzionale*, entrambi in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008, a cura di E. D'ORLANDO-L. MONTANARI, 2009, p. 39 ss. e 173 ss.

<sup>115</sup> N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale – Problematiche attuali*, a cura di I. PELLIZZONE, 2017, p. 85 ss.

<sup>116</sup> "La qualificazione formale, sulla base della legge interna, di una sanzione quale non penale, resta a mio avviso dirimente, almeno per il giudice comune. Intendo dire – quand'anche in relazione a tale sanzione sia riscontrabile la presenza di almeno uno dei cd. criteri Engel di cui alla giurisprudenza di Strasburgo – questo non dovrebbe autorizzare affatto, a mio avviso,

costituzionalità, il giudice remittente deve poi essere attento ad invocare i parametri corretti, e quindi, qualora ritenga una misura penale ai sensi dei criteri Engel, a chiederne l'incostituzionalità per violazione delle garanzie convenzionali che fungono da parametro interposto di costituzionalità *ex art. 117 Cost.*, e non già delle garanzie costituzionali di cui agli artt. 25 e 27 Cost., il cui ambito di applicabilità rimane impregiudicato dalla qualificazione di una misura come convenzionalmente penale<sup>117</sup>.

Venendo alla questione che più ci interessa, e cioè la possibilità o meno per i giudici delle leggi di applicare estensivamente le garanzie che la Costituzione appresta per la materia penale, la posizione dell'autore non risulta chiarissima, anche perché solo accennata. Zanon ribadisce come ai fini dell'applicazione degli artt. 25 e 27 Cost. non sia decisiva la qualificazione come penale ai sensi dei criteri Engel, ricorda poi come la giurisprudenza costituzionale più recente si stia orientando verso l'applicazione estensiva dell'art. 25, almeno in relazione al principio di irretroattività, ma conclude assai rapidamente ritenendo tale questione estranea al tema di indagine, che evidentemente viene inteso come relativo ai soli profili di rilevanza costituzionale indiretta della '*matière pénale*' per il tramite dell'art. 117 Cost.<sup>118</sup>.

L'autore termina poi il suo contributo con il monito a diffidare da un atteggiamento che definisce di "inseguimento della giurisprudenza della Corte EDU sul terreno delle garanzie"<sup>119</sup>. La preoccupazione dell'autore è

---

il giudice comune, a procedere direttamente all'applicazione delle garanzie convenzionali. Questo potrebbe farlo semmai, se adita, la Corte europea, per la quale non è vincolante la qualificazione che l'ordinamento nazionale fa nel senso di escludere la natura penale della sanzione. Viceversa, proprio la qualificazione legislativa di quella sanzione quale non penale coincide, per il giudice comune interno, con il limite del testo, che, a mio modo di vedere, dovrebbe impedire l'interpretazione conforme, e rendere invece necessario sollevare la questione di legittimità costituzionale per asserita violazione dell'art. 117 co. 1 Cost.": *op. ult. cit.*, p. 89.

<sup>117</sup> Il punto è ripreso dall'autore anche nel suo intervento dal titolo *La 'materia penale' tra diritto nazionale ed europeo* al Congresso nazionale AIDP svoltosi a Modena dal 30 marzo al 1 aprile 2017: per una sintesi del contenuto di questa e delle altre relazioni, cfr. la scheda a firma di F. DIAMANTI-L. MESSORI, pubblicata in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1239 ss.

<sup>118</sup> "Il giudice comune può, con franchezza, chiedere alla Corte costituzionale di allargare l'ambito di applicazione delle garanzie apprestate dai parametri costituzionali interni dedicati alla materia formalmente penale, e di estenderlo *tout court* alle sanzioni amministrative. Ciò può fare lamentando un contrasto diretto tra la normativa censurata e gli artt. 25 co. 2 e 27 Cost. In tal caso non ha nessuna necessità di passare attraverso la impropria 'trasformazione penale' della sanzione, mediante il ricorso ai criteri Engel. (...) Di recente, la giurisprudenza costituzionale è tornata talvolta a riferire il parametro di cui all'art. 25 co. 2 Cost. anche a misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto, quantomeno limitatamente al contenuto essenziale di tale 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. Ma questa mi sembra che sia un'altra storia, che non ha direttamente a che fare con la '*matière pénale*' nel senso in cui se ne ragiona qui": *op. ult. cit.*, p. 93 s.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

che, con una “inattesa eterogenesi dei fini”, la legittimazione derivante dall’applicabilità delle garanzie convenzionali della materia penale anche alle sanzioni amministrative possa spingere il legislatore a dotare queste ultime di una carica afflittiva talmente pesante, da far ben presto richiedere l’intervento del giudice penale, aprendo così la strada al rischio di un progressivo arretramento del processo di depenalizzazione<sup>120</sup>.

Obiezioni ancora più decise alla tesi dell’espansione delle garanzie penalistiche vengono infine avanzate in una nota di commento di Pellizzone alla sentenza della Corte costituzionale sul tema redatta proprio dal giudice Zanon<sup>121</sup>. L’elemento di maggiore preoccupazione è la rottura della legalità e del valore della certezza del diritto che rischia di venire provocata dall’estensione delle garanzie costituzionali della materia penale a misure qualificate come non penali dal legislatore; è vero che si tratta di incertezze ermeneutiche che si risolvono comunque in *bonam partem*, ma l’autrice invita a prestare in ogni caso molta attenzione nell’utilizzo di categorie concettuali che hanno come effetto quello di limitare la discrezionalità politica del legislatore democratico in materia penale<sup>122</sup>.

---

<sup>120</sup> “L’attrazione di una sanzione nell’orbita del ‘penalmente rilevante’, se resta circoscritta all’estensione delle garanzie convenzionali, è, come dicevo, strategia complessivamente vincente, perché aggiunge garanzie senza alterare equilibri, aumenta i diritti e non va a loro detrimento. Viceversa, se non resta circoscritta a ciò, si corrono rischi che oggi possono solo essere intraveduti. (...) Per la via che pavento, un nuovo ‘diritto punitivo’, legittimato anche dalla sua soggezione alla Convenzione, potrebbe giustificare sanzioni, pur non formalmente penali, ma talmente invasive e pesanti da far richiedere che l’applicazione di queste sia di nuovo riservata non già all’amministrazione, ma ad un giudice indipendente ed imparziale, quale è il giudice penale. A quel punto, direbbero i francesi, *la boucle est bouclée*. Riguadagneremmo di certo in imparzialità, ma – a parte la rinuncia alle prospettive di deflazione del carico gravante sugli uffici giudiziari – a qualche *justiciable*, anziché l’incremento delle sue libertà individuali, sarebbe di nuovo inflitto lo stigma delle indagini, del processo e della sanzione penale”: *op. ult. cit.*, p. 95.

<sup>121</sup> I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?* – *Spunti di riflessione a margine di Corte cost., sent. 11 maggio 2017, n. 109, Pres. Grossi, Rel. Zanon*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2017, n. 4, p. 172 ss.

<sup>122</sup> “Se si ammette che l’art. 25 co. 2 Cost. possa ricomprendere le tutele convenzionali per la materia penale, pur in spregio alla qualificazione legislativa voluta dal Parlamento, si vanifica infatti un profilo essenziale delle garanzie dello stesso art. 25 co. 2 Cost., ovvero la riserva di legge in materia penale. (...) Si potrebbe dubitare che le obiezioni a questa commistione di tutele abbiano fondamento, affermando sbrigativamente che fin tanto che essa dispiega conseguenze in *bonam partem* va accettata. Tuttavia, è bene sottolineare che i costi di questa operazione paiono non indifferenti, posto che la “strumentalizzazione” dell’art. 25 co. 2 Cost., al fine di applicare gli artt. 6 e 7 CEDU, porterebbe ad un vero paradosso: l’art. 25 co. 2 veicolerebbe nel nostro ordinamento violazioni di un istituto che esso stesso sancisce e protegge, cioè la riserva di legge penale, intesa come rinvio alla discrezionalità parlamentare della scelta, così come della esclusione, della sanzione penale per garantire la protezione di un bene giuridico”: *op. ult. cit.*, p. 176.

## 6.2. Le tesi favorevoli all'estensione

Negli ultimi anni tende però a prevalere nettamente, almeno nella dottrina penalistica, la tesi favorevole all'estensione delle garanzie costituzionali anche al di là del dato formale della qualificazione normativa della misura.

Tale tesi, presente sia pure in maniera molto sporadica anche nella manualistica<sup>123</sup>, viene solitamente affrontata dalla dottrina insieme alla questione della nozione convenzionale di materia penale, con quell'effetto di "trascinamento" delle garanzie dall'ambito europeo a quello interno che abbiamo visto caratterizzare anche la stessa giurisprudenza costituzionale. Non è un caso che due tra i più attenti ed autorevoli studiosi dei rapporti tra diritto penale e fonti sovranazionali, Francesco Viganò e Vittorio Manes, si possano senz'altro annoverare tra i sostenitori dell'applicabilità di una nozione non formale di materia penale anche in ambito costituzionale<sup>124</sup>.

---

<sup>123</sup> Cfr. in particolare il manuale di F. PALAZZO, *Corso*, cit., ove l'autore, rivedendo almeno in parte le posizioni espresse nella monografia del 1979, ritiene applicabili le garanzie penalistiche all'illecito amministrativo, sia pure con un certo margine di flessibilizzazione ("Ora, a prescindere dalla questione dell'applicabilità dell'art. 25 co. 2 Cost. al settore del diritto punitivo amministrativo, va dato atto che vi è un consenso piuttosto diffuso in dottrina sulla soggezione anche dell'illecito punitivo amministrativo a buona parte dei principi sovralegislativi che sono maturati in ambito schiettamente penale e che attualmente lo conformano: il principio fondamentale di legalità, con i suoi corollari della riserva di legge, della tassatività-determinatezza e dell'irretroattività, il principio di proporzionalità; il principio di colpevolezza. Questa tendenza all'espansione dei principi penalistici anche all'illecito amministrativo punitivo è giustificata per due ordini di ragioni. In primo luogo, per ragioni 'funzionalistiche' poiché quei principi costituzionali costituiscono condizioni necessarie al funzionamento della sanzione punitiva, di qualsiasi sanzione, cioè, che pretenda di perseguire utilmente e ragionevolmente scopi di prevenzione generale e speciale. (...) In secondo luogo, anche sulla spinta delle fonti europee, quei principi s'impongono nell'area punitiva amministrativa anche per ragioni di pura garanzia discendenti dallo stesso contenuto delle sanzioni di tale area, che possono consistere in limitazioni severe dei diritti e delle libertà del sanzionato. Peraltro, la tendenziale minore afflittività delle sanzioni amministrative giustifica una certa 'flessibilizzazione' di tali principi qualora il contenuto e la funzione del principio lo consentano": p. 51); cfr. nello stesso senso anche S. RIONDATO, *Il reato*, cit., p. 20 s.

<sup>124</sup> Per alcuni lavori recenti che prendono espressamente posizione a favore dell'estensione delle garanzie convenzionali e costituzionali della materia penale, cfr. in particolare, oltre ovviamente agli autori che si andranno più da vicino ad analizzare nei prossimi paragrafi, i contributi di M. SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole: il 'caso' delle sanzioni amministrative*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1401 ss. ("Lo stesso problema (dell'applicabilità dei principi penalistici alle sanzioni amministrative: n.d.a.) non si pone con riguardo al principio di irretroattività *in malam partem* della legge penale, che costituisce il 'nucleo duro' del principio di legalità, la cui estensione alle sanzioni amministrative può essere argomentata anche solo sulla base dell'art. 25, comma 2, Cost.: una volta condivisa la natura punitiva delle sanzioni, è infatti conseguenziale la loro soggezione al divieto di retroattività sfavorevole quale garanzia dello Stato di diritto, funzionale a limitare la reazione punitiva dello Stato a quella prevedibile al momento della commissione del fatto illecito. La *ratio* liberale della irre-

### 6.2.1. La tesi dei “cerchi concentrici” di Viganò

Per quanto concerne Viganò, l'autore prende posizione sulla questione che ci interessa in particolare in un lavoro del 2017 dedicato ad una valutazione comparativa delle diverse accezioni in cui è inteso il principio di legalità in ambito convenzionale e costituzionale<sup>125</sup>.

Un primo passaggio di rilievo riguarda le preoccupazioni emerse in dottrina circa il grave tasso di incertezza che l'adozione di una nozione non formale di reato introdurrebbe nella delimitazione dell'area della materia penale. Viganò parla al riguardo di “un (davvero clamoroso) fraintendimento” che sarebbe alla base di tali posizioni. Se infatti non vi è dubbio che il principio di legalità imponga di rimettere esclusivamente nelle mani del legislatore la definizione più possibile precisa dei confini del penalmente rilevante, il discorso cambia totalmente quando si tratti di definire la materia penale al diverso scopo di delimitare l'ambito di applicazione delle garanzie (convenzionali e costituzionali) alla stessa riservate: qui, lasciare il legislatore arbitro di definire a proprio arbitrio quando tali garanzie si applichino significherebbe esporsi al rischio di “frodi delle etichette” insito in ogni impostazione che pretenda di definire i confini delle garanzie sovralegali sulla base delle qualificazioni formali adottate dal legislatore ordinario<sup>126</sup>.

---

troattività delle pene, in sostanza, è mutuabile in relazione a qualsiasi sanzione a carattere punitivo, prestandosi anzi ad un'estensione ancora più ampia, cioè rispetto alla tutela dell'affidamento soggettivo nella immodificabilità *in peius* di tutte le norme giuridiche vigenti al momento del fatto – comprese, ad esempio, quelle di natura processuale – da cui può dipendere l'irrogazione della sanzione punitiva. Del tutto diverso il discorso per quanto riguarda, invece, il principio di retroattività *in bonam partem* della legge penale, che nel quadro costituzionale interno trova un fondamento assiologico che non si presta ad una estensione logica alle sanzioni punitive amministrative”: p. 3 versione on-line), e D. BIANCHI, *Il problema della 'successione impropria': un'occasione di (rinnovata) riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 322 ss. (l'autore ritiene sussumibili anche le sanzioni amministrative nel perimetro delle garanzie costituzionali della materia penale, e sulla base di tale riconduzione ad una nozione lata di sanzione penale reputa altresì che in caso di depenalizzazione debbano applicarsi i principi di diritto inter-temporale relativi alla successione tra leggi penali).

<sup>125</sup> F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5.4.2017.

<sup>126</sup> “Affidare al solo legislatore ordinario il compito di stabilire che cosa sia penale e che cosa non lo sia, significherebbe – ad es. – consentire al legislatore di sottrarsi alla garanzia dell'irretroattività di una data sanzione semplicemente qualificandola non come “pena” ma come “misura di sicurezza”, con conseguente sua attrazione nell'orbita applicativa del terzo comma dell'art. 25 Cost., che a differenza del secondo comma non prevede tale garanzia; o, ancora, significherebbe consentire al legislatore sottrarre *d'emblée* alle garanzie del giusto processo ‘penale’ di cui all'art. 111, commi terzo, quarto e quinto, Cost., nonché al principio dell'obbligatorietà dell'azione penale di cui all'art. 112 Cost., il procedimento di accertamento di un illecito e di irrogazione della relativa sanzione, semplicemente attraverso una qualificazione in termini ‘non penali’ della sanzione medesima, qualunque ne sia la carica afflittiva sui diritti fondamentali del destinatario. Evidente dovrebbe risultare insomma il rischio

L'autore saluta allora con favore l'orientamento consolidato da decenni nella giurisprudenza della Corte EDU, e ritenuto da Viganò in via di definitiva affermazione anche nella più recente giurisprudenza costituzionale, per cui la qualificazione legislativa come non penale di una certa misura afflittiva non le preclude l'applicazione delle garanzie sovralegali della materia penale; certo adottando questa prospettiva i margini della materia penale diventano meno sicuri, ma l'alternativa di ritenere vincolante la qualificazione formale non è praticabile nella logica dell'applicazione di garanzie sovraordinate alla legge ordinaria<sup>127</sup>.

Particolarmente significative sono poi le riflessioni circa le conseguenze di tale estensione delle garanzie penalistiche al sistema dell'illecito amministrativo. Il problema, più che per le garanzie sostanziali, si pone secondo l'autore soprattutto per quelle procedurali; per evitare che la necessità di applicare tutte le garanzie del processo penale al procedimento punitivo amministrativo si risolva in una sostanziale impossibilità di procedere sulla via della depenalizzazione, l'autore propone l'adozione (sul modello di quanto avanzato dalla Corte EDU con la sentenza *Jussila*) di un "regime di tutela a cerchi concentrici", nel quale le garanzie sono applicate con il massimo rigore quando vengono in considerazione i reati di maggiore gravità, che prevedono l'applicazione di pene detentive, mentre è ammissibile una flessibilizzazione delle garanzie quando si tratta di reati non puniti con pene detentive o di illeciti formalmente non penali<sup>128</sup>.

---

di una frode delle etichette insito in una simile impostazione; una frode, per di più, la cui prima vittima sarebbe la nostra stessa Costituzione": *op. ult. cit.*, p. 5 s.

<sup>127</sup> "La Corte costituzionale si allinea di fatto alla Corte di Strasburgo nell'utilizzazione di un criterio sostanziale per la definizione della materia abbracciata dalle garanzie tipiche del 'penale', quale la natura "punitivo-afflittiva", ovvero prevalentemente "preventiva", della misura limitativa o privativa di diritti che venga di volta in volta in considerazione; rifiutando così l'adozione di un paradigma soltanto 'formale', o 'nominalistico', per l'individuazione dei confini di tali garanzie. Il che comporta, certo, come necessario contrappasso – esattamente come accade rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU – un minor tasso di certezza nell'individuazione di quel confine, prima della decisione della stessa Corte costituzionale, sulla natura 'punitivo-afflittiva' ovvero '(prevalentemente) preventiva' di una specifica misura (...) Ma la prospettiva di simili margini di opinabilità, e dunque di incertezza, non deve preoccupare più di tanto. La posta in gioco è qui la possibilità di estendere il dovere dei poteri pubblici di conformarsi – nella loro attività di produzione e nell'applicazione di norme limitative dei diritti dell'individuo – agli specifici principi e garanzie penalistici anche al di là dei confini della responsabilità espressamente qualificata dal legislatore come 'penale', rispetto alla quale quelle garanzie sono comunque scontate. Ciò in chiave, dunque, di ulteriore garanzia rispetto a quella già assicurata dal legislatore mediante l'espressa qualificazione come 'penali' di precetti, sanzioni e procedimenti. L'unica pensabile alternativa sarebbe qui il ritorno al criterio formale del *nomen iuris* della sanzione prescelto dal legislatore: un criterio che finirebbe però per far coincidere l'ambito di tutela dei diritti e delle garanzie legate al *nullum crimen* con tutto ciò – e a solo con ciò – che il legislatore scelga di definire come 'penale', e sul quale ben a ragione la nostra Corte costituzionale, in piena sintonia con la Corte di Strasburgo, rifiuta di appiattirsi": *op. ult. cit.*, p. 7 s.

<sup>128</sup> "(Vi è) la possibilità di immaginare – sulla scia di talune pronunce della stessa Corte

### 6.2.2. I “cerchi concentrici” nella ricostruzione di Manes

La crescente attenzione della dottrina nei confronti della questione dei confini della materia penale (in prospettiva in primo luogo europea, ma anche costituzionale) trova definitiva conferma con l'organizzazione nel marzo-aprile 2017, presso l'Università di Modena, di un importante convegno di tre giornate dal titolo proprio “*La ‘materia penale’ tra diritto nazionale ed europeo*”<sup>129</sup>.

Vogliamo qui soffermare l'attenzione sull'unica relazione che, al momento in cui questo lavoro va in stampa (marzo 2018), è già stata pubblicata in versione integrale<sup>130</sup>, e presenta passaggi di particolare interesse nella nostra prospettiva di ricerca, anche se non affronta specificamente il tema della nozione costituzionale di materia penale, ma si concentra soprattutto sui profili di incidenza della nozione convenzionale sull'ordinamento penale interno.

Manes parte dalla constatazione della difficoltà, una volta accolta la necessità di andare oltre la definizione formale di reato, di individuare dei

---

di Strasburgo – un regime di tutela a *cerchi concentrici*: il cui nucleo minimo sia rappresentato dall'*hard core* del diritto penale – corrispondente ai *mala in se* e comunque ai reati di maggiore gravità, per i quali si profila sempre all'orizzonte la pena detentiva –, rispetto ai quali dovrebbero essere sempre assicurate nella loro massima estensione le garanzie processuali riconosciute dalla CEDU e dai suoi protocolli; e il cui insieme esterno sia invece costituito dai *mala quia prohibita*, comprendenti sia i reati meno gravi (sanzionati con pene diverse da quella privativa della libertà personale) sia gli illeciti solo ‘sostanzialmente’, ma non ‘formalmente’ penali, in cui quelle stesse garanzie dovrebbero essere assicurate in modo *meno stringente*. Una distinzione che avrebbe, certamente, una sua plausibilità, in ragione se non altro della considerazione che le garanzie penalistiche – e in specie quelle relative al ‘processo equo’ – sono state storicamente elaborate avendo come punto di riferimento la natura ‘terribile’ dello *ius puniendi*, legata a doppio filo con la sua capacità di privare l'individuo di beni personalissimi quali, in primo luogo, la vita e la libertà personale”: *op. ult. cit.*, p. 20 s. È da segnalare come in un altro lavoro (F. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1334 ss.) l'autore abbia utilizzato la medesima immagine dei cerchi concentrici per descrivere l'articolazione delle garanzie convenzionali in materia di misure coercitive (“Le garanzie convenzionali in materia di misure coercitive appaiono articolate attorno a *tre cerchi concentrici*: il nucleo più ristretto è rappresentato dalla materia penale in senso stretto, in cui vigono le garanzie di cui agli artt. 5, 6 e 7 nella loro interezza; un nucleo intermedio, rappresentato dalle misure non penali ma *privative* della libertà, per le quali vigono le garanzie degli artt. 5 e 6 co. 1; le misure soltanto *limitative* della libertà, per il quale vigono le garanzie di cui all'art. 6 co. 1 e quelle offerte in materia di libertà di circolazione dall'art. 2 Prot. 4”: p. 1361 s.): il medesimo schema concettuale della continenza (i ‘centri concentrici’) viene quindi utilizzato rispetto a garanzie almeno in parte diverse (le garanzie procedurali nel primo lavoro, tutte le garanzie convenzionali nel secondo), sempre però in una logica gradualistica che vede riservare il massimo delle garanzie alle sanzioni incidenti sulla libertà personale; sul punto, relativo alla possibilità di individuare un ‘nucleo duro’ della materia penale, cfr. ampiamente *infra* nell'ultimo capitolo.

<sup>129</sup> Per una sintesi delle diverse relazioni, cfr. il testo di F. DIAMANTI-L. MESSORI già citato sopra.

<sup>130</sup> V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit.

parametri stringenti cui affidare la delineazione della nozione di illecito penale in senso lato<sup>131</sup>. Nel cercare comunque di dare un volto all'illecito penale (convenzionale), Manes sottolinea la centralità della prospettiva teleologica<sup>132</sup>, definibile almeno in chiave negativa come assenza di scopi diversi (riparatori-risarcitori e preventivi) dalla finalità punitiva, o, nel caso non infrequente di compresenza di diverse finalità, della sussistenza di un grado elevato di stigmatizzazione, desumibile da una serie eterogenea di indici<sup>133</sup>.

Anche Manes riprende poi l'immagine di Viganò delle tutele a cerchi concentrici, rielaborandola sulla base di *tre sotto-insiemi* di misure afflittive, cui corrisponde un diverso corredo di garanzie. Il "nucleo duro" sarebbe rappresentato dal diritto penale in senso formale, caratterizzato, più che dall'incidenza delle sanzioni sulla libertà personale, dallo stigma associato alla sanzione ed al processo penale, e rispetto al quale si applicano in senso forte le garanzie della riserva di legge e della personalità della responsabilità, oltre ad essere validi, almeno come criteri di politica criminale, i canoni dell'offensività e dell'*extrema ratio*; un "nucleo semiduro", comprendente tutte le misure punitive, rispetto alle quali sono da riconoscere i presidi garantistici della materia penale convenzionale; e un'area cui sono da ricondurre le misure afflittive non punitive, il cui corredo di garanzie è costituito da quelle proprie del diritto su cui la misura va ad incidere (*in primis* proporzionalità e base legale)<sup>134</sup>.

---

<sup>131</sup> "Tale concetto (la nozione di materia penale fornita dalla Corte EDU: n.d.a.) – per la plurivocità delle declinazioni che lo accompagnano – ricorda il volto di Medusa: una maschera amorfa e ambigua dove gli statuti e le categorie tradizionali appaiono alterati e in parte congedati, e che dunque può prestarsi e piegarsi ad ogni interpretazione": *op. ult. cit.*, p. 989.

<sup>132</sup> "Smarrite le etichette formali (prospettiva 'legicentrica'), acquisita la relatività dell'*argumentum libertatis* (prospettiva 'carcerocentrica') al cospetto delle molte altre aggressioni ai diritti arrecate dalla sanzione e dal processo penale, resta la prospettiva teleologica, da misurarsi sulla finalità afflittiva della sanzione: avvertiti del fatto – evidenziato da una ricerca recente (il riferimento è al lavoro di F. Mazzacuva che analizzeremo tra breve: n.d.a.) – che molte sono le conseguenze afflittive, ma che para-penale può essere definito solo ciò che è davvero volto a *punire*, ossia che arriva ad attingere – oltre la neutralizzazione della pericolosità, e superando la compensazione riparatoria e satisfattiva – ad una sofferenza legalmente inflitta voluta e necessaria, ossia orientata ad essere compresa come tale (nei termini di un autentica *Vorwurfsverständnis*) oltre che impiegata in chiave di deterrenza": *op. ult. cit.*, p. 1002.

<sup>133</sup> "Al riguardo, il percorso di verifica dovrebbe procedere anzitutto 'per sottrazione', escludendo in primo luogo la plausibilità di scopi diversi (riparatori/risarcitori, preventivi) (...) Dopo questo primo passaggio, nel caso di compresenza tra finalità diverse – in quell'area grigia così diffusa e frequente – l'afflittività punitiva' dovrebbe essere riconosciuta ove una quota del carico sanzionatorio si possa spiegare solo in una logica di rimprovero, qualificato da un '*significant degree of stigma*' (nei termini della citata sentenza *Jussila* e, su quella traccia di *A e B c. Norvegia*) e da misurarsi in ragione dell'incidenza su beni personalissimi (libertà, ma anche onore e reputazione), in base ad un ventaglio di indici che tenga conto della *sede* e delle *forme di accertamento* della responsabilità, dei *criteri di commisurazione* e delle *modalità esecutive* della sanzione (...)": *op. ult. cit.*, p. 1003 s.

<sup>134</sup> Così nell'*abstract* l'autore sintetizza il proprio modello: "Emerge un sistema a più li-

### 6.2.3. La tesi di F. Mazzacuva e la nozione di materia penale “a geometria variabile”

Negli ultimi mesi del 2017, è stata infine pubblicata una monografia di Francesco Mazzacuva, cui già abbiamo fatto più volte cenno sopra, che segna sicuramente un punto importante nella riflessione sulle tematiche che ci interessano. L'autore affronta in termini complessivi il tema dello statuto garantistico da riconoscere alla misure afflittive extra-penali (le ‘pene nascoste’, che danno il titolo al volume), prendendo anch'egli le mosse dallo statuto convenzionale della materia penale, ma dedicando specifica attenzione pure all'evoluzione di tale nozione nella giurisprudenza costituzionale. Di molte osservazioni dell'autore in relazione alla giurisprudenza della Corte EDU o della Corte costituzionale abbiamo già dato conto nei capitoli precedenti. Due sono però gli spunti che ci pare ora utile sottolineare, come viatico prima di intraprendere nell'ultimo capitolo il percorso volto a delineare la nostra proposta ricostruttiva.

Il perno intorno a cui ruota l'analisi è la centralità della *finalità punitiva* della sanzione nel delineare l'ambito della materia penale in senso lato. L'elemento caratterizzante tale nozione non è secondo l'autore tanto l'afflittività della misura (Mazzacuva è esplicito nel criticare le tesi che individuano nell'incidenza sulla libertà personale la nota tipica della sanzione penale, e più in generale vengono respinti i tentativi di stimare decisiva la gravità della sanzione), quanto il fatto che essa venga inflitta al precipuo scopo di arrecare una sofferenza al destinatario, senza ulteriori finalità risarcitorie o preventive ulteriori rispetto all'effetto deterrente posto a fondamento finalistico dell'inflizione del male<sup>135</sup>. Tale connotazione teleologica della sanzione penale porta con sé la necessità di applicare all'intero sistema dell'illecito punitivo le garanzie concettualmente legate all'idea di un *rimprovero* che l'ordinamento muove al destinatario, cioè tutte le garanzie (convenzionali e costituzionali) riconducibili alla logica del *principio di colpevolezza*<sup>136</sup>.

---

velli, dove all'apice della piramide sta un illecito formalmente e sostanzialmente penale, legato ad uno statuto garantistico forte (offensività, presunzione di innocenza, etc.); un livello intermedio, dove la natura intrinsecamente penale rimanda al peculiare statuto di garanzie ricavabile dagli artt. 6 e 7 CEDU; un livello minimale, dove ogni ingerenza pubblica sulla sfera dei diritti individuali deve rispettare, comunque, i requisiti qualitativi della prevedibilità e l'istanza di proporzionalità”.

<sup>135</sup> “Se è vero che il contenuto *afflittivo* – ossia la capacità di uno strumento di incidere negativamente sulla posizione giuridica di un determinato soggetto – può contraddistinguere misure dalle più diverse finalità, ciò che è coesistente tanto nell'ottica della retribuzione, quanto nelle prospettive di scopo della deterrenza, dell'intimidazione e della prevenzione-integrazione è la necessaria comprensione da parte del reo (oltre che dei consociati) della *pena come sofferenza conseguente alla violazione di un precetto*”: F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 28.

<sup>136</sup> “In definitiva, l'essenza della potestà punitiva come inflizione deliberata di una soffe-

Il secondo passaggio su cui vogliamo soffermarci, e che costituisce nelle intenzioni dell'autore il segno distintivo del lavoro, è la costruzione di una nozione di materia penale definita "a geometria variabile". L'idea di Mazzacuva – che, giova anticiparlo, ci trova assolutamente d'accordo, per le ragioni che svilupperemo nell'ultimo capitolo – è che sia inutile andare alla ricerca di "una" nozione di materia penale valida in relazione all'applicazione di tutte le garanzie sovralegali, dovendosi definire l'ambito di applicabilità delle singole garanzie penalistiche in ragione della *ratio* sottesa ad ognuna<sup>137</sup>. Se allora le garanzie legate alla tutela del principio di colpevolezza sono da estendere a tutte le sanzioni punitive, ciò non significa che tale estensione debba essere praticata in relazione a garanzie che hanno una *ratio* diversa, come ad esempio la riserva di legge o il *ne bis in idem*, rispetto alle quali l'autore propone l'adozione di una nozione più ristretta di materia penale. Ma su questa come su altre soluzioni proposte dall'autore, ci confronteremo più da vicino al momento di presentare il nostro schema concettuale di approccio alla questione della materia penale.

---

renza trova il suo naturale contraltare garantistico nel giudizio di colpevolezza, nella prospettiva del corretto equilibrio tra scopi dell'ordinamento e tutela della libertà di scelta e di autodeterminazione dell'individuo": *op. ult. cit.*, pp. 39-40.

<sup>137</sup> "Si delinea, così, una concezione elastica a "geometria variabile" della materia penale, in grado di dilatarsi e di restringersi a seconda dello scopo per cui essa viene definita, contrapposta a quel retaggio culturale rappresentato da un inquadramento "monolitico" dell'area di operatività di tutti i principi penalistici che è all'origine del disorientamento, quasi un *horror vacui*, che si registra talvolta nella dottrina (e nella giurisprudenza) a fronte delle sollecitazioni della Corte europea. (...) Si delinea, quindi, una costruzione a "geometria variabile" delle aree di operatività dei principi penalistici, i cui confini mobili mutano a seconda della *ratio* di garanzia da cui essi sono animati": *op. ult. cit.*, pp. 56 e 73.



## CAPITOLO V

# DECOSTRUZIONE E RICOSTRUZIONE IN CHIAVE GARANTISTA DELLA NOZIONE DI MATERIA PENALE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Le diverse possibili accezioni di materia penale. – 2.1. La nozione formale di materia penale come criterio intra-sistematico di individuazione della disciplina applicabile. – 2.2. La nozione sostanziale di materia penale come strumento di valutazione delle scelte di incriminazione del legislatore. – 2.3. La nozione sovra-legale di materia penale come strumento di effettiva tutela delle garanzie individuali da “frodi delle etichette”. – 3. La struttura della nozione costituzionale di materia penale. – 3.1. La nozione differenziata di materia penale a seconda della *ratio* della garanzia da applicare. – 3.2. I criteri più rilevanti nel giudizio circa l’ambito di applicabilità delle diverse garanzie. – 3.2.1. Il criterio della finalità punitiva della misura: precisazioni e spunti critici. – 3.2.2. Il criterio della gravità della misura e *l’argumentum libertatis*. – 3.3. Il “nucleo duro” delle misure afflittive e delle garanzie. – 3.3.1. I cerchi concentrici del sistema afflittivo. – 3.3.2. La graduabilità delle garanzie sovra-legali. – 4. Conclusioni. – 4.1. Sintesi delle tesi principali. – 4.2. La nozione di materia penale rispetto alle singole garanzie costituzionali: cenni. – 4.2.1. Il principio di irretroattività. – 4.2.2. Il principio di precisione-prevedibilità. – 4.2.3. Il principio della riserva di legge. – 4.2.4. Il principio di personalità della responsabilità penale. – 4.2.5. Il principio di colpevolezza. – 4.2.6. Il principio della finalità rieducativa della pena. – 4.2.7. I principi di offensività ed *extrema ratio*. – 4.2.8. Il principio di retroattività *in mitius*. – 4.2.9. Le garanzie procedimentali. – 4.2.10. L’obbligatorietà dell’azione penale.

### 1. Premessa

A conclusione di questo lungo percorso alla ricerca del contenuto della *nozione costituzionale di materia penale*, proviamo ora ad articolare una nostra personale risposta agli interrogativi che hanno fatto da filo conduttore della nostra indagine.

Il nostro lavoro, crediamo utile precisarlo sin da subito, non intende fornire una soluzione radicalmente nuova ai problemi che sono in campo. Le proposte ricostruttive avanzate negli ultimi mesi dalla dottrina (in particolare nei lavori, tutti del 2017, dei tre autori citati in conclusione dell’ul-

timo capitolo<sup>1)</sup> ci paiono in larga misura da condividere, e sono del resto coerenti con gli indirizzi da tempo prevalenti nella giurisprudenza europea. Pur collocandoci quindi all'interno dell'indirizzo dottrinale che più di recente sembra in via di acquisire maggior consenso, vogliamo provare a fornire un contributo al dibattito in particolare sotto due aspetti.

Il *primo contributo* che ci proponiamo di offrire è quello di *mettere ordine*, da un punto di vista terminologico e sistematico, tra le categorie che vengono in considerazione. Manes ha usato l'immagine brillante del "volto di Medusa" per rappresentare la sensazione di disorientamento che coglie lo studioso quando si deve confrontare con la nozione sostanziale di materia penale adottata in sede europea; e la complessità aumenta se si inserisce tale nozione convenzionale all'interno del più ampio dibattito dottrinale circa l'accezione da attribuire ai concetti di illecito e di sanzione penale, e se la si pone a confronto con l'estensione attribuita alle garanzie penalistiche in sede costituzionale.

L'approccio che ci pare scientificamente più corretto di fronte ad un panorama concettuale così complesso è quello di provare per prima cosa a ridurre il tasso di complessità mediante il ricorso ad una *categorizzazione* – anche stipulativa, ma per quanto possibile chiara – delle diverse accezioni in cui può essere intesa la nozione di materia penale. Vedremo, allora, come a nostro avviso tale nozione possa essere intesa almeno in tre modi diversi, e come tale plurivocità semantica debba essere affrontata non già con l'intenzione di individuare la nozione *più corretta* di materia penale, ma con la consapevolezza che ciascuna delle sue diverse accezioni riveste una peculiare funzione, senza che si debba immaginare alcuna gerarchia tra le stesse<sup>2</sup>. L'accezione di materia penale funzionale alla determinazione dell'ambito di applicabilità delle garanzie sovra-legali<sup>3</sup>, che rappresenta l'oggetto specifico di questa indagine, non è che una delle possibili articolazioni di tale concetto: chiarirne i rapporti con le altre è il primo contributo in termini di chiarezza che ci proponiamo di fornire.

Il tentativo di fare ordine si volgerà poi all'interno della nozione di materia penale che ci interessa. Alla luce soprattutto dell'ampia sistematizzazione della giurisprudenza europea compiuta nel secondo capitolo, e dello sguardo comparato lanciato nel terzo, proveremo ad individuare quali sia-

<sup>1</sup> Ci riferiamo ai lavori di F. VIGANÒ, V. MANES e F. MAZZACUVA analizzati alla fine del quarto capitolo.

<sup>2</sup> Per una riflessione generale sulle difficoltà dell'attività definitoria nello specifico contesto del diritto penale, cfr. in particolare A. CADOPPI, *Presentazione*, in *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, 1996, p. 1 ss.

<sup>3</sup> Intendiamo con questa espressione fare riferimento sia alle garanzie convenzionali che a quelle costituzionali, cioè a tutte le garanzie che, sia pure con modalità ed effetti diversi, sono comunque in grado di imporsi su un dato legislativo ad esse non conforme: su tale nozione cfr. comunque ampiamente *infra*, § 2.3.

no, in una prospettiva non strettamente legata al singolo contesto normativo (convenzionale o costituzionale) ove il problema si pone, i connotati strutturali della nozione sovra-legale di materia penale. La nostra condivisione delle tesi che non adottano una nozione unitaria per tutte le garanzie ci porterà a rivolgere in particolare lo sguardo ai lavori più recenti, al fine di articolare una nostra griglia generale di analisi dei problemi che possono sorgere quando si tratti di definire l'ambito di applicabilità delle garanzie costituzionali della materia penale.

Il *secondo contributo* che ci prefiggiamo di fornire al dibattito è di evidenziare le peculiarità che presenta la nozione *costituzionale* di materia penale rispetto a quella *convenzionale*. Troppo spesso, a nostro avviso, lo studio della nozione costituzionale viene di fatto assorbito da quello della nozione *convenzionale*: con il nostro lavoro intendiamo allora formulare almeno le coordinate essenziali per dotare la nozione costituzionale di materia penale di più solido fondamento scientifico.

## *2. Le diverse possibili accezioni di materia penale*

È possibile a nostro avviso individuare *tre* distinte accezioni di materia penale, di cui andremo ora a chiarire i contorni: una *nozione formale*, da intendere come criterio intra-sistematico, tutto interno al diritto positivo, di individuazione della disciplina applicabile; una *nozione sostanziale*, da intendere quale strumento di valutazione critica delle scelte di incriminazione compiute dal legislatore; ed una *nozione sovra-legale* (come *genus* comprensivo della nozione *convenzionale* e *costituzionale*), che rappresenta uno strumento di tutela delle garanzie individuali contro possibili "frotte delle etichette" da parte del legislatore.

### *2.1. La nozione formale di materia penale come criterio intra-sistematico di individuazione della disciplina applicabile*

Per i cultori di qualsivoglia disciplina scientifica, definire in termini univoci l'ambito della propria materia è forse la prima delle preoccupazioni sistematiche cui sono chiamati a dare una risposta. Il diritto penale non si sottrae a questa regola: una trattazione dogmatica della nostra materia non può che prendere le mosse dalla ricerca di un criterio capace di delinearne i contorni peculiari rispetto ad altri settori dell'ordinamento giuridico.

Gli artt. 17 e 39 del codice penale vigente forniscono senz'altro la risposta più efficace rispetto a questa primaria esigenza di chiarezza. Alla luce delle difficoltà in cui si erano imbattute dottrina e giurisprudenza nel de-

finire i rispettivi contorni dell'illecito penale ed amministrativo in mancanza di un criterio normativo di distinzione<sup>4</sup>, il legislatore del 1930 coglie opportunamente l'occasione della codificazione per delineare in termini inequivocabili i confini della materia penale. Per non lasciare adito ad incertezze, il criterio prescelto fu di natura formale; restò così affidata alla discrezionalità politica del legislatore la scelta insindacabile di definire se un certo illecito costituisca anche un reato, con tutte le conseguenze che tale qualificazione comporta in termini di disciplina applicabile all'illecito e di procedure previste per il suo accertamento.

Le funzionalità che tale nozione è in grado di esprimere sono di fondamentale importanza nel quadro dell'ordinamento positivo. Definire un fatto illecito come penale o come amministrativo comporta immediate conseguenze innanzitutto in termini di individuazione delle autorità statali competenti per l'accertamento del fatto. Se si verifica un fatto illecito, è necessario sapere subito, e non all'esito di una complessa qualificazione giuridica, se la competenza spetta all'autorità amministrativa, in quanto il fatto configura un illecito amministrativo, o se invece l'autorità di polizia deve al più presto interessare delle indagini l'autorità giudiziaria inquirente, perché i fatti integrano gli estremi di un illecito penale.

A questi fini, il criterio deve essere univoco, tale da poter essere applicato in modo tendenzialmente aproblematico; dunque la scelta su cosa sia penale in questa dimensione in primo luogo *operativa* non può essere rimessa a criteri vaghi, che richiedono lo svolgimento di una delicata attività ermeneutica (si pensi alle infinite difficoltà della Corte EDU nel delineare con precisione i tratti della nozione convenzionale di materia penale).

Negli ultimi anni, la validità di tale nozione formale di illecito penale è parsa talvolta essere stata messa in discussione dall'irrompere sulla scena della nozione convenzionale di *matière pénale*, con cui la Corte EDU persegue esplicitamente l'obiettivo di superare il criterio della qualificazione legislativa, ed arriva a ricomprendere entro i suoi confini tutte le forme di esercizio della potestà punitiva da parte dell'autorità statale. La diretta rilevanza dei canoni europei anche nell'ordinamento interno può in effetti dare l'impressione di un ridimensionamento, se non di una vera e propria smentita, del tradizionale criterio formale fondato sul *nomen iuris* della sanzione; ma tale impressione, a ben guardare, è priva di alcun fondamento.

Innanzitutto la giurisprudenza europea ha sì portato allo scoperto il problema della pluralità di accezioni in cui può essere intesa la nozione di materia penale; ma tale problema non nasce affatto con la giurisprudenza della Corte EDU. In maniera del tutto indipendente dagli orientamenti europei in tema di *matière pénale*, già a partire dagli anni Sessanta del secolo scorso la dottrina ha elaborato una teoria costituzionale dell'illecito pena-

---

<sup>4</sup> Cfr. *supra*, cap. 4 § 2.

le, che nel delineare una nozione sostanziale di reato si prefiggeva proprio il risultato di limitare la discrezionalità politica del legislatore penale<sup>5</sup>. Vedremo nel prossimo paragrafo come tale accezione di materia penale sia concettualmente distinta da quella che ci interessa in questa indagine, finalizzata a determinare l'ambito di applicabilità delle garanzie sovra-legali della materia penale. In questa sede ciò che ci interessa sottolineare è come la nozione convenzionale non sia la sola accezione alternativa a quella formale in cui può essere intesa la materia penale; ma la compresenza di diverse accezioni non deve essere interpretata come una perdita di centralità della nozione formale.

Ognuna delle tre diverse accezioni in cui può essere intesa la materia penale persegue, infatti, una sua specifica finalità, in funzione della quale vanno determinate le caratteristiche che deve possedere la nozione stessa. La nozione formale ha una *funzione* di primaria importanza a livello ordinamentale: quella di *fissare in termini netti i confini* della materia penale al fine di determinare la disciplina applicabile e l'autorità competente per l'accertamento dell'illecito e l'irrogazione della relativa sanzione. Le *altre due nozioni* hanno invece – come vedremo meglio *infra* – una *funzione critica* rispetto alle scelte legislative; in modi e con finalità distinte, esse rappresentano strumenti per veicolare un giudizio di opportunità politica o di legittimità convenzionale/costituzionale rispetto alle scelte operate dal legislatore.

Tali accezioni si pongono, dunque, su un piano diverso da quello della nozione formale. Esse sono strumenti di valutazione critica delle scelte legislative, ma non mettono in discussione che sia solo il legislatore, attraverso il criterio formale, a determinare l'ambito entro cui si applicano le regole sostanziali e procedurali della materia penale.

La Corte costituzionale, specie nella sentenza n. 43 del 2017, ha chiarito questo aspetto in termini molto netti. La definizione di una sanzione *formalmente* non penale come *costituzionalmente* o *convenzionalmente* penale non significa affatto che a tale sanzione si applichi la disciplina normativa interna della materia penale invece di quella che risulterebbe applicabile alla luce della qualificazione legislativa; significa soltanto che la normativa (amministrativa) applicabile alla sanzione costituzionalmente o convenzionalmente penale deve rispettare le garanzie che la Costituzione e la Convenzione riconoscono a tale ambito di materia. In altri termini, la qualifica come penale in sede convenzionale o costituzionale non sottrae al legislatore la facoltà di decidere se applicare o meno ad una certa sanzione la disciplina penalistica; si limita a definire lo *standard* minimo di garanzie che la disciplina applicabile secondo il diritto interno deve prevedere per essere convenzionalmente legittima.

---

<sup>5</sup> Cfr. sul punto cap. 4, § 3.

Ecco, in conclusione, perché non ci paiono fondati i timori che l'accezione aperta ed estensiva di materia penale proveniente da Strasburgo, ed ormai penetrata anche nella giurisprudenza costituzionale, entri in conflitto con le istanze di certezza e di legalità che connotano il criterio formale. Tale criterio rimane valido a livello intra-ordinamentale, perché ad esso rimane affidato il compito di individuare quando si applica la disciplina del diritto e del processo penale. Gli altri criteri svolgono la diversa funzione di veicolare una valutazione critica delle scelte legislative, ma non compromettono la capacità della nozione formale di delimitare senza incertezze i confini della materia penale in senso stretto.

## 2.2. *La nozione sostanziale di materia penale come strumento di valutazione delle scelte di incriminazione del legislatore*

Chiarito il ruolo del criterio formale, rimane da precisare il rispettivo significato delle due ulteriori accezioni in cui può essere intesa la nozione di materia penale, *accomunate* entrambe, come appena visto, da un'*attitudine critica* nei confronti del diritto positivo. Prendiamo le mosse da quella che stipulativamente definiamo "*nozione sostanziale di materia penale*".

Accettato come premessa che sia il legislatore l'arbitro della qualificazione come penale di una certa sanzione, ciò non significa che le sue decisioni non possano essere sottoposte ad una valutazione critica in ordine alla corrispondenza delle scelte di incriminazione rispetto ai valori ed ai principi che informano il sistema giuridico nel suo complesso.

Nell'ordinamento italiano del dopoguerra, appare evidente alla dottrina come debba essere la Costituzione il luogo ove cercare i caratteri di un illecito penale conforme ai principi regolatori di una società liberale e democratica<sup>6</sup>. In un sistema a costituzione rigida, poi, il giudizio di conformità ai principi costituzionali non dovrebbe rimanere confinato nel campo dell'opportunità politica delle opzioni legislative, ma dovrebbe potersi tradurre in un giudizio di vera e propria illegittimità costituzionale di una scelta di incriminazione non conforme a tali principi. Le teorie dell'illecito penale costituzionale servono proprio per introdurre, attraverso la costituzionalizzazione dei canoni dell'offensività e dell'*extrema ratio*, un criterio vincolante di valutazione delle scelte di incriminazione, da considerarsi legittime solo se conformi ai principi di politica-criminale desumibili dalla Carta fondamentale.

Storicamente, quindi, la nozione sostanziale di materia penale ha assunto le vesti dell'illecito penale costituzionale; ma nella nostra categorizzazione il riferimento alla Costituzione non è decisivo per definire l'essenza di tale nozione.

---

<sup>6</sup> Cfr. ancora cap. 4, § 3.

Essa, nell'accezione che qui intendiamo adottare, delinea l'area che all'interno di un determinato sistema di valori normativi può legittimamente essere coperta dalla sanzione penale. Se un fatto definito come illecito penale dal legislatore non rientra in tale perimetro, si crea un *disallineamento* tra nozione formale e sostanziale di materia penale: proprio in tali situazioni si esplica la funzione critica della nozione sostanziale, che serve a mettere in evidenza l'incongruità della scelta di incriminazione rispetto al sistema di valori ordinamentali in cui la stessa si inserisce.

Di per sé, però, la nozione sostanziale di materia penale, in quanto strumento dogmatico per veicolare un giudizio sulle scelte di incriminazione, è *muta rispetto ai valori* alla cui stregua operare tale giudizio. Nel nostro ordinamento, la tavola dei valori condivisi dai consociati si rinviene nella Costituzione, e la nozione sostanziale assume per questo il volto dell'illecito penale costituzionalmente orientato; in un ordinamento teocratico o totalitario i valori di riferimento per le scelte di politica criminale sarebbero radicalmente diversi, ma la nozione sostanziale potrebbe continuare a svolgere la sua funzione critica rispetto al diritto positivo. Insomma, intesa come modello di illecito penale cui il legislatore dovrebbe conformarsi, alla nozione sostanziale potrà essere assegnato in concreto il contenuto che si riterrà coerente con il contesto ordinamentale in cui essa si inserisce, senza che la contingente mutabilità di tale contenuto vada a compromettere la stabilità della sua struttura logica.

Oltre che indifferente ai profili contenutistici, la nozione sostanziale di materia penale è *muta altresì rispetto alla natura delle conseguenze* che derivino da un eventuale giudizio di disomogeneità tra tale nozione e la qualificazione operata dal legislatore con il criterio formale.

Anche in questo caso, non bisogna cadere nell'equivoco di attribuire carattere necessario ad un connotato che la nozione in esame ha assunto nella sua attuale configurazione storica. In un sistema a costituzione rigida, qualora si ritenga che dal testo costituzionale siano ricavabili indicazioni vincolanti di politica-criminale, è giocoforza immaginare che tali indicazioni assumano rilievo come vero e proprio parametro di costituzionalità delle scelte di incriminazione; ed infatti, la nozione sostanziale di reato come fatto offensivo di beni giuridici costituisce, almeno nelle intenzioni dei suoi sostenitori, non solo uno strumento per valutare in termini di opportunità la decisione del legislatore di incriminare una certa condotta, ma un parametro rispetto al quale decidere della stessa legittimità costituzionale della norma incriminatrice<sup>7</sup>.

In effetti, la possibilità di rendere giustiziabile in termini di incostituzionalità la mancata corrispondenza tra l'illecito delineato dal legislatore ed il modello incarnato nella nozione sostanziale, rappresenta l'evoluzione per così dire naturale di una categoria che ha nelle capacità critiche del di-

---

<sup>7</sup> Cfr. cap. 4, § 4.3.

ritto vigente la propria ragion d'essere. La rilevanza in termini di costituzionalità segna la direzione verso cui è per definizione rivolta la nozione sostanziale di reato, in quanto categoria chiamata a svolgere quella funzione critica del diritto positivo che nel giudizio di costituzionalità trova la sua più compiuta espressione.

Tuttavia, il *proprium* della nozione sostanziale di materia penale non è quello di farsi veicolo di un giudizio di legittimità costituzionale. Tale nozione ben potrebbe, infatti, essere utilizzata in un sistema che non preveda il controllo di costituzionalità delle leggi, oppure in un sistema a costituzione rigida ove non siano disponibili dei parametri costituzionali rilevanti per la materia penale. Anche in tali contesti, l'adozione di una nozione sostanziale di materia penale manterrebbe la sua specifica funzione critica del sistema positivo: si tratterebbe naturalmente di una critica di natura politico-criminale, incapace per ragioni ordinamentali di sfociare in una declaratoria di illegittimità; ma l'utilizzo di un parametro deontico, con il quale mettere a confronto le concrete scelte del legislatore, rimarrebbe importante anche qualora l'ordinamento non disponesse di strumenti per giungere alla caducazione della norma incriminatrice non conforme a tale parametro.

Del resto, a ben vedere, la nozione sostanziale di reato, come viene qui intesa, non ha assunto nel corso degli anni solo le vesti dell'illecito penale costituzionalmente orientato. Il problema di costruire un modello di illecito penale rispetto al quale valutare la congruenza delle scelte legislative si era posto già nella dottrina antecedente al codice del 1930, quando l'individuazione dei caratteri distintivi della materia penale, in mancanza di un criterio formale di qualificazione, era a quell'epoca rilevante in primo luogo ai fini della scelta della disciplina applicabile<sup>8</sup>. E negli anni della depenalizzazione, la nozione sostanziale di illecito penale è stata strumento dell'indagine volta a chiarire se e quali fossero i connotati ontologici propri dell'illecito penale rispetto all'illecito amministrativo depenalizzato, al fine di fornire al legislatore dei criteri affidabili per decidere quando ricorrere all'una o all'altra categoria di illecito<sup>9</sup>.

La cifra caratteristica della nozione sostanziale di materia penale è, insomma, quella di consentire una *valutazione critica* dell'operato del legislatore, attraverso l'introduzione di un modello di illecito penale cui devono essere conformi le effettive *scelte di incriminazione*. Il contenuto di tale modello, e dunque i criteri di identificazione delle tipologie di fatti che il legislatore può legittimamente sanzionare con la pena, è una variabile del contesto storico in cui si inseriscono le valutazioni politico-criminali, così come il grado di cogenza del giudizio in termini di opportunità politica o

---

<sup>8</sup> Cfr. cap. 4, § 2.

<sup>9</sup> Cfr. cap. 4, § 4.

di legittimità costituzionale dipende dalla struttura ordinamentale in cui esso si colloca.

### *2.3. La nozione sovra-legale di materia penale come strumento di effettiva tutela delle garanzie individuali da “frodi delle etichette”*

Su un piano tutt'affatto diverso ci muoviamo passando a trattare della terza accezione di *materia penale*, che definiamo *sovra-legale* per esprimere il suo carattere comprensivo tanto della nozione *costituzionale* che di quella *convenzionale* di materia penale.

Anche in questo caso, come per la nozione sostanziale, ci troviamo di fronte ad uno strumento di critica delle scelte legislative; ma la scelta che risulta oggetto di valutazione è molto diversa da quella che interessa la nozione sostanziale. Mentre quest'ultima, come abbiamo appena visto, è finalizzata a valutare se sia legittimo l'esercizio del potere di incriminazione da parte del legislatore, ora quello che si intende valutare è se sia legittima la scelta di *non* qualificare come penale la sanzione comminata per un certo fatto illecito.

Di questo, a ben vedere, si tratta, quando la Corte EDU o la Corte costituzionale estendono le garanzie della materia penale oltre i confini tracciati dalla nozione formale. Il riconoscimento delle garanzie penalistiche a sanzioni formalmente non penali è una forma di censura non già di una scelta positiva di incriminazione (come nel caso della nozione sostanziale), ma della decisione legislativa di non ricondurre entro l'ambito della materia penale una misura che per la sua essenza vi appartiene.

Se dunque è comune ad entrambe le nozioni di materia penale ora in esame (quella sostanziale e quella sovra-legale) la funzionalità critica rispetto al diritto positivo, le similitudini concettuali tra le due nozioni si arrestano qui. La nozione sostanziale ha come finalità quella di ricondurre la potestà punitiva del legislatore entro confini razionali, predicabili in termini di opportunità o di legittimità della scelta di punire una certa condotta; la nozione sovra-legale è, invece, lo strumento per verificare che la qualificazione come non penale di una certa sanzione non si risolva in una sua indebita sottrazione all'ambito di applicabilità delle garanzie penalistiche.

Come ha chiarito la Corte EDU sin dalle prime pronunce ove è stata avanzata una autonoma nozione convenzionale di materia penale, l'adozione di tale nozione non significa che il legislatore incontri dei limiti al suo potere di punire un fatto illecito con una sanzione qualificata come penale ai sensi della disciplina interna<sup>10</sup>. Immaginiamo ad esempio che il legislatore, con una criticabile scelta politico-criminale, opti per la qualifi-

---

<sup>10</sup> Cfr. in particolare cap. 2, § 2.4.

cazione come penale di un fatto illecito assolutamente bagatellare, se non inoffensivo: ciò comporta semplicemente, nella prospettiva di applicazione delle garanzie penalistiche che ora ci interessa, che a tale illecito saranno da ritenere applicabili le garanzie convenzionali della materia penale. Il giudizio veicolato dalla nozione convenzionale non è volto, infatti, a valutare la legittimità delle scelte di incriminazione del legislatore, che alla luce di tale nozione non trova limite alcuno alla propria potestà di penalizzazione. Certo, sono sovente praticate dalla giurisprudenza europea forme anche penetranti di controllo delle scelte di incriminazione quando queste vadano indebitamente ad incidere su qualcuno dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione (pensiamo, per fare uno tra i molti esempi possibili, alla giurisprudenza sui limiti alla potestà di incriminazione derivanti dal rispetto del diritto alla libera manifestazione del proprio pensiero); ma, nell'ottica della nozione ora allo studio, la prospettiva di una indiscriminata estensione dell'area della rilevanza penale si traduce solo in una altrettanto ampia estensione delle garanzie penalistiche, che non comporta alcun profilo di contrasto con il sistema convenzionale.

Rispetto all'accezione di materia penale qui in esame, centrale ci pare la sua funzionalità ad evitare "*frodi delle etichette*" da parte del legislatore, in una logica di *tutela effettiva delle garanzie individuali*.

Lo scopo precipuo della nozione sovra-legale di materia penale (nella quale, lo si ricorderà, intendiamo come ricomprese tanto la nozione convenzionale che quella costituzionale) è, infatti, quello di accertare se la scelta di *negare* natura penale ad una certa misura afflittiva sia il frutto di una legittima decisione politico-criminale del legislatore, o se invece celi l'obbligo intendimento di non qualificare come penale tale misura per non riconoscerle le garanzie sovra-ordinate alla legge previste per la materia penale.

In effetti, lasciare che sia il legislatore, attraverso la qualificazione formale di una certa misura, a decidere dell'applicabilità delle garanzie previste per la materia penale in testi normativi sovra-ordinati alla legge (la Costituzione e la CEDU), significherebbe cadere in una vera e propria *aporia sistematica*, in cui sarebbe il "controllato" a fornire indicazioni vincolanti per il "controllore".

Anche su questo punto, le argomentazioni della Corte EDU, già riprese dalla nostra dottrina<sup>11</sup>, ci paiono convincenti. Il sistema convenzionale di tutela dei diritti fondamentali non può tollerare che l'ambito di applicabilità delle garanzie ivi riconosciute sia affidato ad una scelta insindacabile del legislatore, perché se la funzione di tale sistema è proprio quella di valutare la legittimità dell'operato dei legislatori (come di tutti gli altri pubblici poteri) nazionali, non può essere un'etichetta legislativa a perimetrare in maniera arbitraria l'ambito di intervento della giurisdizione europea.

---

<sup>11</sup> Cfr. in particolare i lavori di F. VIGANÒ, citati *supra*, cap. 4, § 6.2.1.

La logica ci pare assolutamente la medesima per tutte le garanzie sovra-legali, e dunque anche per quelle costituzionali. Il legislatore, attraverso la qualificazione formale, deciderà invero, in prima battuta, se applicare o meno ad una certa misura afflittiva le garanzie di rango ordinario proprie della materia penale; ma tale qualificazione non può essere decisiva per l'applicazione di garanzie che, per la loro natura ordinamentale, si impongono sulle decisioni dello stesso legislatore.

A tale conclusione, come abbiamo visto, giungono in sostanza tutte le giurisdizioni superiori di cui abbiamo analizzato negli scorsi capitoli la giurisprudenza. La Corte EDU e la Corte Suprema USA si spingono a proporre una vera e propria criteriologia della nozione penale convenzionale o costituzionale<sup>12</sup>, mentre i giudici costituzionali italiani, tedeschi e spagnoli usano formule più generali per definire l'ambito delle sanzioni formalmente non penali, ma ontologicamente punitive, cui sono da riconoscere almeno alcune delle garanzie costituzionali della materia penale<sup>13</sup>. È ovvio poi che, in ragione della diversa copertura costituzionale che la materia penale possiede in ciascun ordinamento, le articolazioni in cui sarà intesa la nozione sovra-legale della stessa presenteranno delle differenze anche significative. Ma nessuna Corte suprema accetta il principio che l'etichetta attribuita dal legislatore ad una certa misura sanzionatoria costituisca il parametro esclusivo per decidere se applicarle o meno le garanzie sovra-legali della materia penale; ogni Corte procede invece a delineare in maniera autonoma dal mero dato legislativo l'ambito di applicabilità di tali garanzie.

In dottrina, come si ricorderà<sup>14</sup>, quando negli anni della depenalizzazione il problema si è posto in ordine al nuovo illecito amministrativo depenalizzato, diversi autori hanno mostrato perplessità rispetto all'estensione a tale illecito delle garanzie costituzionali della materia penale, nell'espresso timore che ciò potesse risolversi in un indebolimento delle stesse garanzie da riconoscere all'illecito penale in senso stretto. Erano gli anni in cui la dottrina si stava approfondendo nello sforzo di innervare il diritto penale dei principi costituzionali; era dunque ovvio che l'idea di dover ritenere applicabili a tutto il sistema punitivo quelle stesse garanzie che fatticosamente erano in fase di emersione per il diritto penale in senso stretto, venisse avvertita in sostanza come una indiretta minaccia alla costruzione di un illecito penale costituzionale. Del resto, il sistema dell'illecito amministrativo punitivo delineato dal legislatore del 1981 riconosceva tutte le principali garanzie peculiari della materia penale, sicché l'esito del rifiuto

---

<sup>12</sup> Per la criteriologia della Corte EDU, cfr. cap. 2, § 3 e 4; per quella della Corte Suprema Usa, cfr. cap. 3, § 3.1.

<sup>13</sup> Sulla nozione di materia penale delineata dalla giurisprudenza costituzionale italiana, cfr. in particolare cap. 1, § 4.2; da quella tedesca, cap. 3, § 2; da quella spagnola, cap. 3 § 4.

<sup>14</sup> Cfr. in particolare gli autori citati al cap. 4, § 5.3.

di riconoscere all'illecito di nuovo conio lo statuto costituzionale della materia penale si risolveva soltanto nell'attribuzione di rango ordinario, invece che costituzionale, a garanzie che comunque trovavano riconoscimento, almeno per quanto concerne la figura generale di illecito amministrativo frutto della depenalizzazione.

Le preoccupazioni che stavano alla base di tale orientamento si sono tuttavia rivelate infondate. Le vicende degli ultimi decenni hanno mostrato come nel nostro ordinamento l'estensione (prima convenzionale, e poi costituzionale) all'illecito punitivo in senso ampio delle garanzie della materia penale non abbia affatto interferito con la dinamica altrettanto estensiva che ha caratterizzato l'interpretazione di tali garanzie (convenzionali e costituzionali) rispetto alla materia penale in senso stretto. Ed anzi, come acutamente posto in luce nella monografia di Mazzacuva, a livello comparatistico si può notare come il livello di tutela delle garanzie penalistiche nei diversi ordinamenti non abbia alcuna correlazione con il riconoscimento o meno di un diverso statuto garantistico per le sanzioni penali in senso stretto e per l'illecito punitivo in senso ampio<sup>15</sup>.

Nella dottrina più recente, poi, le perplessità del passato paiono in larga misura superate<sup>16</sup>. Da Strasburgo è giunta una spinta potente verso una applicazione estensiva delle garanzie penalistiche, che ha trovato largo consenso in dottrina; e d'altra parte non si vedono ragioni per cui si dovrebbe convenire con l'estensione delle garanzie convenzionali, e non invece di quelle costituzionali.

La necessità dunque di adottare – in una prospettiva di tutela dell'applicazione delle garanzie convenzionali o costituzionali della materia penale da possibili truffe delle etichette da parte del legislatore – una nozione sovra-legale di tale materia, più ampia di quella formale, costituisce un dato che possiamo considerare come acquisito ai fini della nostra ricostruzione. Ora però dobbiamo passare ad analizzare più da vicino tale nozione, per provare finalmente a fornire la nostra risposta agli interrogativi che abbiamo posto alla fine del primo capitolo, e che ci hanno guidato lungo tutto il nostro percorso di indagine.

---

<sup>15</sup> Cfr. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 75 ss. (l'autore parla di una "relazione assente tra autonomia del diritto penale e quotazione delle garanzie").

<sup>16</sup> Cfr. in particolare gli autori citati al cap. 4 § 6.2.

### 3. La struttura della nozione costituzionale di materia penale

#### 3.1. La nozione differenziata di materia penale a seconda della ratio della garanzia da applicare

A) La prima questione da risolvere, prima di procedere ad una ricostruzione del contenuto della *nozione costituzionale* di materia penale, è se sia necessario individuare una *nozione unitaria*, o se invece sia possibile adottare *nozioni diverse* di materia penale a seconda della garanzia di cui nel caso concreto sia in discussione l'applicabilità.

Si tratta evidentemente di un punto centrale nella struttura logica del ragionamento. Prima di andare alla ricerca dei criteri per definire la nozione sovra-legale di materia penale<sup>17</sup>, bisogna stabilire se l'obiettivo è quello di elaborare un'unica nozione, valida per tutte le garanzie, o tante nozioni differenziate quante sono le garanzie da applicare.

La giurisprudenza che abbiamo analizzato nel corso del lavoro non delinea un quadro univoco. L'unica corte che ha esplicitamente affrontato la questione è la Corte EDU, le cui posizioni sul punto sono state ampiamente analizzate nel secondo capitolo<sup>18</sup>. In estrema sintesi, i giudici di Strasburgo adottano, in relazione alle diverse garanzie penalistiche, una nozione in buona sostanza unitaria, modellata dai criteri Engel, elaborati dalla Corte in relazione all'art. 6 CEDU; tuttavia, la giurisprudenza relativa all'art. 7 non cita mai espressamente tali criteri, e la Corte non ha mai affermato la necessità che venga adottata la medesima nozione di materia penale per tutte le garanzie convenzionali.

Per quanto riguarda la giurisprudenza costituzionale, italiana e straniera, nessuna sentenza affronta il problema *ex professo*, sicché la posizione di ciascuna deve essere ricavata induttivamente dalla verifica della nozione di materia penale adottata per ciascuna delle diverse garanzie penalistiche. Le corti costituzionali italiana e tedesca utilizzano nozioni diverse a seconda delle garanzie, almeno nel senso che ritengono possibile definire come penale una misura ai fini dell'applicazione di una garanzia penalistica e non di un'altra<sup>19</sup>; la situazione spagnola presenta poi tratti molto peculiari, in ragione del fatto che, in relazione alle garanzie sostanziali, a differenza che a quelle procedimentali, l'estensione a misure puni-

---

<sup>17</sup> Le considerazioni che andremo a svolgere in questo sotto-paragrafo, per quanto finalizzate a risolvere lo specifico problema della nozione costituzionale di materia penale, sono valide anche per la nozione convenzionale: per questo, di seguito useremo prevalentemente il termine di *genus* (nella nostra stipulazione definitoria) di "nozione sovra-legale di materia penale", mentre indicheremo la *species* "nozione costituzionale" quando il discorso sarà ad essa specificamente riferito.

<sup>18</sup> Cfr. cap. 2, § 5.

<sup>19</sup> Cfr. *supra*, cap. 1, § 4.1 e cap. 3, § 2.5.

tive anche formalmente non penali è sancita a livello espresso nella Costituzione<sup>20</sup>; la sola giurisdizione orientata verso l'applicazione di criteri tendenzialmente unitari è quella nordamericana, ove è frequente il riferimento ai criteri elaborati nel *leading case* relativo all'applicazione della *due process clause* anche in decisioni relative all'applicazione di altre garanzie costituzionali<sup>21</sup>.

Nella *dottrina italiana*, il tema è rimasto "sotto traccia" sino alla monografia di Mazzacuva di pochi mesi orsono<sup>22</sup>; ma l'orientamento implicito è sempre stato nel senso di una *valutazione differenziata* dell'estensione della nozione di materia penale rispetto alle diverse garanzie. Gli autori che negli anni della depenalizzazione si sono occupati del tema (sia quelli più decisamente favorevoli all'estensione, che quelli più perplessi) hanno sempre proceduto ad un'analisi specifica della questione rispetto ad ogni singola garanzia<sup>23</sup>, senza pretendere di fornire una definizione di materia penale valida per tutte. Esempio dell'adesione all'implicito presupposto della differenziazione è la posizione di quegli autori che ritengono applicabile all'illecito amministrativo il principio di irretroattività e di determinatezza, ma non la riserva assoluta di legge statale, in questo modo ritenendo legittima l'attribuzione alle regioni della potestà punitiva amministrativa nelle materie di loro competenza<sup>24</sup>: è evidente che tali conclusioni siano ammissibili solo ove si parta dall'assunto che l'estensione della nozione di materia penale dipende dalla garanzia di cui si discute l'applicazione.

L'adesione alla nozione differenziata diventa infine esplicita nel lavoro del 2017 di Mazzacuva, che propone una ricostruzione "*a geometria differenziata*" della nozione di materia penale in considerazione della *ratio* che anima le diverse garanzie penalistiche<sup>25</sup>. La tesi, come anticipato, ci trova concordi; vogliamo ora provare a sviluppare qualche riflessione a sostegno di tale conclusione.

B) La ragione a nostro avviso più forte per aderire alla nozione differenziata sta proprio nello *scopo* cui è funzionale l'introduzione della nozione di materia penale sovra-legale accanto alla nozione formale. Come abbiamo visto appena sopra, la finalità di questa nozione è quella di *impedire frodi delle etichette* da parte del legislatore. Con la nozione sovra-

---

<sup>20</sup> Cfr. cap. 3, § 4.

<sup>21</sup> Cfr. cap. 3, § 3.

<sup>22</sup> Cfr. cap. 4, § 6.2.3.

<sup>23</sup> Cfr. la dottrina citata *supra* al cap. 4, ed in particolari i lavori di SINISCALCO, SANDULLI, PALIERO e TRAVI analizzati rispettivamente ai §§ 5.2.1, 5.2.2 e 5.3.2.

<sup>24</sup> È questa, ad esempio, la posizione espressa nei lavori di SINISCALCO e SANDULLI appena citati.

<sup>25</sup> Cfr. *supra*, cap. 4, § 6.2.3.

legale si afferma il principio per cui la qualificazione formale attribuita ad una certa misura non è decisiva ai fini dell'applicazione delle garanzie della materia penale, perché altrimenti il legislatore potrebbe sottrarsi all'obbligo di rispettare tali garanzie con la semplice etichettatura di una misura come non penale. Ciò che si vuole impedire è la negazione delle garanzie ad opera di un *comportamento "fraudolento" del legislatore*, che potrebbe utilizzare il proprio autonomo potere di qualificazione per privare delle garanzie penalistiche sovra-legali una misura che merita invece di vedersi riconosciute.

Il problema sta allora nel decidere se il legislatore sia o meno "in buona fede" nel qualificare come non penale una certa misura. Ciò tuttavia dipende non solo dalla natura di quest'ultima, ma anche dalla *ratio* della garanzia: solo dopo aver chiarito quali finalità persegua la norma costituzionale di cui si discute l'applicazione, si potranno identificare le caratteristiche che una determinata misura deve possedere per poter essere legittimamente esclusa dal suo spettro di tutela, o per meritare invece di rientrarvi.

In altri termini, per capire se ci si trovi di fronte ad una truffa delle etichette – da "sanzionare" con il riconoscimento della garanzia penalistica sovra-legale ad una misura che secondo il legislatore non è penale – o invece si tratti della legittima sottrazione alla garanzia di una misura che non merita la tutela ivi contenuta, è impensabile identificare una volta per tutte le caratteristiche (ontologiche, finalistiche o di altra natura) che una misura deve possedere perché le siano riconosciute le garanzie della materia penale. Solo considerando *insieme* la natura della misura e la *ratio* della garanzia si può decidere se il legislatore nel caso concreto si è o meno sottratto ai suoi doveri di leale rispetto delle garanzie sovra-legali.

Una nozione unitaria conduce inevitabilmente a rigidità irragionevoli nell'ottica di un'applicazione effettiva e coerente delle garanzie. Pensiamo ancora all'esempio dell'illecito amministrativo e della riserva di legge che abbiamo appena ricordato sopra. Non vediamo alcuna buona ragione per cui, qualora si ritenga che garanzie rivolte alla tutela delle libere scelte d'azione dei consociati, come l'irretroattività o la determinatezza, debbano estendersi a tutte le ipotesi di illecito punitivo, dovrebbe allora negarsi *tout court* potestà punitiva alle regioni in applicazione del principio della riserva assoluta di legge statale in materia penale. Se due garanzie della materia penale hanno *ratio* diversa (la tutela di libere scelte d'azione, le prime; l'attribuzione dello strumento punitivo capace di incidere sulla libertà personale alla competenza esclusiva del potere legislativo statale, la seconda), non vediamo ostacoli a riconoscere che tali garanzie possano avere anche un ambito di applicazione diverso, e dunque ad ammettere che una misura possa qualificarsi come penale ai fini dell'applicazione di una garanzia e non di un'altra.

Non crediamo poi possano reputarsi ostative all'accoglimento di tale

ricostruzione eventuali preoccupazioni inerenti all'incertezza che veicolerebbe nel sistema penale la rinuncia – persino in linea teorica – alla possibilità di individuare una nozione unitaria di materia penale sovra-legale.

Abbiamo già ampiamente chiarito le ragioni per cui tale nozione di materia penale non sostituisce, ma si affianca alla nozione formale, cui rimane affidato in via esclusiva il compito di procedere all'individuazione della disciplina sostanziale e procedimentale applicabile ad una data misura sanzionatoria. Le indiscutibili esigenze di chiarezza e di univocità nell'individuazione dei confini della materia penale sono dunque soddisfatte a livello intra-ordinamentale dal criterio formale, che consente agli operatori del diritto come a tutti i consociati di riconoscere agevolmente la qualifica dei diversi illeciti, e la disciplina a ciascuno applicabile.

La nozione ora allo studio non interferisce con le funzioni della nozione formale, perché la qualificazione come penale in senso sovra-legale comporta l'applicazione non di tutta la disciplina penalistica di rango ordinario, ma solo della garanzia sovra-legale di cui si discute. L'incertezza dovuta all'accoglimento di una nozione differenziata di materia penale sovra-legale riguarderà soltanto l'applicazione di una specifica garanzia, non di tutta la disciplina propria della materia penale: un tasso di incertezza quindi sicuramente più tollerabile, e comunque insito nel margine di discrezionalità interpretativa sempre presente nell'applicazione dei principi sovra-legali.

A ben vedere, infatti, il problema della certezza nel definire i contorni della materia penale non verrebbe meno anche qualora si propendesse per la nozione unitaria. Le esperienze della Corte EDU e della Corte Suprema USA, che hanno proposto delle vere e proprie criteriologie della materia penale sovra-legale, tendenzialmente valide per tutte le garanzie, mostrano come i dubbi interpretativi siano tutt'altro che superati, e nonostante l'apparente chiarezza dei criteri proposti, i confini della materia penale rimangono ancora discutibili<sup>26</sup>.

Una volta intrapresa la strada del superamento della nozione formale, del resto, sarebbe vano attendersi dalla dottrina o dalla giurisprudenza risposte di rigore cartesiano circa i confini della materia penale; specie su questioni di così ampia portata generale, è del tutto illusorio aspirare a soluzioni che non possano essere criticate e contraddette.

Le esigenze "operative" di certezza nel qualificare come penale un certo illecito sono affidate alla nozione formale. Ma in relazione alla nozione sovra-legale, che ha come scopo quello di delimitare l'ambito di applicazione delle garanzie penalistiche, bisogna prendere atto che, come per tutte le garanzie sovra-legali, anche per quelle penalistiche la determinazione del loro ambito di applicabilità è determinabile solo alla luce di un processo ermeneutico non sempre agevole da portare a termine: ciò vale an-

---

<sup>26</sup> Cfr. sulla giurisprudenza della Corte EDU cap. 2, su quella della Corte Suprema USA cap. 3, § 3.

che qualora si voglia intendere la nozione sovra-legale in senso unitario, e l'argomento della certezza del diritto non può allora essere utilmente spesso avverso l'adozione di una nozione differenziata di materia penale.

C) Nella prospettiva qui adottata, non è dunque pensabile l'elaborazione di *una sola* nozione costituzionale di materia penale, che valga ogniqualvolta si tratti di decidere se applicare una garanzia sostanziale o procedimentale della materia penale ad una misura afflittiva formalmente non penale.

Per ogni garanzia penalistica bisognerà piuttosto valutare, alla luce della sua *ratio*, quali siano i caratteri che la misura afflittiva deve possedere per rientrare nel suo ambito di tutela, senza dover necessariamente immaginare una nozione di materia penale costituzionale valida per tutte le garanzie.

In effetti, l'opzione per la nozione differenziata di materia penale costituzionale finisce per influire profondamente sulla struttura stessa di tale nozione. In prospettiva unitaria, la ricerca del significato da attribuire alla nozione di materia penale assume le sembianze di un'indagine di *teoria generale dell'illecito*, in cui bisogna porsi l'obiettivo di delineare i tratti caratterizzanti l'illecito e la sanzione costituzionalmente penali rispetto agli altri strumenti di cui dispone l'apparato punitivo statale.

Nella prospettiva differenziata che a noi pare preferibile, invece, l'ottica non è più tanto quella di definire in termini generali i confini della materia penale, ma di verificare se una certa garanzia penalistica si applichi ad una misura sanzionatoria non penale: più che di un problema dogmatico, si tratterà allora di un problema di *ermeneutica delle singole garanzie costituzionali* della materia penale, di cui occorrerà valutare l'*ambito di applicabilità*.

È ovvio, poi, che, proprio per determinare lo spazio di applicabilità di ciascuna garanzia, bisognerà comunque individuare i tratti caratterizzanti le misure punitive cui ritenerla applicabile, e elaborare una nozione costituzionale di materia penale che si confronti con il problema dogmatico di definire l'essenza di una misura costituzionalmente penale. Ma la consapevolezza che non si sarà alla ricerca di una nozione unitaria farà sì che il punto di partenza non sia più l'individuazione dei caratteri tipici dell'illecito costituzionalmente penale, bensì la valutazione della *ratio* della garanzia, in considerazione della quale andranno individuati tali caratteri.

D) La *nostra risposta alla prima domanda* che avevamo posto al termine del primo capitolo<sup>27</sup> è, dunque, che la soluzione più coerente con le finalità cui assolve la nozione costituzionale di materia penale è quella di assumere tale nozione in una *accezione differenziata*. L'adozione di una no-

---

<sup>27</sup> Cfr. *supra*, cap. 1, § 4.1.

zione unitaria non è coerente con l'esigenza di determinare l'ambito di applicabilità di ogni garanzia in modo conforme alla sua specifica *ratio*, e non è imposta da alcuna valida ragione logica o sistematica.

Una certa misura afflittiva può allora essere qualificata come costituzionalmente penale ai sensi di una certa garanzia, e non penale ai sensi di un'altra: un tale esito, solo apparentemente contraddittorio, non è che una conseguenza inevitabile degli scopi cui è rivolta l'adozione di una nozione costituzionale di materia penale.

L'attuale orientamento della Corte costituzionale, che adotta un approccio diverso a seconda della garanzia penalistica di cui si discute l'applicazione a sanzioni formalmente non penali, non ci pare dunque di per sé irragionevole o contrario ad una valida impostazione sistematica del problema.

Ben più dell'argomento testuale a volte invocato a sostegno dell'interpretazione differenziata (l'art. 25 parla più genericamente di "punizione", mentre l'art. 27 si riferisce alla "responsabilità penale" o alle "pene")<sup>28</sup>, è l'argomento dell'autonoma *ratio* delle diverse garanzie ivi contemplate a risultare davvero decisivo per ritenere ammissibile un'interpretazione differenziata della nozione di materia penale a seconda della garanzia costituzionale che venga in considerazione.

### 3.2. I criteri più rilevanti nel giudizio circa l'ambito di applicabilità delle diverse garanzie

Sulla base di questo schema concettuale, procederemo più innanzi brevemente ad indicare quali siano a nostro avviso i connotati salienti della materia penale in ordine alle diverse garanzie penalistiche previste nella nostra Costituzione. È però necessario chiarire sin d'ora che la nostra indagine non si pone come obiettivo quello di valutare nel dettaglio i confini della materia penale rispetto a *ciascuna* di tali garanzie. Nell'ottica differenziata da noi adottata, la risposta in ordine alla singola garanzia deve prendere le mosse da un'attenta ricognizione della sua *ratio* e dei suoi contenuti, che in questa sede non ci è possibile svolgere.

La nostra ricerca non ha, in effetti, come obiettivo precipuo quello di studiare le conseguenze che l'adozione del nostro modello di analisi della questione può condurre in ordine alle singole garanzie: lo scopo della ricerca è la delineazione di un tale modello, non la sua implementazione nella prassi.

Il rifiuto di una nozione unitaria di materia costituzionalmente penale non significa, peraltro, che sia impossibile svolgere alcuna considerazione di carattere generale in ordine a tale nozione.

---

<sup>28</sup> Sul carattere non decisivo dell'argomento letterale per giustificare il diverso ambito di applicabilità delle due disposizioni citate, cfr. in particolare, tra quelli citati nel quarto capitolo, i lavori di M.A. SANDULLI (§ 5.2.2) e A. ROSSI VANNINI (5.2.3).

È vero, infatti, che la valutazione finale circa l'estensione di una garanzia penalistica ad una certa misura formalmente non penale deve tenere necessariamente conto della *ratio* della specifica garanzia, con la conseguenza che la medesima misura afflittiva potrà risultare penale ai sensi di una garanzia e non di un'altra. Tuttavia, l'analisi della giurisprudenza ci ha mostrato come i caratteri della misura privativa o limitativa di diritti che vengono tenuti in considerazione per valutare l'applicabilità delle singole garanzie sono solitamente riconducibili a due fondamentali parametri generali: quello della *finalità* (punitiva invece che preventiva o ripristinatoria) della misura, e quello della sua *gravità*. A seconda della garanzia che viene in considerazione, si potrà dare un minore o maggiore peso ad uno di tali elementi, oppure valorizzarne altri (si pensi al criterio del collegamento della misura con un procedimento penale): ma i fattori che risultano rilevanti sono in sostanza sempre i medesimi, in tutti gli ordinamenti che abbiamo analizzato.

La nostra opzione teorica per il modello differenziato non deve allora tradursi in una parcellizzazione esasperata delle nozioni di materia penale, che impedisca di coglierne i tratti essenziali comuni. Ai due criteri generali appena individuati converrà ora volgere l'attenzione, nel tentativo di rispondere alla *seconda domanda* che ci eravamo posti all'inizio della nostra indagine, cioè se ed in che termini la nozione costituzionale di materia penale (o, *rectius*, di *materie* penali, ciascuna delle quali corrispondente a ogni singola garanzia costituzionale) si differenzi dalla corrispondente nozione convenzionale.

### 3.2.1. *Il criterio della finalità punitiva della misura: precisazioni e spunti critici*

A) Uno dei pochi punti fermi che nella nostra ricerca abbiamo potuto riscontrare riguardo alla fisionomia della materia penale sovra-legale è la centralità del *momento finalistico* nel determinare la natura di una misura afflittiva. Con tale espressione facciamo ovviamente riferimento non al coefficiente soggettivo dell'autore del fatto illecito, ma agli scopi che intende perseguire il legislatore nell'applicare una certa misura afflittiva. La prima caratteristica che impone la qualificazione in termini 'penali' di una misura formalmente non penale è – secondo tutte le corti di cui si è esaminata la giurisprudenza – la presenza di una *finalità punitiva*, e non già *preventiva* o *riparatoria-ripristinatoria*, perseguita dalla medesima: pur con sfumature diverse, ed in maniera più o meno esplicita, questa tripartizione è presente in tutto il materiale pretorio analizzato<sup>29</sup>, e trova ampia diffusione anche in dottrina<sup>30</sup>.

---

<sup>29</sup> Cfr. in particolare, su tale tripartizione nella giurisprudenza della Corte EDU, il cap. 2, § 3.2.

<sup>30</sup> Come si ricorderà, è la tripartizione utilizzata da ultimo da V. MANES e F. MAZZACUVA.

La nostra Corte costituzionale si pone in linea con tale orientamento, anche se la terminologia utilizzata merita una precisazione. Nella giurisprudenza che estende oltre la materia penale in senso formale l'applicabilità dell'art. 25 Cost., è usuale il riferimento al carattere "afflittivo-punitivo" che deve connotare la misura perché le sia applicabile tale disposizione. In realtà, il binomio afflizione-punizione ci pare tutt'altro che inscindibile, ed anzi sembra viziato da un fraintendimento di fondo: una misura può essere definita afflittiva, in quanto incidente negativamente sui diritti del destinatario, anche se è priva di alcun connotato punitivo. L'esempio più evidente è rappresentato dall'espropriazione per ragioni di pubblica utilità: si tratta senza dubbio di una misura afflittiva, nel senso che produce un'ingerenza nel diritto di proprietà del destinatario; ma è altrettanto chiaro che una tale misura non ha finalità punitiva, perseguendo finalità di interesse generale che nulla hanno a che vedere con il rimprovero per un fatto illecito commesso dal destinatario.

Le due categorie si pongono tra loro, piuttosto, in un rapporto di contenenza: nel *genus* delle misure afflittive si colloca la *species* delle misure punitive, che perseguono lo specifico scopo di infliggere una sofferenza all'autore di un fatto illecito. Considerato allora come non vi possa essere dubbio che la Corte intenda riferirsi alle misure specificamente punitive, e non solamente afflittive, ci parrebbe preferibile evitare l'uso di un binomio che invece di rafforzare il concetto cui intende riferirsi, rischia solo di renderlo meno nitido.

B) Osservando più da vicino tale criterio, che nelle laconiche motivazioni della nostra Corte costituzionale viene indicato come l'unico tratto distintivo delle misure formalmente non penali cui si applica l'art. 25 Cost., abbiamo potuto constatare, specie studiando la teleologia dell'illecito convenzionalmente penale<sup>31</sup>, come la sua applicazione risulti nella prassi tutt'altro che pacifica. Spesso non è facile accertare quale sia l'effettiva finalità della misura; o ancora più di frequente è possibile che una misura persegua al contempo finalità diverse, al punto che nella criteriologia europea il criterio finalistico è certo importante, ma ad esso si affianca una serie eterogenea di altri criteri, che non di rado risultano decisivi per la soluzione del caso concreto.

Sul criterio della gravità della misura ci soffermeremo nel prossimo paragrafo. Sugli altri criteri che, assieme a quello finalistico, vengono a delineare il contenuto del secondo criterio Engel (in particolare, come visto sopra, l'argomento comparatistico, quello dell'applicabilità generale della norma e quello del collegamento della misura con un procedimento penale), abbiamo già espresso sopra le nostre valutazioni<sup>32</sup>, che, pur se relative

---

<sup>31</sup> Cfr. cap. 2, § 3.2.

<sup>32</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, § 3.3.

al loro utilizzo in ambito convenzionale, ci pare possano essere utilmente riprese anche in prospettiva costituzionale.

L'indicazione che crediamo si possa trarre in tale prospettiva dalla giurisprudenza analizzata è che il criterio della finalità punitiva riveste senz'altro un forte ruolo "indiziario" della natura penale in senso sovra-legale di una certa misura afflittiva; ma sempre sarà inevitabile il ricorso anche a criteri di diversa natura, che a seconda delle garanzie possono rivestire un ruolo più o meno rilevante (pensiamo al criterio del collegamento della misura con un procedimento penale, ed al diverso ruolo che riveste nel giudizio sulla natura penale ai sensi dell'art. 6 o dell'art. 7 CEDU)<sup>33</sup>.

Il riferimento della nostra Corte costituzionale al solo criterio della finalità della misura per delineare il perimetro dell'art. 25 Cost. ci pare dunque cogliere solo in parte la portata della giurisprudenza europea, alla quale peraltro i nostri giudici dicono espressamente di volersi richiamare (almeno come "supporto argomentativo", per usare le parole della sentenza n. 109/17 citate sopra)<sup>34</sup> anche nell'interpretazione di tale disposizione.

Il quadro emergente in sede europea non può, infatti, essere ridotto alla sola indicazione che sono penali in senso lato le misure con finalità punitiva. Ci pare necessario che la Corte costituzionale si confronti con la complessità dei criteri veicolati nel secondo criterio Engel, non pretendendo di risolvere il giudizio alla stregua del solo parametro finalistico, che per quanto di sicuro rilievo non è l'unico elemento che può essere preso in considerazione per decidere della natura penale di una certa misura. Sarebbe dunque importante che in futuro la Corte mostrasse maggiore consapevolezza della complessità di tale giudizio, sforzandosi di strutturarne in modo più solido; e proprio l'analisi dei problemi e delle soluzioni emerse in sede convenzionale, che abbiamo cercato di sistematizzare nel secondo capitolo, potrebbe essere un ottimo punto di partenza per pervenire a soluzioni più argomentate anche in ordine alle garanzie penalistiche di matrice costituzionale.

C) A margine di tali conclusioni rispetto al ruolo da attribuire al criterio finalistico nella definizione di materia penale sovra-legale, vale la pena di abbozzare anche qualche *riflessione critica* rispetto al suo reale fondamento, pur nella consapevolezza della sua pressoché universale diffusione a livello pretorio.

L'elemento che non convince del tutto è l'idea che, per determinare la natura punitiva di una misura afflittiva, al fine della sua qualificazione come penale in senso sovra-legale, sia decisivo indagare i *motivi* per cui il legislatore abbia disposto tale misura. Per quale ragione, ci chiediamo, la decisione se applicare o meno al destinatario della stessa garanzie indivi-

---

<sup>33</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, § 3.3.3.

<sup>34</sup> Cfr. *supra*, cap. 1, § 2.3.2.

duali come il principio di colpevolezza o il *volet pénal* del giusto processo, deve dipendere proprio dalle finalità che il legislatore si prefiggeva? Quando si tratta di garanzie poste a tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, sulla base di quale argomento logico si dovrebbe ritenere decisiva in via esclusiva la funzionalità attribuita dal legislatore alla misura, quando tale funzionalità è del tutto estranea alla posizione individuale che l'estensione della garanzia intende proteggere?

A noi pare che l'uso del criterio finalistico finisca per fare velo a quella che è la vera peculiarità, nell'ottica del destinatario, delle misure punitive, e quindi *lato sensu* penali. Il destinatario avverte come punitive quelle misure che gli vengono applicate in conseguenza della commissione di un fatto illecito, e non consistono nel mero ristoro del danno cagionato<sup>35</sup>. Sono dunque questi due elementi che contraddistinguono, dal punto di vista del destinatario, il *carattere punitivo* di una misura: l'essere la misura un *male che deriva da un comportamento illecito*, e il possedere un *contenuto afflittivo ulteriore rispetto al male arrecato*.

Al destinatario della misura possono in effetti risultare indifferenti, quando pure ne sia a conoscenza, gli scopi per cui la sofferenza gli viene inflitta: la sua percezione della misura come punitiva deriva dai due elementi che abbiamo appena individuato, e che sono da lui facilmente riconoscibili, al contrario della finalità della misura, spesso a lui ignota e comunque non sempre di facile ricostruzione.

L'adesione a tale proposta ricostruttiva – che ci pare preferibile in ragione della sua migliore aderenza alle finalità di tutela delle garanzie individuali assolute dalla nozione sovra-legale di materia penale – non comporta uno stravolgimento degli esiti cui si perviene adottando la criteriologia tradizionale.

Per quanto riguarda la dicotomia finalistica tra punizione e riparazione<sup>36</sup>, essa trova esatto riscontro nel requisito dell'incongruenza tra male subito e male arrecato. Se il male subito si limita al risarcimento del danno o al ripristino della situazione *ante factum* (è omogeneo al danno, per usare la terminologia di Nuvolone), l'afflizione non viene avvertita come una punizione, ma come una conseguenza riparativa conforme al principio volgarmente definito del "*chi rompe paga*".

Quanto all'altra classica dicotomia tra punizione e prevenzione<sup>37</sup>, la

<sup>35</sup> Tale definizione richiama la nozione di pena fornita da Nuvolone, che vi riconduceva ogni misura limitativa dei diritti (e dunque secondo la nostra terminologia afflittiva) a contenuto *non omogeneo* al danno arrecato, e conseguente alla *violazione di un obbligo*: cfr. *supra*, cap. 4, § 5.1.

<sup>36</sup> Per una declinazione di tale dicotomia nella giurisprudenza della Corte EDU, cfr. *supra*, cap. 2, § 3.2.3.

<sup>37</sup> Su tale dicotomia, di assoluta centralità nella criteriologia della Corte EDU, cfr. *supra*, cap. 2 § 3.2.2.

questione è più complessa. Se consideriamo la nozione *astratta* di prevenzione, tra le sue caratteristiche distintive rispetto alla punizione vi è proprio la circostanza che in quest'ultima il male viene inflitto in risposta ad un fatto illecito, mentre in sede di prevenzione il male è volto ad impedire il verificarsi di un male futuro, ma non è la conseguenza di un male arrecato nel passato. Così intesa, la dicotomia teleologica punizione-prevenzione corrisponde nei suoi esiti pratici al primo criterio da noi individuato della derivazione della misura da un fatto illecito.

Provando però a calare la nostra definizione nella *reale* configurazione del sistema di prevenzione, essa può comportare delle conseguenze non indifferenti rispetto all'utilizzo del tradizionale criterio finalistico. Infatti, a differenza che nel modello ideale di prevenzione, dove l'attenzione dovrebbe essere tutta rivolta al futuro e non al passato, nella moderna configurazione normativa delle istanze di prevenzione l'accertamento di fatti concreti e predefiniti dal legislatore, sui quali basare l'applicazione delle stesse, è sempre più avvertito come un requisito essenziale ai fini del giudizio circa la legittimità delle misure in cui tali istanze si esplicano.

Lasciamo da parte allora le infinite questioni che suscita da decenni il tema generale della legittimità costituzionale e convenzionale delle misure di prevenzione come positivamente disciplinate nel nostro ordinamento, su cui in questa sede non è possibile prendere posizione<sup>38</sup>. La recente pronuncia della Corte EDU sulle nostre misure di prevenzione mostra come, a prescindere dalla qualificazione come penali delle stesse (negata dalla Corte in ragione proprio della loro finalità preventiva), il loro contenuto afflittivo determini in ogni caso la necessità di stabilirne in termini precisi i presupposti applicativi, con l'indicazione normativa di specifiche tipologie di *fatti* su cui deve fondarsi il giudizio di pericolosità<sup>39</sup>.

È pur vero, allora, che quando applica una misura preventiva il legislatore non applica tale misura come sanzione di un fatto passato, ma è altrettanto vero che, per essere legittima in un sistema democratico, l'applicazione di una misura preventiva deve pur sempre passare per l'accertamento di fatti concreti e definiti, su cui deve fondarsi il giudizio di pericolosità. Una prevenzione del tutto sganciata dalla contestazione di fatti

---

<sup>38</sup> Sul tema della legittimità costituzionale delle misure di prevenzione, che non può qui essere oggetto di specifica attenzione, oltre alla letteratura dello scorso secolo citata *supra*, cap. 4, § 5.4.1, cfr. per tutti da ultimo il numero della *Riv. it. dir. proc. pen.* n. 2 del 2017, dedicato alla pubblicazione degli atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, svoltosi a Milano il 18 e 19 novembre 2016, dal titolo "*Delle pene senza delitto*" – *Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto*, con interventi di E. RESTA-L. LACCHÉ-M. PELISSERO-R. ORLANDI-B. MIGLIUCCI-R. MAGI-G. BALBI-M. CATENACCI-A. MARTINI-A.M. MAUGERI-D. FONDAROLI-A. MANGIONE, e relazione di sintesi di D. PULITANÒ.

<sup>39</sup> Il riferimento è alla recente sentenza della Grande Camera *De Tommaso c. Italia*, cui vedi *supra*, cap. 2, § 3.2.2.

concreti sarebbe radicalmente incostituzionale, in quanto non potrebbe che fondarsi su considerazioni relative allo *status* sociale o alle opinioni del destinatario, che sono strutturalmente incompatibili con gli obblighi di non discriminazione scolpiti dall'art. 3 Cost.

Ciò che ci interessa qui sottolineare è l'importanza che riveste, ai fini del riconoscimento del carattere punitivo di determinate misure preventive, la contestazione al destinatario di *concreti comportamenti illeciti*, il cui accertamento è *condicio sine qua non* della possibilità di applicare tali misure. Bisogna infatti fare attenzione – nel determinare l'area di applicazione di garanzie penalistiche volte a tutelare le *libere scelte d'azione* degli individui – ad evitare che l'attribuzione di eccessiva rilevanza alla finalità (punitiva, invece che preventiva o riparatoria) della misura, si risolva in un aggrimento delle garanzie non dissimile, almeno nell'ottica del destinatario, da quella “frode delle etichette”, che la nozione di materia penale ora allo studio ha il precipuo scopo di contrastare.

La prospettiva *personalistica* in cui devono essere interpretate le principali garanzie della materia penale impone di porre grande cura nel valutare la possibilità per i consociati di comprendere il significato delle azioni dei pubblici poteri.

Stimare decisiva la *finalità* punitiva o preventiva di una misura, al fine di reputarla o meno a carattere punitivo, non può definirsi a rigore una “truffa delle etichette”, perché la qualificazione non dipende da una etichetta legislativa, ma dalla verifica che la misura, nelle intenzioni del legislatore e nei connotati della disciplina positiva ad essa applicabile, ha genuina finalità preventiva invece che punitiva.

Poniamoci però nella prospettiva del soggetto che si vede destinatario di una misura afflittiva, volta nelle intenzioni del legislatore ad evitare la commissione di futuri reati, ed a lui applicabile in quanto soggetto ritenuto pericoloso per avere tenuto determinati comportamenti che gli vengono puntualmente contestati. Possiamo anche immaginare che il destinatario sia sufficientemente attento da cogliere che la misura è rivolta non a punirlo per tali fatti, ma ad evitare che commetta illeciti penali nel futuro. Ma non ci pare possa reputarsi erronea la sua pretesa che – almeno al fine dell'applicazione delle garanzie penalistiche poste a tutela della libertà delle scelte d'azione – la misura possa comunque ritenersi punitiva, nel senso che l'afflizione è conseguenza di precisi fatti illeciti a lui imputati, rispetto ai quali è ragionevole pretendere che venga verificata la loro imputabilità soggettiva, ai sensi del principio di irretroattività o di determinatezza.

Rispondere a tale individuo che tali garanzie invece non si applicano perché la finalità del legislatore non è di punirlo per quello che ha fatto (e dunque la misura non ha natura punitiva), ci pare nella prospettiva del consociato solo una forma più raffinata di truffa delle etichette. A determinare l'inapplicabilità delle garanzie non è l'etichetta formale attribuita alla misura dal legislatore, ma la finalità che realmente la stessa persegue;

il risultato è comunque che il soggetto si trova destinatario di una misura afflittiva, in ragione di fatti da lui compiuti ed a lui specificamente contestati, senza che in relazione all'*accertamento* ed all'*imputazione* di tali fatti gli siano garantite le tutele previste per la materia punitiva (e dunque penale in senso lato).

Vedremo poi brevemente in relazione alle singole garanzie quando, a nostro avviso, meriti di risultare decisivo, alla luce della *ratio* di ciascuna garanzia, proprio il criterio del legame con un fatto illecito, invece di quello della finalità punitiva.

Deve essere tuttavia sin da ora chiaro, per concludere sul punto, che nella nostra prospettiva il criterio appena proposto non si sostituisce a quello finalistico, rispetto al quale si pone piuttosto in un rapporto logico di contenenza. Una misura afflittiva può non avere finalità punitiva, ma secondo la nostra ricostruzione ha comunque natura penale in senso lato – almeno rispetto ad alcune garanzie – quando la misura deriva dalla commissione di un fatto illecito, e non ha contenuto omogeneo al danno cagionato; tale categoria generale comprende come *species* quella delle misure a finalità punitiva, in cui appunto alla derivazione dal fatto illecito ed alla disomogeneità rispetto al danno si aggiunge come elemento specializzante la finalità punitiva del legislatore.

In relazione ad alcune garanzie, per determinarne l'ambito di applicabilità può essere rilevante, più che la finalità del legislatore, il legame della misura con un fatto illecito, che può portare ad attribuire la qualifica di penale in senso lato anche a misure che non hanno finalità punitiva, ma preventiva: così si possono sintetizzare le conclusioni cui approda la nostra proposta ricostruttiva riguardo all'accezione in cui intendere il concetto di natura punitiva di una misura afflittiva.

### 3.2.2. *Il criterio della gravità della misura e l'argumentum libertatis*

A) Nel primo capitolo avevamo posto in luce come il principale elemento di differenza tra la nozione costituzionale di materia penale e quella convenzionale fosse la mancanza nella prima di alcun riferimento al parametro della *gravità della misura*, che invece nella criteriologia convenzionale della materia penale rappresenta il *terzo* criterio Engel, autonomo rispetto al parametro finalistico peculiare del *secondo* criterio Engel<sup>40</sup>.

Studiando la giurisprudenza europea, ci siamo tuttavia resi conto di come in realtà tale criterio svolga una funzione sussidiaria rispetto al parametro della natura punitiva. Nonostante il refrain della Corte EDU per cui il secondo ed il terzo criterio Engel sono tra loro alternativi e non cumulativi, l'analisi del materiale giurisprudenziale ci ha permesso di constatare come la mera gravità della misura – anche nei casi di incidenza della stessa

---

<sup>40</sup> Cfr. *supra*, cap. 1, § 4.2.

sulla libertà personale – se non è associata ad un carattere almeno latamente punitivo della stessa, non basti a farla qualificare come convenzionalmente penale<sup>41</sup>.

Nella prospettiva di delineare la nozione *costituzionale* di materia penale, ci pare allora da condividere la scelta (implicita) della Corte costituzionale di recepire solo parzialmente, ai fini dell'applicabilità delle garanzie di cui all'art. 25 Cost., la nozione convenzionale di materia penale, non facendo alcun riferimento al criterio della gravità della misura (soluzione che, come visto, trova conferma nell'esperienza comparata, dove scarso rilievo viene attribuito al criterio in esame).

La disciplina della privazione di libertà dell'infermo di mente socialmente pericoloso ci pare al riguardo esemplare. Una misura anche privativa della libertà personale, come il *trattamento sanitario obbligatorio (TSO)*, è irriducibilmente estranea ad una nozione anche lata di materia penale, in quanto è sicuramente da escludere la sua natura punitiva. Non solo, sotto il profilo finalistico, l'intenzione del legislatore è soltanto quella di prevenire la causazione di danni (a se stesso o a terzi) da parte del soggetto incapace di intendere e di volere, e non già quella di punirlo; ma la misura non è latamente penale neanche adottando la nozione più ampia di natura punitiva che fa riferimento al legame della misura con la commissione di un fatto illecito, che in questo caso può essere anche del tutto assente.

L'applicazione di una misura afflittiva a finalità preventiva può non dipendere, nel caso dell'infermo di mente, da un legame con un fatto illecito precedente perché, a differenza che in ogni altro caso di soggetto pericoloso, il giudizio di pericolosità può essere legittimamente ed esclusivamente fondato su una *condizione soggettiva* (la malattia mentale), senza che ciò comporti una violazione dell'art. 3 Cost. La patologia psichiatrica ci pare anzi l'unica condizione genuinamente soggettiva che, in un ordinamento democratico e liberale, può consentire l'esplicazione del potere di prevenzione delle autorità pubbliche nei confronti di soggetti socialmente pericolosi, a prescindere dalla commissione di alcun fatto illecito. Essendo allora il TSO una misura espressiva di una *finalità puramente preventiva*, e non legata alla commissione di un fatto illecito, la sua incidenza sulla libertà personale non può metterne in dubbio la radicale estraneità ad una accezione pur estensiva di materia penale.

Anche l'incidenza di una misura afflittiva sulla libertà personale, se tale misura non dipende in alcun modo dalla commissione di un fatto illecito, non può insomma da sola condurre a qualificare tale misura come penale.

La natura sussidiaria del criterio della gravità della misura non comporta, tuttavia, che esso non possa e non debba essere preso in considerazione, insieme ad altri elementi, per valutare il *complessivo connotato punitivo della misura*, quando la natura di quest'ultima risulti di difficile

---

<sup>41</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, § 4.3.

identificazione. Anche rispetto a misure non incidenti sulla libertà personale, qualora permangano delle incertezze in ordine alla loro qualificazione come latamente penali, la loro portata afflittiva non risulterà indifferente ai fini del giudizio<sup>42</sup>: ci pare financo ovvio che, dovendosi valutare se una certa misura abbia o meno natura *lato sensu* penale, ben potrà considerarsi rilevante se essa consista nel pagamento di una modestissima somma di denaro, invece che di una cifra imponente. Il criterio della gravità non è decisivo né per escludere la natura penale di una misura quando essa sia dotata di minima portata afflittiva (è questo come si ricorderà il principio proclamato dalla Corte EDU nella sentenza *Öztürk*)<sup>43</sup>, né per affermarla quando al contrario essa sia di particolare gravità; ma anche tale criterio ben può concorrere, insieme agli altri, per valutare la complessiva coloritura penale di una certa misura.

Con questo pur importante *caveat*, crediamo possa essere senz'altro condivisa in chiave sistematica la scelta della nostra Corte costituzionale di non dare autonomo spazio nel giudizio sulla natura costituzionalmente penale a quello che nella criteriologia convenzionale rappresenta il terzo criterio Engel.

B) Il minore rilievo sistematico, che così si propone di attribuire al criterio della gravità della misura in ordine alla definizione di materia penale costituzionale rispetto a quella convenzionale, ci pare inoltre coerente con il *diverso significato in termini di politica del diritto* che tale criterio riveste nei due ordinamenti.

Abbiamo avuto modo di notare, analizzando la giurisprudenza europea, come la natura sussidiaria di tale criterio – e di conseguenza dell'*argumentum libertatis*, di cui lo stesso è veicolo – non dovesse condurre a sottovalutarne l'importanza nel delineare il volto della materia penale convenzionale<sup>44</sup>. I criteri Engel sono nati proprio per riconoscere le garanzie penalistiche ad una misura (una sanzione disciplinare in ambito militare) di cui la Corte nega la prevalente finalità punitiva, ma che in quanto incidente sulla libertà personale viene comunque fatta rientrare nell'area di applicabilità delle garanzie penalistiche<sup>45</sup>. Ed in anni più recenti, il criterio della gravità della misura è stato ad esempio decisivo per argomentare la natura convenzionalmente penale delle molteplici ipotesi di sanzioni amministrative incidenti sulla libertà personale, di diffusa applicazione in

---

<sup>42</sup> Per una riflessione sulle ricadute in termini personalistici che può comportare la lesione degli interessi patrimoniali dell'individuo, cfr., nell'ambito di una riflessione sulla portata offensiva dei reati contro il patrimonio, S. MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, 1988.

<sup>43</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, § 2.2.

<sup>44</sup> Cfr. cap. 2, § 4.3.

<sup>45</sup> Cfr. *supra*, cap. 2 § 2.1.

molti Paesi del Consiglio d'Europa, in particolare in Russia e nella maggior parte dei Paesi dell'Europa orientale<sup>46</sup>.

Negli ordinamenti sottoposti alla giurisdizione della Corte EDU, in effetti, non sono rari i casi di sanzioni disciplinari o amministrative che prevedono forme di privazione della libertà personale, anche per periodi di durata significativa. Un risultato importante della criteriologia Engel è stato proprio quello di garantire in tutte tali ipotesi il rispetto delle specifiche tutele previste per la materia penale, senza peraltro negare la possibilità per gli Stati di prevedere sanzioni punitive non penali che incidono sulla libertà personale.

Nel nostro ordinamento, anche pre-costituzionale, le misure punitive incidenti sulla libertà personale sono invece state tradizionalmente riservate in via esclusiva al sistema penale; già nella dottrina dei primi decenni del secolo scorso, era pacifico che una sanzione amministrativa non potesse incidere, neanche indirettamente, sulla libertà personale<sup>47</sup>. Nel quadro costituzionale, poi, il principio per cui solo sanzioni di natura penale possono incidere su tale diritto fondamentale viene desunto dal combinato disposto degli artt. 13 e 25 Cost., che secondo l'interpretazione prevalente limitano i poteri dell'autorità amministrativa ad interventi sulla libertà personale collocati nella fase pre-cautelare di un procedimento penale, e conducono ad escludere la legittimità costituzionale dell'eventuale previsione di sanzioni amministrative incidenti su tale diritto<sup>48</sup>.

Rimangono così solo tre le ipotesi<sup>49</sup> di misure incidenti sulla libertà personale che nel nostro ordinamento possono essere adottate dall'autorità pubblica al di fuori della materia formalmente penale<sup>50</sup>: il *trattamento sanitario obbligatorio (TSO)*, le *sanzioni disciplinari detentive in ambito militare* ed il *trattenimento in un centro di permanenza per i rimpatri (CPR)* dello straniero irregolare in attesa di rimpatrio o dello straniero richieden-

<sup>46</sup> Cfr. i casi citati al cap. 2 § 4.2.

<sup>47</sup> Cfr. cap. 4, § 2.

<sup>48</sup> Cfr. cap. 4, § 3.

<sup>49</sup> La dottrina costituzionalistica (vedi in particolare A. PACE, *Problematica delle libertà costituzionali – Lezioni – Parte speciale*, II ed., 1992, p. 170 ss. e P. CARETTI, *I diritti fondamentali – Libertà e diritti sociali*, IV ed. 2017, p. 195 ss.) ascrive alla categoria delle misure non penali incidenti sulla libertà personale anche le diverse ipotesi di *fermo* (per identificazione e per ragioni di pubblica sicurezza) previste nel *corpus* delle leggi di polizia: considerata la scarsa incisività (*in primis* da un punto di vista temporale) di tali misure sulla libertà personale, che le colloca al confine con le misure incidenti sulla libertà di circolazione, per non appesantire troppo l'esposizione su una questione peraltro solo tangenziale alle finalità della nostra ricerca riteniamo di non dedicare specifica attenzione a tali ipotesi.

<sup>50</sup> Intendiamo ricomprese nell'ambito della materia penale in senso stretto tutte le misure privative della libertà (pene, misure di sicurezza, misure pre-cautelari e cautelari) che hanno tra i loro presupposti necessari la commissione di un reato e comportano per questo l'attivazione della giurisdizione penale.

te protezione nelle more della definizione della procedura relativa alla sua richiesta<sup>51</sup>. Di seguito getteremo un rapido sguardo su ciascuna di tali ipotesi, al fine di comprendere a quali risultati potrebbe condurre l'utilizzo dell'*argumentum libertatis* nel giudizio circa la loro natura penale; tale analisi ci permetterà di svolgere delle riflessioni conclusive sull'effettiva portata prasseologica della scelta sistematica di non ritenere l'incidenza di una misura sulla libertà personale un criterio sufficiente per determinarne la natura penale.

a) Del TSO abbiamo già parlato, escludendone la natura penale non solo alla luce del criterio finalistico della mancanza di finalità punitiva, ma anche del criterio più estensivo del collegamento con un fatto illecito. A nostro avviso, il TSO rappresenta proprio il caso esemplificativo dei limiti che, nel processo di attribuzione ad una misura della qualifica come costituzionalmente penale, bisognerebbe comunque assegnare all'*argumentum libertatis* anche qualora gli si intendesse attribuire autonomo e specifico rilievo. E del resto, la stessa Corte EDU, che pur proclama sufficiente il criterio della gravità della misura, non si spinge a definire come penali le ipotesi di privazione di libertà dell'infermo di mente pericoloso<sup>52</sup>. Dunque, anche l'attribuzione di autonoma rilevanza al criterio della gravità della misura non potrebbe condurre a ricomprendere il TSO nella materia penale costituzionale.

b) Per quanto riguarda l'ambito della *disciplina militare*, anche dopo la riforma del 2010 è ancora prevista una misura, la *consegna di rigore*, che configura una vera e propria privazione della libertà personale<sup>53</sup>. Si tratta senza dubbio di una previsione distonica nel quadro costituzionale, specie alla luce dello "spirito democratico" che secondo la Costituzione deve connotare anche l'ordinamento militare, al quale non può quindi conside-

---

<sup>51</sup> Non prendiamo qui in considerazione quelle forme di vera e propria privazione di libertà dello straniero irregolare che, pur in mancanza di ogni base normativa, vengono di fatto praticate nei Centri di soccorso e prima accoglienza (i cd. *hotspots*), e che proprio in ragione della mancanza di base legale sono state ritenute illegittime dalla Corte EDU per violazione dell'art. 5 CEDU (Corte EDU, GC, *Khlaifia c. Italia*, 15.12.2016): per una specifica analisi di tali problematiche, che non rientrano nell'ambito di questa indagine limitata all'analisi delle forme di privazione di libertà che abbiano un fondamento legale, sia consentito il rinvio a L. MASERA-G. SAVIO, *La 'prima accoglienza'*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea - Diagnosi e prospettive*, a cura di M. SAVINO, 2017, p. 35 ss.

<sup>52</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, § 3.2.2.

<sup>53</sup> L'art. 1358 del d.lgs. 66/2010 prevede che le "sanzioni disciplinari di corpo" si distinguono nel richiamo, nel rimprovero, nella consegna e nella *consegna di rigore*, e quest'ultima "comporta il vincolo di rimanere, fino al massimo di quindici giorni, in apposito spazio dell'ambiente militare - in caserma o a bordo di navi - o nel proprio alloggio, secondo le modalità stabilite dagli articoli successivi" (co. 5).

rarsi estranea la necessità di rispettare i diritti fondamentali dell'individuo-militare<sup>54</sup>. Nella nostra limitata prospettiva di indagine, tale misura (come del resto anche le altre misure disciplinari non incidenti sulla libertà personale) è sicuramente riconducibile alla categoria delle misure derivanti da un fatto illecito, mentre può risultare più incerta la sua finalità punitiva, potendosi argomentare che lo scopo di tali misure è piuttosto quello di mantenere la disciplina con il rigore dovuto nel particolare contesto della vita militare<sup>55</sup>.

Ci pare allora proprio questo un caso in cui l'*argumentum libertatis*, da solo non risolutivo per la qualificazione come penale di una misura afflittiva, possa però venire utilmente utilizzato, secondo il modello da noi proposto, come criterio sussidiario rispetto a quello della finalità punitiva. La misura deriva da un fatto illecito; ha finalità, se non esclusivamente, almeno in parte punitiva: la sua incidenza sulla libertà personale dovrebbe definitivamente condurre alla sua qualificazione come costituzionalmente penale, senza necessità di attribuire al criterio della gravità della misura una autonoma rilevanza sul modello del terzo criterio Engel.

c) Veniamo ora alla misura del *trattenimento amministrativo dello straniero irregolare*, che è stata introdotta nel nostro ordinamento nel 1998, con il Testo unico sull'immigrazione (d.lgs. 286/98), e ha attualmente una durata massima di novanta giorni (nel periodo tra il 2011 ed il 2014 il trattenimento poteva arrivare sino a diciotto mesi<sup>56</sup>).

Né in sede costituzionale, né in sede convenzionale, è mai stato affrontato, a quanto ci consta, il problema della natura penale del trattenimento amministrativo dello straniero irregolare. Le diverse pronunce (di entrambe le corti) che si sono occupate della legittimità di tale misura, pervenendo in alcuni casi anche a decisioni di grave censura del sistema normativo all'epoca vigente<sup>57</sup>, hanno sempre affrontato il problema al metro delle disposizioni in materia di libertà personale (l'art. 13 Cost. e l'art. 5 CEDU),

<sup>54</sup> Cfr. *supra*, cap. 4 § 5.4.2. Nella dottrina più recente, per una specifica trattazione dell'argomento, cfr. V. DI LELLO, *Le sanzioni disciplinari detentive in ambito militare: ipotesi per una loro consegna 'di rigore' alla storia*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 513 ss.

<sup>55</sup> Come si ricorderà, è proprio questa la posizione assunta dalla Corte EDU nel caso *Engel*, che aveva ad oggetto appunto delle misure disciplinari detentive applicate ad un militare: cfr. *supra*, cap. 2 § 2.1.3.

<sup>56</sup> Per un commento alla riforma del 2014 che ha condotto a tale riduzione del termine massimo di permanenza, sia consentito rinviare a L. MASERA, *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti non è più una bagattella?*, in *Dir. pen. cont.*, 10.11.2014.

<sup>57</sup> Il riferimento è in primo luogo alla storica pronuncia della Corte costituzionale n. 105 del 2001, con la quale la Corte riconduce entro i confini dell'art. 13 Cost. una disciplina che originariamente non prevedeva alcuna forma di convalida giudiziaria della decisione amministrativa di trattenimento.

senza mai prendere neppure in considerazione la qualificazione del trattenimento a titolo di misura penale<sup>58</sup>.

In ambito convenzionale, tale conclusione è implicitamente imposta dallo stesso dato normativo. L'art. 5 CEDU prevede infatti, tra i casi di legittima privazione della libertà personale, accanto a quelli attinenti alla materia penale [art. 5 § 1 lett. a) e c)], proprio l'ipotesi del trattenimento dello straniero nei cui confronti sia in corso un procedimento di espulsione [art. 5 § 1 lett. f)]. Non sono solo, quindi, i legislatori nazionali a considerare non penale il trattenimento prodromico all'espulsione; è lo stesso testo della Convenzione a contrapporre la privazione di libertà di natura penale a quella dello straniero in vista dell'espulsione, prevedendo che la finalità di eseguire il rimpatrio dello straniero costituisca un autonomo titolo giustificativo di tale privazione. Simile trama normativa ha indotto gli interpreti, a nostro avviso correttamente, a ritenere esclusa in radice la possibilità di ricondurre tale misura alla materia convenzionalmente penale.

Nella nostra Costituzione, come noto, non vi è invece alcun riferimento alla privazione di libertà dello straniero in attesa di rimpatrio. L'art. 13 Cost. è, secondo una felice e diffusa espressione, 'vuoto nei fini', nel senso che non contiene una specifica indicazione degli scopi per i quali il legislatore possa ricorrere alla privazione di libertà<sup>59</sup>. La Corte costituzionale, già a partire dalla prima e fondamentale pronuncia in cui ha affrontato l'argomento<sup>60</sup>, ha ritenuto legittima la privazione in via amministrativa della libertà personale dello straniero realizzata al fine di garantire l'effettività del rimpatrio, purché tale misura sia conforme ai requisiti di cui all'art. 13 Cost.; proprio l'evidente finalità non punitiva della misura, che secondo l'esplicito disposto normativo è esclusivamente volta ad evitare che lo straniero si sottragga al rimpatrio<sup>61</sup>, ha sinora fatto sì che la sua qualificazione come costituzionalmente penale non sia mai stata neppure sottoposta all'attenzione della Corte costituzionale.

---

<sup>58</sup> Per un'attenta analisi dei profili di legittimità costituzionale e convenzionale dell'istituto in esame, cfr. per tutti M. SAVINO, *La libertà degli altri – La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, 2012, p. 327 ss.

<sup>59</sup> Cfr. per tutti in questo senso il fondamentale lavoro di A. PACE, *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, 1974, p. 287 ss. Va comunque sottolineato che nella letteratura costituzionalistica sono anche presenti posizioni diverse, che ritengono che dal complesso dei valori costituzionali sia enucleabile un ristretto novero di finalità che legittimamente il legislatore può perseguire: per una ricostruzione del dibattito in argomento, cfr. per tutti i lavori di A. CERRI, *Libertà personale – Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXI, 1991, p. 7 ss., e P. CARETTI, *I diritti fondamentali*, cit., p. 200 ss.

<sup>60</sup> Il riferimento è ancora alla sentenza n. 105/01 citata sopra.

<sup>61</sup> Basti por mente al fatto che il trattenimento può essere disposto solo "quando non è possibile eseguire con immediatezza l'espulsione con accompagnamento alla frontiera" e quando vi è "pericolo di fuga" (art. 14 co. 1 d.lgs. 286/98, con rinvio per la definizione del rischio di fuga all'art. 13 co. 4 bis).

A noi pare che, alla luce dello schema ricostruttivo di cui qui si propone l'adozione, sia possibile pervenire a una *soluzione diversa*. Lasciamo pure da parte le perplessità che, specie quando la durata massima del trattenimento era di 18 mesi, si potevano nutrire circa il fatto che tale misura avesse davvero l'esclusiva finalità di facilitare l'esecuzione del rimpatrio, e non rivestisse anche una impropria finalità punitiva dello straniero irregolare<sup>62</sup>. Pur ammettendo la sua genuina ed esclusiva finalizzazione all'esecuzione dei rimpatri, tale misura risulta però indiscutibilmente legata ad un previo fatto illecito (l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato o la permanenza irregolare a seguito di regolare ingresso), che legittima il provvedimento di espulsione, alla cui esecuzione è poi rivolto il trattenimento<sup>63</sup>. La circostanza che la misura incida sulla libertà personale rappresenta a nostro avviso un ulteriore elemento (da solo non decisivo, ma importante) a sostegno della possibilità di qualificarla come penale, almeno ai fini dell'applicazione di quelle garanzie rispetto alle quali, come vedremo, risulta sufficiente la derivazione della misura da un fatto illecito, anche in mancanza di finalità punitiva.

Appare evidente, alla luce di questa rapida digressione in ordine alle misure non penali incidenti sulla libertà personale, come *l'argumentum libertatis*, anche ammettendone una autonoma rilevanza ai fini della qualificazione come penale di una certa misura afflittiva, non risulterebbe comunque particolarmente significativo per delineare, nel nostro ordinamento, l'area della materia formalmente non penale, ma penale da un punto di vista costituzionale.

---

<sup>62</sup> Per qualche riflessione sull'impropria finalità punitiva assunta dal trattenimento amministrativo dello straniero irregolare, sia consentito il rinvio a L. MASERA, *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere - Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di A. GABOARDI, A. GARGANI, G. MORGANTE, A. PRESOTTO, M. SERRAINO, 2013, p. 79 ss.

<sup>63</sup> Nel caso del trattenimento del richiedente asilo, la situazione in verità è diversa, perché lo straniero al momento del trattenimento non ha ricevuto alcun provvedimento di espulsione, che potrà essere eventualmente emanato solo ove la domanda di protezione venga esaminata e respinta. Rimane il fatto che tra i presupposti impliciti del trattenimento vi è l'ingresso irregolare nel territorio dello Stato (il trattenimento non può essere disposto nei confronti del soggetto che risieda regolarmente in Italia), e la finalità è quella di evitare che lo straniero, di cui viene accertata l'irregolarità, formuli la domanda di protezione al solo fine di sottrarsi al rimpatrio che ne deriverebbe (tra i presupposti per l'applicazione della misura, vi è anche in questo caso il rischio di fuga): nella nostra limitata prospettiva di interesse, quindi, le due ipotesi di trattenimento sono equiparabili in quanto vedono sempre come presupposto un fatto illecito, ma non hanno finalità punitiva. Per un confronto tra le due discipline alla luce della riforma del trattenimento dei richiedenti asilo, che dopo le modifiche apportate dal d.lgs. 142/2015 ha oggi paradossalmente connotati più afflittivi del trattenimento dello straniero in attesa di rimpatrio (per quest'ultimo, come visto sopra, il termine massimo di trattenimento è oggi di 90 giorni, per i richiedenti asilo di 12 mesi!), cfr. in particolare G. SAVIO, *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Dir., imm., citt.*, 2015, nn. 3-4, p. 142 ss. e E. MITZMAN, *Il rimpatrio dei migranti irregolari*, in *La crisi migratoria*, cit., p. 121 ss.

La scelta storica del nostro ordinamento è di riservare alla sanzione penale in senso formale la privazione di libertà con finalità punitiva. Esistono due istituti ove è possibile una privazione di libertà estranea al sistema della giustizia penale, con finalità almeno prevalentemente non punitiva, ma che ha come *conditio sine qua non* la commissione di un fatto illecito. Tali ipotesi non sono state considerate come penali in senso lato dalla giurisprudenza (nel senso chiarito appena sopra per cui la Corte ha sempre dato per implicito la loro natura non penale); ma anche aderendo alla nostra proposta ricostruttiva, e dunque ammettendo la possibilità di qualificarle come penali ai fini dell'applicazione di alcune garanzie, il risultato non sarebbe di particolare rilievo in termini di sistema.

La consegna di rigore è un istituto ormai ai margini della prassi. Il trattamento amministrativo dello straniero irregolare trova invece larga applicazione, ma la sua qualificazione come penale – ai sensi del criterio della derivazione da un fatto illecito, rafforzato dell'*argumentum libertatis* – non sarebbe in ogni caso idonea a metterne in discussione la legittimità, bensì comporterebbe solo l'applicazione di alcune garanzie penalistiche (*in primis*, come vedremo, il principio di irretroattività), senza incidere in modo significativo sui contorni dell'istituto.

Non solo dunque per le ragioni dogmatiche che abbiamo esposto sopra, ma anche alla luce di considerazioni di politica del diritto relative alla configurazione del nostro sistema positivo, ci pare potersi concludere che – in chiave di definizione della nozione *costituzionale* di materia penale – non sia auspicabile introdurre il parametro della gravità della misura come criterio autonomo ed alternativo a quello della sua natura punitiva.

Dovendo fornire una definizione dei connotati della materia penale costituzionale, che sia non solo sistematicamente corretta, ma anche evocativa del reale contenuto espansivo di tale nozione rispetto al criterio formale, ci pare preferibile individuare nella *natura punitiva* il solo parametro generale di individuazione di tale materia. È infatti nell'estensione delle garanzie penalistiche a tutto il vasto sistema punitivo extra-penale che risiede il significato del processo di estensione della materia penale costituzionale, e non certo nella tutela della libertà personale dall'incidenza di misure non formalmente penali.

La portata afflittiva di una certa misura può essere un parametro significativo per determinarne la natura, quando il carattere punitivo della stessa risulti incerta. Ma, anche quando la misura incide sulla libertà personale, la sua gravità è un carattere da valutare insieme ad altri, incapace da solo di determinarne la natura penale. Per questo ci pare corretto, da un punto di vista definitorio, non considerare questo elemento come parametro autonomo al pari di quello della natura punitiva della misura, ma collocarlo insieme agli altri che a quest'ultimo si affiancano nel determinare l'applicabilità di una certa garanzia penalistica.

C) È infine importante rammentare come le misure privative della libertà personale, anche se estranee alla materia penale, non rimarranno per ciò solo prive di tutela sovra-legale. La particolare rilevanza dell'interesse giuridico su cui la misura va ad incidere comporta di per sé il riconoscimento di apposite garanzie (apprestate rispettivamente agli art. 13 Cost. e 5 CEDU), che in certa misura riprendono almeno alcune delle garanzie fondamentali della materia penale (pensiamo alla riserva di legge e di giurisdizione, prevista in entrambe le disposizioni appena citate)<sup>64</sup>.

Più in generale, poi, anche quando la misura afflittiva incida su diritti diversi dalla libertà personale, sono da riconoscere le garanzie previste a livello sovra-legale per lo specifico diritto in questione (ad esempio, la proprietà o la libertà di circolazione); e non è raro che, anche in relazione a tali diritti, possano trovare riconoscimento garanzie non così dissimili da quelle previste per la materia penale. Esempio ci pare al riguardo il caso della recente sentenza della Corte EDU, relativa alle misure di prevenzione italiane, in cui la Corte non ha attribuito alle stesse natura convenzionalmente penale, ma ha comunque riconosciuto una violazione del principio di legalità-prevedibilità desumibile dalla disposizione che tutela la libertà di circolazione<sup>65</sup>.

Un conto però sono le garanzie peculiari dello specifico diritto che la misura afflittiva va a colpire (che possiamo definire come le *garanzie dell'afflizione*), altro conto sono le garanzie della materia punitiva (le *garanzie della punizione*). Tali garanzie possono (almeno in parte) sovrapporsi, ma concettualmente hanno fondamento e finalità autonome; le garanzie della materia penale, anche intesa in senso lato, non possono venire estese a misure che, quale che sia la loro portata afflittiva, non presentino alcun legame con la commissione di un fatto illecito.

### 3.3. Il “nucleo duro” delle misure afflittive e delle garanzie

Rimane ora da fornire una risposta alla terza questione che ha guidato la nostra ricerca: e cioè che cosa debba intendersi con il concetto di “nucleo duro” evocato, sia pure sporadicamente, dalla giurisprudenza costitu-

---

<sup>64</sup> Per una riflessione sulla costituzionalità delle forme di coercizione terapeutica incidenti sulla libertà personale praticate nei confronti dei pazienti psichiatrici, ove il problema viene correttamente posto in relazione all'art. 13 (oltre che all'art. 32) e non all'art. 25, cfr. da ultimo C. LANDOLFI, *L'aporia della coercizione terapeutica 'per malattia mentale' in un ordinamento liberaldemocratico: profili di incostituzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, nn. 7-8, p. 119 ss., al quale ci sia consentito di fare rinvio per i necessari riferimenti bibliografici.

<sup>65</sup> Il riferimento è alla sentenza Corte EDU, GC, *De Tommaso c. Italia*, citata *supra*, cap. 2, § 3.2.2.

zionale<sup>66</sup> ed europea<sup>67</sup>, e recentemente ripreso da autorevole dottrina<sup>68</sup>. Anziché ripercorrere le singole accezioni in cui tale nozione è stata intesa, vogliamo provare ora a fare ordine in un quadro nel complesso assai confuso (anche per l'estrema brevità dei cenni che al tema sono dedicati dalla giurisprudenza), individuando *due diverse accezioni* in cui tale espressione può essere (ed è stata) interpretata nel contesto che ci interessa.

### 3.3.1. I cerchi concentrici del sistema afflittivo

Una prima accezione in cui si può intendere l'espressione *nucleo duro* (o la figura concettualmente equivalente dei *cerchi concentrici*, che esprime in termini geometrici la medesima relazione logica di continenza) attiene al *diverso corredo di garanzie* che contraddistingue le *distinte forme di misure afflittive* presenti nell'ordinamento.

La formulazione più chiara di tale accezione di nucleo duro ci pare quella proposta da Manes, a cui si deve l'elaborazione di uno schema tripartito che ben si presta a fornire supporto sistematico a molte delle conclusioni cui siamo giunti sinora.

La categoria di misure afflittive cui è riconosciuto lo spettro più ampio di garanzie (sostanziali e procedimentali) è rappresentata dal *diritto penale in senso stretto*, cioè dalle misure qualificate come sanzioni penali da parte del legislatore (la nozione *formale* di materia penale, che rappresenta il *nucleo duro* del diritto punitivo secondo la terminologia di Manes). A tali misure sono riservate *tutte le garanzie* che tanto la legge ordinaria, quanto le fonti sovra-legali, attribuiscono alla materia penale, che in tutti gli ordinamenti costituisce il settore del diritto punitivo ove lo standard garantistico è più elevato, tanto in termini di imputazione che di accertamento del fatto.

Vi è poi la categoria delle *misure afflittive formalmente non penali*, ma che in ragione della loro *natura punitiva* rientrano nella nozione convenzionale e costituzionale di materia penale (il nucleo *semi-duro* nel linguaggio di Manes), ed alle quali di conseguenza si applicano le *garanzie sovra-legali della materia penale*, ma non già le garanzie di rango ordinario che dipendono dalla qualificazione legislativa.

Tutte le *misure afflittive*, anche se *prive di carattere punitivo* e quindi estranee anche alla materia penale in senso sovra-legale, sono, infine, comunque corredate dalle garanzie volte a specifica tutela del diritto su cui la misura va ad incidere (il diritto alla libertà personale, alla proprietà, alla libertà di circolazione, ecc.).

---

<sup>66</sup> Il riferimento è alla sentenza C. cost. 43/17, su cui vedi *supra*, cap. 1, § 2.3.3.

<sup>67</sup> La nozione in oggetto è evocata in Corte EDU, GC, *Jussilla c. Finlandia*, su cui vedi ampiamente *supra*, cap. 2, § 2.3.4.

<sup>68</sup> Cfr. i lavori di F. VIGANÒ e V. MANES analizzati al cap. 4 § 6.2.1 e 6.2.2.

Tale schema risulta perfettamente coerente, come accennato, alle coordinate che abbiamo visto emergere dal nostro studio.

Esso fornisce innanzitutto un'ottima rappresentazione "visiva" della nozione di materia penale sovra-legale come da noi definita sopra: una nozione posta in rapporto di continenza rispetto alla nozione formale, dal momento che oltre alle sanzioni formalmente penali vi rientrano tutte le misure punitive o comunque ritenute sostanzialmente penali dalla Corte costituzionale o dalla Corte EDU.

La riconduzione di una misura alla nozione sovra-legale non comporta però, come hanno ricordato anche i giudici delle leggi<sup>69</sup>, l'applicabilità *tout court* di tutta la disciplina legale della materia penale. Le garanzie penali-stiche di rango ordinario rimangono legate alla qualificazione formale della misura fornita dal legislatore, applicandosi solo le garanzie che, in ragione della propria posizione gerarchicamente superiore alla legge, sono in grado di imporsi sulla scelta definitoria del legislatore.

Al di fuori, poi, della materia penale in senso lato, l'intrusione nei diritti dell'individuo che connota ogni misura afflittiva (pure se non punitiva) impone il rispetto delle garanzie proprie dello specifico diritto su cui la misura incide (le *garanzie dell'afflittività*, secondo la definizione da noi proposta sopra), garanzie che almeno in alcuni casi assicurano un livello di tutela non lontano da quello proprio della materia penale.

Se dunque di tale accezione della nozione di cerchi concentrici o di nucleo duro ci convince senz'altro il contenuto – che ci pare rispecchiare in modo preciso la configurazione dei rapporti tra le garanzie rispettivamente applicabili alle diverse categorie di misure afflittive –, qualche perplessità ci suscita invece il ricorso al termine di "nucleo duro", che rischia a nostro avviso di risultare equivoco della (non semplice) realtà che intende descrivere.

Il termine in esame evoca, infatti, in modo inequivocabile, nello schema a cerchi concentrici in cui si inserisce, il *cerchio più ristretto*, che tuttavia indica l'insieme di misure afflittive (quelle formalmente penali) che sono assistite dal *numero più elevato di garanzie* (tutte le garanzie della materia penale), numero di garanzie che tende a decrescere più ci si allontani da tale nucleo (solo le garanzie sovra-legali della materia penale per le misure punitive, solo le garanzie dell'afflizione per le misure afflittive ma non punitive).

Ebbene, bisogna fare attenzione a che non induca a fraintendimenti il ricorrere all'espressione "*nucleo duro*" – che in termini insiemistici evoca appunto l'insieme più ristretto, dove sono contenuti meno elementi rispetto agli altri insiemi – per definire l'ambito di misure afflittive ove *più elevato* è il novero delle garanzie applicabili. In astratto, a bene vedere, lo schema

---

<sup>69</sup> Cfr. ancora la già più volte citate C. cost. 43/17: cfr. cap. 1, § 2.3.3.

potrebbe essere agevolmente *ribaltato*: per “*nucleo duro*” si potrebbero indicare le garanzie proprie delle misure afflittive non punitive, ossia le *tutele minimali* legate ad ogni intervento della pubblica autorità sui diritti individuali, e procedendo all’inverso disegnare cerchi più ampi (le misure punitive non penali, prima, e le misure formalmente penali nel cerchio più esterno), ove è riconosciuto un numero crescente di garanzie.

La diversa rappresentazione grafica dei rapporti tra misure afflittive e garanzie dipende da quali elementi si intendano porre a componenti degli insiemi che si vanno a disegnare. Se componenti degli insiemi sono le diverse tipologie di misure afflittive, il cerchio più ristretto è composto dalle misure formalmente penali, che sono una *species* delle misure punitive, a loro volta ipotesi speciali di misure afflittive; se componenti sono le garanzie, l’insieme più piccolo è costituito dalle garanzie proprie delle misure afflittive, e gli insiemi più grandi dalle ulteriori garanzie proprie rispettivamente della materia punitiva e della materia penale in senso formale.

Posto questo *caveat*, crediamo tuttavia che la rappresentazione “grafica” proposta da Manes possa risultare utile ad evidenziare i rapporti tra le diverse tipologie di misure afflittive ed il diverso livello di garanzie per ciascuna di esse apprestato a livello nazionale ed europeo, e corrisponda del resto alla posizione assunta nella citata sentenza della Corte costituzionale (n. 43/17), dove si afferma che solo al “nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, qualificato come tale dall’ordinamento interno” sono da garantire “tutte le garanzie previste dalla legge per le sanzioni penali”.

Al di là allora di ogni preoccupazione di natura “geometrica”, tale accezione della nozione di nucleo duro esprime plasticamente un concetto importante (e forse non così pacifico tra tutti gli operatori del diritto), che merita per l’ultima volta di essere ribadito. La riconduzione di una misura alla materia penale in senso sovra-legale non la equipara ad una misura penale in senso formale, alla quale sono riservate in via esclusiva le garanzie di rango ordinario che il legislatore riconosce alle sanzioni penali.

### 3.3.2. *La graduabilità delle garanzie sovra-legali*

In tutt’altra prospettiva viene, invece, inteso il concetto di “*nucleo duro del diritto penale*” nella giurisprudenza della Corte EDU (ed in particolare nella sentenza della Grande camera *Jussila*, del 2006, l’unica dove la nozione viene espressamente evocata<sup>70</sup>), e, sul solco di questa, nella ricostruzione “a cerchi concentrici” proposta da Viganò<sup>71</sup>.

---

<sup>70</sup> Cfr. *supra*, cap. 2, § 2.3.4.

<sup>71</sup> Cfr. *supra*, cap. 4 § 6.2.1, ove l’autore esplicita la corrispondenza dell’immagine dei cerchi concentrici ai principi di *Jussila*.

La logica che muove il ragionamento è in questo caso tutta interna al sistema convenzionale (o costituzionale). La Corte EDU afferma, per la prima volta in modo esplicito, che il riconoscere natura convenzionalmente penale ad una misura punitiva non significa doverle applicare le garanzie convenzionali “in tutto il loro rigore”. Quando la misura giace al di fuori del “nucleo duro del diritto penale”, le garanzie convenzionali (nel caso deciso dalla Corte, il *volet pénal* dell’art. 6 CEDU) possono essere intese in modo meno rigido, consentendo la relativizzazione di garanzie (in *Jussila* si trattava del diritto alla trattazione della causa in udienza pubblica) che rispetto alle misure appartenenti al “nucleo duro” non ammettono alcuna forma di graduazione.

Avevamo notato come la Corte, oltre a non precisare in che termini andasse intesa la possibilità di non applicare “in tutto il loro rigore” le garanzie convenzionali, non avesse preso posizione neppure in ordine ai criteri per individuare le misure da ascrivere a questo “nucleo duro del diritto penale”<sup>72</sup>.

Lo schema “a cerchi concentrici” di Viganò intende proporre una risposta a tale questione, delineando come criterio identificativo del “nucleo duro” l’incidenza della misura sulla *libertà personale*. Nel cerchio più ristretto, ove le garanzie convenzionali sono da applicare in tutto il loro rigore, sono secondo l’autore da collocare i “*mala in se* e comunque i reati di maggiore gravità, ove si profila sempre all’orizzonte la pena detentiva”; mentre al di fuori di tale nucleo restano “i *mala quia prohibita*, comprendenti sia i reati meno gravi (sanzionati con pene diverse da quella privata della libertà personale) sia gli illeciti solo ‘sostanzialmente’ penali, e non formalmente tali”.

Il tema evocato da questa nozione di “nucleo duro” non è più, dunque, quello di distinguere le garanzie della materia penale formale da quelle della materia penale sovra-legale, come nella classificazione che abbiamo analizzato sopra. Ora il problema è se ed in che modo sia possibile *graduare le garanzie sovra-legali*, distinguendo un’applicazione più rigorosa per le misure che cadono all’interno del “nucleo duro del diritto penale”, ed una meno stringente per le altre misure, che pure sono da qualificare come penali in senso sovra-legale.

Nella prospettiva costituzionale che qui ci interessa, la questione, se non andiamo errati, non è ancora stata oggetto di specifica attenzione da parte dei nostri giudici delle leggi. Nella sentenza n. 43 del 2017, la Corte, nel prendere atto del più recente orientamento verso l’applicazione dell’art. 25 co. 2 anche a sanzioni punitive formalmente non penali, precisa che tale nozione estensiva è stata affermata solo rispetto al “*contenuto essenziale del precetto costituzionale*”, che viene identificato nel principio di

---

<sup>72</sup> Cfr. *supra*, cap. 2 § 2.3.6.

irretroattività: il cenno pare in qualche modo evocare il principio enunciato in *Jussila*, ma il passaggio è troppo breve per potersene dedurre alcuna conclusione di carattere generale.

Il tema della graduabilità delle garanzie costituzionali è invece ben noto alla nostra dottrina. Come si ricorderà, quando negli anni della depenalizzazione il tema dell'estensione delle garanzie costituzionali della materia penale alle sanzioni amministrative era stato oggetto di ampio dibattito, alcuni autori (in particolare tra quelli contrari all'estensione) avevano affermato l'impossibilità di graduare l'applicazione delle garanzie penali-stiche<sup>73</sup>; altri, fautori dell'estensione, avevano affermato l'ammissibilità e la ragionevolezza di un'applicazione meno rigorosa di alcune garanzie rispetto alle sanzioni formalmente non penali (esemplare il caso del principio di riserva di legge, da intendere in senso rigoroso per le sanzioni penali, ed in senso più lasco, tale da ricomprendervi anche le leggi regionali, per le sanzioni amministrative; o il principio di precisione-determinatezza, da interpretare in senso meno rigoroso in ambito disciplinare)<sup>74</sup>.

In prospettiva comparata, infine, la giurisprudenza tedesca e quella spagnola, che pure non utilizzano (a quanto abbiamo potuto verificare) la nozione di "nucleo duro", sono le più chiare nel declinare in modo diverso le garanzie rispetto a misure che pure vengono giudicate meritevoli delle stesse in quanto sostanzialmente penali (esemplare, anche in questa ipotesi, il caso del principio di determinatezza "affievolito" in ambito disciplinare nell'ordinamento tedesco<sup>75</sup>, o quello delle garanzie procedurali applicate in modo meno rigoroso in ambito sanzionatorio amministrativo nella giurisprudenza iberica<sup>76</sup>).

Provando ora a trarre le fila della discussione, che crediamo possa essere utilmente affrontata nei suoi termini teorici senza distinguere tra profili costituzionali e convenzionali, a noi pare che sia in primo luogo da risolvere positivamente il problema dell'*ammissibilità* di una graduazione delle garanzie sovra-legali della materia penale.

L'analisi della giurisprudenza convenzionale ci aveva condotto nel secondo capitolo a constatare come, almeno per quanto riguarda l'applicazione delle *garanzie procedurali*, la possibilità di graduazione fosse stata imprescindibile nel consentire che l'estensione di tali garanzie all'illecito amministrativo non si risolvesse in una bocciatura *tout court* del processo di depenalizzazione. Se è stata per la prima volta la sentenza *Jussila* ad esplicitare tale possibilità, essa era già implicita nella *ratio decidendi* di *Öztürk*, nel momento in cui la Corte reputava che in relazione all'illecito

---

<sup>73</sup> In questo senso era orientato in particolare F. BRICOLA: cfr. *supra*, cap. 4, § 5.3.1.

<sup>74</sup> Cfr. in particolare sul punto M.A. SANDULLI, cap. 4 § 5.2.2 e S. VINCIGUERRA, cap. 4 § 5.2.3

<sup>75</sup> Cap. 3, § 2.1.

<sup>76</sup> Cfr. *supra*, cap. 3, § 4.2.

amministrativo le garanzie di cui al *volet pénal* dell'art. 6 si dovessero ritenere rispettate quando fosse ad esse conforme non già il procedimento amministrativo di applicazione della sanzione (che per definizione, non vedendo l'intervento dell'autorità giudiziaria, era con le stesse incompatibile), ma l'eventuale procedimento giudiziario di impugnazione della sanzione inflitta in sede amministrativa<sup>77</sup>.

In effetti, come correttamente posto in luce dalla giurisprudenza costituzionale spagnola, vi sono almeno alcune garanzie sovra-legali del procedimento penale così strettamente legate alla peculiare fisionomia di tale procedura, che chiederne l'integrale estensione al procedimento di applicazione di una sanzione amministrativa significherebbe in sostanza richiedere lo svolgimento di un vero e proprio processo penale, con inevitabile frustrazione delle esigenze di alleggerimento della giustizia penale che stanno (insieme ad altre) a fondamento del massiccio ricorso degli ordinamenti moderni alla figura dell'illecito amministrativo per sanzionare i fatti bagatellari<sup>78</sup>.

Quando a breve faremo cenno alle singole garanzie penalistiche contenute nella nostra Costituzione, vedremo come tale discorso valga anche per molte delle garanzie del processo penale di cui all'art. 111 Cost., che possono trovare piena e integrale applicazione solo all'interno del processo penale in senso formale.

Se dunque per le garanzie procedurali l'idea della graduabilità ci pare irrinunciabile – almeno nell'ottica di un'estensione delle garanzie sovra-legali della materia penale che non arrivi di fatto ad impedire al legislatore l'uso di strumenti sanzionatori diversi dalla sanzione penale in senso stretto –, non vediamo ragione per cui tale idea non debba valere anche in relazione alle garanzie sostanziali.

Alcune di queste sono, per la loro stessa struttura logica, impossibili da graduare, in quanto esprimono una valutazione in termini di *aut aut* (su tutte, se non vediamo male, il principio di irretroattività e quello del divieto di responsabilità per fatto altrui); ma quando la struttura della garanzia è compatibile con la sua flessibilizzazione, la soluzione di una sua applicazione meno rigida al di fuori del “nucleo duro del diritto penale” ci pare condivisibile, risultando in alcuni casi (come quello della riserva di legge) uno strumento prezioso per pervenire a risultati ragionevoli e conformi alla *ratio* della garanzia.

Piuttosto, è necessario porre attenzione nel definire nei termini più chiari possibili i limiti entro cui tale flessibilizzazione può essere operata; al riguardo ci paiono due i problemi fondamentali da risolvere: che cosa significhi applicare una garanzia non “in tutto il suo rigore” (per riprendere la formula usata in *Jussila*), e quali siano i criteri per identificare le misure che si collocano all'interno del nucleo duro nell'accezione ora allo studio.

---

<sup>77</sup> Cfr. più diffusamente sul punto cap. 2, § 2.2.5.

<sup>78</sup> Cfr. la chiara presa di posizione sul punto della Corte costituzionale spagnola: cap. 3 § 4.2.

Quanto al primo problema, ci pare davvero difficile elaborare criteri astratti per orientare questa operazione di “ammorbidente” delle garanzie: troppo stretto è il legame di tale operazione con il contenuto e la *ratio* della singola garanzia, per poterla declinare in termini generalizzanti.

Quanto poi al problema di identificare i confini del nucleo duro, cui la Corte EDU non offre alcuna soluzione, questa viene fornita in dottrina nel lavoro di Viganò, che – come abbiamo appena visto – propone di collocare al suo interno solo le sanzioni incidenti sulla libertà personale, con la conseguenza di sottrarre all’applicabilità piena delle garanzie gli illeciti formalmente penali ma puniti con la sola pena pecuniaria.

Tale conclusione ci pare opinabile, e soprattutto non ci pare del tutto coerente con la nozione di materia penale adottata dalla Corte EDU. Come si ricorderà, in diverse occasioni la Corte ha precisato come la nozione di materia penale convenzionale agisca “a senso unico”, nel senso che può condurre ad attribuire carattere penale ad una misura che formalmente ne è priva, ma non a negare le garanzie convenzionali della materia penale ad una misura che sia formalmente penale secondo la legislazione interna. Se ricorre il primo criterio Engel (la qualificazione come formalmente penale della sanzione), le garanzie penalistiche si applicano comunque, senza alcun bisogno di valutare la natura o la gravità della misura.

A noi pare che, in coerenza con tale principio, la qualificazione formale della misura debba ritenersi decisiva anche per individuare il nucleo duro delle misure rispetto alle quali le garanzie convenzionali si applicano in tutto il loro rigore; è proprio l’estensione delle garanzie penalistiche a sanzioni formalmente non penali a far sorgere il problema della graduabilità delle garanzie, e la soluzione più convincente ci pare quella di riconoscere sempre le garanzie in maniera più forte a quelle misure che sono penali già ai sensi del primo criterio Engel, a prescindere dalla loro natura detentiva o pecuniaria.

Non bisogna, inoltre, dimenticare che l’attribuzione di natura penale ad una sanzione pecuniaria porta con sé conseguenze in termini di *stigmatizzazione* e di effetti penali della condanna<sup>79</sup>, che non possono essere trascurati nel valutarne la complessiva natura. È senz’altro vero allora, come ricorda Viganò, che l’incidenza sulla libertà personale rappresenta il tratto caratterizzante della sanzione penale, e si pone storicamente a fondamento delle particolari garanzie da cui la materia è assistita. Tuttavia, una volta che il legislatore abbia attribuito natura penale ad una sanzione pecuniaria, essa viene attratta nell’ambito della materia penale in senso formale, con tutto quanto ciò di per sé comporta tanto in termini di *stigmatizzazione*, quanto di corrispondente statuto garantistico. Non ci pare allora convincente la conclusione che ad una certa categoria di misure afflittive

---

<sup>79</sup> Sono i due elementi individuati come tipici della sanzione penale in particolare nella monografia di PALIERO e TRAVI: cfr. *supra*, cap. 4, §§ 5.3.2.

(le sanzioni pecuniarie formalmente penali) si debbano applicare tutte le garanzie penalistiche di rango ordinario (visto che la legge riconosce il medesimo *status* garantistico alle sanzioni penali detentive e pecuniarie), mentre le garanzie di rango sovra-legale si potrebbero applicare anche in forma attenuata.

La soluzione più corretta sotto il profilo sistematico ci pare, per concludere, quella di collocare all'interno del nucleo duro, dove le garanzie della materia penale si applicano in maniera più intensa, tutte le misure (anche pecuniarie) *definite come penali dal legislatore*; a queste andranno poi aggiunte le misure punitive anche non formalmente penali ma privative della libertà personale, per le quali il *deficit* in termini di stigmatizzazione derivante dalla natura formalmente non penale è in certo modo compensato dalla particolare rilevanza del diritto su cui esse vanno ad incidere.

#### 4. Conclusioni

Abbiamo così terminato di esporre la nostra soluzione alle tre principali questioni che dall'analisi della giurisprudenza costituzionale ci erano parse meritevoli di chiarimento: la natura unitaria o differenziata della nozione di materia penale costituzionale; i criteri generali di definizione di tale nozione, ed i loro rapporti con i criteri Engel della Corte EDU; la definizione di cosa si debba intendere con l'espressione 'nucleo duro' del diritto punitivo e delle garanzie.

La risposta a tali domande ci ha permesso, all'esito dello studio del formante giurisprudenziale e dottrinale condotto nei primi capitoli, di tracciare i connotati generali della nozione oggetto di studio. In primo luogo ne abbiamo individuato i tratti caratterizzanti rispetto ad altre nozioni di materia penale in uso nei diversi formanti, poi ne abbiamo chiarito in termini astratti il contenuto e la struttura.

Lo scopo, prima ancora che di articolare una valutazione critica delle scelte pretorie, è stato precipuamente quello di esplicitare in termini il più possibile chiari i passaggi logici che il giudice delle leggi deve percorrere per decidere se applicare una certa garanzia penalistica ad una misura afflittiva formalmente non penale.

Il lettore avrà notato come, in quest'ultimo capitolo, abbiamo sì discusso della natura o meno penale di alcune specifiche categorie di misure afflittive che risultavano di particolare interesse in vista di una trattazione generale delle questioni (come le misure di prevenzione o il trattenimento dello straniero irregolare), ma non abbiamo preso posizione in ordine alle singole questioni attualmente oggetto di controversia in dottrina o in giurisprudenza.

Gli esempi potrebbero essere molti. Una delle questioni da ultimo più

dibattute riguarda la natura della *confisca di prevenzione*. La giurisprudenza nazionale ed europea la reputa estranea all'area della materia penale, in ragione della sua finalità preventiva; larga parte della dottrina ne sottolinea al contrario la finalità punitiva, che ne imporrebbe la riconduzione all'area della materia penale in senso lato, con la conseguenza di ritenere molti aspetti significativi della disciplina illegittimi per contrasto con diverse garanzie sovra-legali (sostanziali e procedurali) della materia penale; un recente indirizzo ne propone a sua volta la ricostruzione in termini civilistici, reputando che il provvedimento ablativo trovi fondamento nell'illegittimità del titolo di proprietà sul bene acquistato in forza di un'attività delittuosa<sup>80</sup>.

Lo scopo del nostro lavoro non era quello di fornire la nostra risposta a tale questione come alle diverse altre, spesso molto complesse, che possono sorgere nel ricondurre una specifica misura afflittiva all'area della materia penale; la finalità era piuttosto di individuare uno *schema generale* di analisi dei problemi, che permettesse di indicare le coordinate da seguire per risolvere le singole questioni.

Riprendendo l'esempio della confisca di prevenzione, l'adozione di tale schema conduce innanzitutto ad accettare l'idea che la qualificazione come penale di tale misura possa dipendere dalla specifica *ratio* della garanzia penalistica di cui si discute l'applicazione; con la conseguenza che, "fisiologicamente", alla confisca di prevenzione potranno essere riconosciute alcune e non altre delle garanzie sostanziali e procedurali della materia penale. Il criterio generale alla cui stregua condurre il giudizio sarà il criterio finalistico (con la difficoltà nel caso concreto di ricostruire, alla luce della specifica normativa dell'istituto, quali siano le reali finalità di una misura che il legislatore espressamente definisce come "misura di prevenzione"); ma ad esso si potranno affiancare altri elementi utili a valutare la complessiva coloritura penale della misura (come la sua gravità o il suo legame con un procedimento penale). In relazione poi alle garanzie fondamentali che tutelano le libere scelte d'azione dei consociati, la nostra proposta è di prendere in esame una nozione di natura punitiva – più ampia di quella fondata sul criterio finalistico – ove risultano decisive la derivazione eziologica della misura da un fatto illecito e la sua omogeneità rispetto al danno arrecato da tale fatto (con il problema, rispetto alla confisca, di valutare se il provvedimento ablativo, nei suoi concreti limiti normativi, possa ritenersi congruente rispetto al profitto ottenuto dall'illecito). Una volta infine che si sarà reputata applicabile una certa garanzia (sostanziale o procedimentale) bisognerà valutare, in considerazione della sua struttura e della sua *ratio*,

---

<sup>80</sup> Per un'ampia ricognizione delle complesse problematiche implicate da tale istituto, cfr. da ultimo F. VIGANÒ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Emilio Dolcini*.

se ne è possibile e necessaria un'applicazione meno rigorosa di quella che si impone rispetto alla sanzioni formalmente penali (pensiamo alla possibilità, una volta in ipotesi riconosciuta natura penale a tale forma di confisca ai fini dell'applicazione della presunzione di innocenza, di ritenere comunque sufficiente uno *standard* probatorio meno rigoroso dell'oltre ogni ragionevole dubbio penalistico).

Per evitare che l'interprete venga sopraffatto dalla complessità dei singoli problemi che si trovi a dover risolvere per decidere se a *quella* specifica misura si applichi *quella* singola garanzia costituzionale, ci pareva importante schematizzare nel modo più semplice possibile (compatibilmente con la oggettiva difficoltà delle questioni) almeno i connotati e la struttura generale del giudizio.

Prima di congedarci dal lettore, intendiamo allora riprendere in termini di estrema sintesi quelli che ci paiono i profili essenziali della ricostruzione cui siamo pervenuti. Nell'ultimo paragrafo proveremo poi a individuare, in relazione alle singole garanzie costituzionali della materia penale, quali criteri della materia penale rivestano maggiore rilievo rispetto a ciascuna di esse.

#### 4.1. Sintesi delle tesi principali

A) L'attribuzione di natura convenzionalmente o costituzionalmente penale ad una misura afflittiva formalmente non penale non comporta che a tale misura sia applicabile l'intera disciplina sostanziale e procedimentale della materia penale. La nozione formale di reato rimane decisiva ai fini dell'individuazione della disciplina di rango ordinario applicabile, in quanto la riconduzione della misura al perimetro della materia penale in senso lato comporta solo l'applicazione delle garanzie sovra-legali di tale materia, ma non determina la perdita di efficacia della nozione formale.

B) Ai fini della determinazione della nozione *costituzionale* di materia penale, i criteri Engel formulati dalla Corte EDU per fissare i contorni della materia penale convenzionale possono venire in considerazione come supporto argomentativo nei limiti in cui li si ritenga persuasivi, ma non limitano la discrezionalità dei nostri giudici delle leggi nel fissare gli spazi di applicabilità delle garanzie costituzionali della materia penale. Gli orientamenti della Corte EDU hanno, infatti, indirettamente rilievo anche costituzionale per il tramite dell'art. 117 Cost., che facendo di tali orientamenti un parametro interposto di costituzionalità rende giustiziabile anche in tale sede la violazione dei diritti convenzionali riconosciuti dai giudici di Strasburgo. Quanto però all'interpretazione delle norme costituzionali che riconoscono le garanzie penalistiche, i criteri convenzionali della materia penale non rivestono alcun carattere cogente.

C) Non è possibile individuare un'unica nozione di materia penale costituzionale, in quanto il *confine* di tale materia è *mobile* e varia a seconda della garanzia che venga in considerazione. La finalità dell'estensione delle garanzie penalistiche sovra-legali a misure formalmente non penali risiede nell'impedire "frodi delle etichette" da parte del legislatore; dunque la valutazione circa la genuina estraneità di una certa misura all'ambito di applicazione di una certa garanzia dipenderà in primo luogo dalla *ratio* di quest'ultima. Solo dopo averne ricostruito gli scopi, sarà possibile decidere a quali tipologie di misure afflittive la garanzia debba applicarsi.

D) Benché la prospettiva in cui affrontare il problema sia quella di un approccio ermeneutico alle singole garanzie di cui è da valutare l'applicabilità, gli elementi che l'interprete deve tenere in considerazione sono riducibili a *criteri comuni*, ricorrenti pur con sfumature diverse in tutti gli ordinamenti studiati e oggetto di particolare attenzione nella giurisprudenza della Corte EDU. Non si tratta allora di individuare i criteri di delimitazione della materia penale costituzionale, che può avere estensione diversa a seconda delle garanzie; bensì di precisare i criteri solitamente più rilevanti nel determinare tale estensione.

E) Il primo e fondamentale criterio di individuazione della materia penale costituzionale è quello della *natura punitiva* della misura, la cui ricorrenza può come considerarsi indiziante della sua riconducibilità a tale materia. La natura punitiva viene solitamente desunta dalla *finalità punitiva* della stessa, delimitata in negativo dal non presentare la misura finalità genuinamente ed esclusivamente preventiva o risarcitoria-ripristinatoria. A noi pare, tuttavia, che in relazione alle garanzie per così dire 'primordiali' della materia penale, che tutelano la libertà delle scelte d'azione dell'individuo, per definire la natura punitiva di una certa misura sia da attribuire rilievo non tanto alla finalità perseguita dal legislatore, quanto alla *derivazione eziologica della misura da un fatto illecito* ed al suo contenuto *disomogeneo rispetto al danno* arrecato.

F) Nei casi frequenti in cui non appaia evidente la natura punitiva della misura, ad esempio per il ricorrere accanto alla finalità punitiva di altre finalità legittime perseguite dal legislatore, l'interprete deve fare ricorso ad altri elementi, di natura tra loro eterogenea, tra i quali un ruolo di rilievo occupa il criterio della *gravità della misura*, desumibile in primo luogo dal rango del diritto su cui la stessa incide. Tuttavia, neppure l'*argumentum libertatis* è di per sé idoneo a far qualificare come penale una misura afflittiva sprovvista di una pur minima connotazione punitiva.

G) Una volta decisa la riconducibilità della misura formalmente non penale all'area di applicabilità di una garanzia costituzionale della materia

penale, non è preclusa al giudice delle leggi la possibilità di applicare tale garanzia in maniera *meno rigorosa* che rispetto alle sanzioni penali in senso stretto ed alle misure punitive non penali incidenti sulla libertà personale, che rappresentano il *nucleo duro* del sistema sanzionatorio.

#### 4.2. *La nozione di materia penale rispetto alle singole garanzie costituzionali: cenni*

Abbiamo a più riprese chiarito come, a nostro avviso, la decisione se ricondurre una certa misura afflittiva formalmente non penale nell'ambito della nozione costituzionale di materia penale non sia solo una questione di dogmatica dell'illecito, quanto prima di tutto un problema di interpretazione della singola disposizione costituzionale di cui si deve valutare l'applicabilità.

Una risposta scientificamente rigorosa al problema della declinazione della materia penale rispetto alle singole garanzie passa, dunque, per un'indagine attenta delle funzionalità proprie di ciascuna di esse, analisi che per la sua ampiezza non è ora certo possibile neppure abbozzare. Del resto, la finalità di questo lavoro era di fornire un pur modesto contributo ad una più compiuta categorizzazione dei molteplici problemi sottesi in generale alla nozione costituzionale di materia penale, non certo quello di prendere posizione sulle singole questioni che la prassi continua a proporre.

Ciò che in conclusione vogliamo abbozzare è più la traccia di un futuro *programma di ricerca* che una compiuta riflessione sui temi che si andranno ad affrontare. In maniera molto sommaria, proviamo ora ad applicare nel contesto di ciascuna delle garanzie costituzionali della materia penale i criteri che abbiamo individuato come rilevanti in termini generali ai fini del giudizio sulla natura penale di una certa misura afflittiva (*in primis*, quello della sua natura punitiva), soffermando in particolare l'attenzione su quelle garanzie ove l'adozione della nostra più estesa definizione di natura punitiva risulta concretamente rilevante.

##### 4.2.1. *Il principio di irretroattività*

Prendiamo le mosse da quello che, come da ultimo ribadito nella sentenza n. 43/2017 della Corte costituzionale più volte citata, costituisce "il contenuto essenziale" del precetto di cui all'art. 25 co. 2, il *principio di irretroattività*.

Il lettore ricorderà come, nello schema generale tracciato sopra, abbiamo più volte fatto riferimento proprio a questo principio come esempio di garanzia "basica" della materia penale costituzionale, da riconoscere a nostro avviso non solo alle misure a finalità punitiva, ma a tutte le misure afflittive legate alla commissione di un fatto illecito e di contenuto non omogeneo al danno arrecato.

Non ha senso ripetere ora passaggi argomentativi che abbiamo già ampiamente sviluppato sopra<sup>81</sup>. Ci limitiamo ad un solo esempio che ci pare rendere nitidamente il senso della nostra proposta ricostruttiva. Il caso è ancora quello dello straniero irregolarmente soggiornante che si trovi sottoposto alla misura del trattenimento amministrativo in attesa di rimpatrio. Ammettendo che, come risulta dal disposto normativo, tale misura non abbia finalità punitiva in quanto mira in maniera esclusiva ad evitare la fuga dello straniero nelle more del rimpatrio, essa non è da qualificarsi come penale alla luce del criterio teleologico adottato dalla giurisprudenza (convenzionale e costituzionale). Immaginiamo allora che al momento in cui lo straniero è stato sottoposto alla misura il termine massimo del trattenimento fosse di sei mesi, ma pochi giorni prima della scadenza del termine venga approvata una legge che prevede la possibilità di disporre proroghe per un termine massimo di diciotto mesi (in termini semplificati un po' la situazione verificatasi nel nostro ordinamento con la riforma attuata dalla l. 129/2011).

A noi pare che l'affidamento dello straniero a vedere cessare la condizione di privazione di libertà alla scadenza dei sei mesi rappresenti un valore meritevole della tutela di cui all'art. 25 co. 2 Cost. La misura avrà anche una finalità non punitiva; ma applicare retroattivamente delle modifiche *in peius* della disciplina ci pare contrario a quel fondamentale dovere di correttezza che i consociati hanno diritto di pretendere dallo Stato quando vengono sottoposti ad una misura afflittiva sulla base di un fatto illecito (che nel caso del trattenimento dello straniero irregolare ovviamente consiste nella violazione della normativa in materia di ingresso e soggiorno nel territorio dello Stato), specie quando tale misura vada ad incidere sulla libertà personale.

Non crediamo sia un caso che, quando nel 2011 lo scenario sopra delineato si è effettivamente verificato, nel silenzio della normativa sia stata la stessa prassi amministrativa a dare almeno parzialmente applicazione irretroattiva alle modifiche relative ai termini di permanenza, non esercitando la potestà di chiedere le proroghe previste dalla nuova disciplina per quegli stranieri il cui trattenimento era stato disposto prima della modifica normativa<sup>82</sup>. In relazione ai trattenimenti disposti con provvedimenti successivi alla riforma è stato invece considerato pacifico che la nuova disciplina (e dunque anche le nuove possibilità di proroga) si applicasse anche in relazione a soggetti il cui soggiorno irregolare era iniziato ben prima della modifica, con un'interpretazione che in realtà potrebbe porre dei problemi sotto il profilo dell'irretroattività. Comunque, la nostra autorità

---

<sup>81</sup> Cfr. *supra*, § 3.2.1.

<sup>82</sup> Ricaviamo induttivamente la sussistenza di tale prassi dalla mancanza, a quanto ci risulta, di decisioni ove la questione dell'applicazione retroattiva dei nuovi termini massimi di trattenimento sia stata specificamente affrontata.

amministrativa, nonostante la finalità non punitiva della misura, ha ritenuto che comunicare ad un soggetto, al quale l'autorità aveva garantito che ai sensi di legge la sua privazione di libertà sarebbe cessata ad una certa data, che ora invece le regole erano cambiate ed il trattenimento poteva prolungarsi ancora, avrebbe rappresentato (e sarebbe stata percepita dallo straniero come) una grave violazione del dovere di lealtà che deve informare l'azione dei pubblici poteri.

Anche quando non sia in gioco la libertà personale, poi, a noi pare che, per le ragioni esposte sopra, rappresenti una legittima aspettativa dei concitati quella di sapere, al momento in cui tengono una determinata condotta, se ed entro quali limiti da tale condotta potranno derivare in futuro delle conseguenze afflittive, anche se lo Stato non si prefigge lo scopo di infliggere loro una punizione ma persegue altre legittime finalità.

Il criterio qui proposto non trova riscontro, come abbiamo visto nel primo capitolo, nella giurisprudenza costituzionale, che ha ritenuto legittima l'applicazione retroattiva di misure pur dipendenti dalla commissione di un fatto illecito come, ad esempio, la decadenza da cariche elettive in seguito alla condanna per alcune tipologie di reati o diverse ipotesi di confisca, per le quali l'inapplicabilità del principio di irretroattività di cui all'art. 25 co. 2 è stata motivata proprio in ragione dell'assenza nelle stesse di alcuna finalità punitiva. In realtà, rispetto alle misure ablativo patrimoniali, la natura punitiva delle stesse può risultare opinabile anche adottando il criterio più ampio qui proposto qualora si ritenga, in ragione di un'analisi della disciplina concretamente applicabile, che il danno arrecato dalla misura sia omogeneo all'illecito profitto conseguito.

In ogni caso, l'estensione del principio di irretroattività di cui all'art. 25 Cost., che indubbiamente deriverebbe dall'adesione alla nostra proposta ricostruttiva, ci pare in linea con la tendenza della giurisprudenza costituzionale più recente ad irrobustire tale principio anche al di fuori della materia penale pur latamente intesa. Il vaglio di ragionevolezza che deve superare comunque, anche in materia civile, l'applicazione retroattiva di una certa modifica normativa, fa sì che siano assai ridotte le possibilità per il legislatore di intervenire con interventi retroattivi. In una recentissima sentenza della Corte costituzionale, l'intervento del legislatore che con una norma retroattiva aveva modificato le condizioni applicabili ad alcuni processi in corso, favorendo la parte pubblica (nel caso specifico l'INPS) a discapito dei privati, è stato censurato in quanto ritenuto una illegittima prevaricazione del potere legislativo su quello giudiziario<sup>83</sup>.

Insomma, in settori estranei all'ambito punitivo, il principio di irretroattività, che pur in tali ambiti non è dotato di esplicita quotazione costitu-

---

<sup>83</sup> C. Cost. 12/18, secondo cui l'intervento in esame comporta "una lesione dei principi relativi ai rapporti tra potere legislativo e potere giurisdizionale nonché delle disposizioni che assicurano a tutti l'effettiva tutela giurisdizionale dei propri diritti".

zionale, sta trovando sempre maggiore spazio come espressione di quella *fairness* che lo Stato deve comunque garantire quando esercita il proprio potere di imperio<sup>84</sup>: le regole del gioco devono essere fissate *prima* dell'inizio della partita. L'ambito delle misure afflittive, benché prive di finalità punitiva, non deve a nostro avviso rimanere estraneo a questa positiva espansione del principio di irretroattività che si riscontra in altri settori ordinamentali, dovendosi riconoscere la copertura forte dell'art. 25 co. 2 ogniqualvolta vengano applicate misure afflittive derivanti dalla commissione di un fatto illecito.

Non ci nascondiamo che tale conclusione possa risultare distonica rispetto al disposto del terzo comma dell'art. 25 Cost., che rispetto alle misure di sicurezza non ripropone il principio di irretroattività, proprio in ragione della loro finalità preventiva e non punitiva. Non abbiamo qui lo spazio per soffermarci sulle molteplici questioni ermeneutiche sollevate da tale disposizione, di cui una parte della dottrina propone un'interpretazione volta a confinare la possibilità di applicare retroattivamente modifiche *in peius* solo quando tali modifiche riguardino non i limiti applicativi della misura, ma le sue mere modalità esecutive<sup>85</sup>. L'ammissibilità di un'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza è già stata in via di principio esclusa, almeno quando esse abbiano carattere detentivo, dalla Corte EDU, in relazione alle misure di sicurezza disciplinate nell'ordinamento tedesco<sup>86</sup>. L'esclusione di un esplicito riferimento all'irretroattività nella norma dedicata alle misure di sicurezza traduce la volontà dei Costituenti di recepire il modello a doppio binario proprio del sistema codicistico, ma appare sempre più anacronistica nel mutato contesto ordinamentale e sovra-nazionale, e non può a nostro avviso di per sé condurre a rifiutare la nostra tesi favorevole ad una applicazione del principio anche nel settore delle misure afflittive a finalità preventiva e non punitiva.

#### 4.2.2. *Il principio di precisione-prevedibilità*

Intimamente legato alla *ratio* del principio di irretroattività è il secondo principio che trova fondamento nell'art. 25 Cost., e che, adottando in via stipulativa la terminologia dei nostri maestri milanesi<sup>87</sup>, indicheremo ora

---

<sup>84</sup> Per una recente indagine sul processo di espansione del principio di irretroattività, anche in materia civile, nella giurisprudenza europea, cfr. M. BIGNAMI, *La Corte EDU e le leggi retroattive*, in *Quest. giust.*, 13.9.2017; per un contributo assai più risalente, comunque già favorevole ad una valorizzazione del principio anche in ambito civile, cfr. il lavoro di G. GROTTANELLI DE' SANTI, *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, 1970.

<sup>85</sup> Su questa posizione si attestano in particolare G. MARINUCCI-E. DOLCINI, *Manuale*, cit., p. 112 ss.

<sup>86</sup> Cfr. *supra* cap. 2, § 3.2.2, e, in relazione alla diversa soluzione della questione da parte della Corte costituzionale tedesca, cap. 3 § 2.1.

<sup>87</sup> Il riferimento è alla terminologia usata nel *Manuale* di G. MARINUCCI e E. DOLCINI.

come *principio di precisione*. La garanzia di libere scelte d'azione, di cui l'irretroattività rappresenta il primo presidio, potrebbe venire nei fatti del tutto compromessa se la norma pur vigente all'epoca del fatto non era formulata in termini sufficientemente chiari da rendere *prevedibili* le conseguenze afflittive che ne potevano derivare. Irretroattività e precisione sono entrambe componenti essenziali di quella fondamentale istanza di *prevedibilità* in cui si incarna il *nullum crimen* secondo gli indirizzi più recenti, specie a livello di giurisprudenza convenzionale<sup>88</sup>.

Se identica è la *ratio* della garanzia, identici devono essere i criteri per delimitare il suo ambito di applicabilità, e dunque a nostro avviso gli argomenti spesi in relazione al principio di irretroattività devono condurre anche rispetto al principio in esame all'adozione di una nozione di materia penale più ampia di quella fondata sul criterio della finalità punitiva del legislatore.

A differenza però che nel caso dell'irretroattività, ci troviamo in questo caso in presenza di un principio di cui è possibile fornire una declinazione in termini di *minore rigore* rispetto alla sua applicazione nel campo del diritto penale in senso stretto. Non ci pare irragionevole allora immaginare che, ad esempio, pur ammettendo secondo la nostra ricostruzione che anche alle misure di prevenzione debba essere applicato il principio di precisione, la loro finalità non punitiva ma preventiva possa condurre a reputare legittima una indicazione meno precisa dei comportamenti posti a fondamento della reazione afflittiva.

Pensiamo pure al caso delle misure disciplinari. Anche le giurisdizioni, come la Corte costituzionale tedesca, che reputano ad esse applicabile il principio di legalità, ammettono la possibilità che il legislatore, in considerazione dei particolari scopi cui tali misure sono rivolte, formuli il precetto con modalità (ad esempio facendo riferimento a generici doveri di correttezza) che non sarebbero ammissibili per le fattispecie penali in senso stretto<sup>89</sup>.

Nella sua formulazione attenuata, il principio di legalità penalistico non presenta in fin dei conti una struttura molto diversa da quel giudizio minimale di prevedibilità, richiesto per tutte le misure afflittive (anche non punitive) in ragione dello statuto di garanzia proprio del diritto su cui vanno ad incidere. La prevedibilità, come già messo bene in evidenza in dottrina<sup>90</sup>, non è un connotato proprio delle sole misure punitive, ma è una caratteristica che deve più in generale contraddistinguere tutti gli interventi dell'autorità sui diritti fondamentali dei consociati.

---

<sup>88</sup> Per una estesa riflessione sul tema, cfr. in particolare F. VIGANÒ, *Il nullum crimen cointeso*, cit.

<sup>89</sup> Cfr. *supra*, cap. 3 § 2.1.

<sup>90</sup> Cfr. in termini particolarmente chiari sul punto il lavoro di V. MANES analizzato *supra*, cap. 4 § 6.2.2.

La *legalità della punizione* (specie se intesa in senso debole) e la *legalità dell'afflizione* non ci paiono presentare connotati molto dissimili, almeno quanto alla loro declinazione in termini di prevedibilità, e l'inquadramento della misura come penale può dunque di fatto risultare di rilievo non decisivo al fine di garantire il rispetto di tale istanza: proprio tale considerazione, come visto sopra, si può desumere dalla importante sentenza *De Tommaso* della Corte EDU relativa alle nostre misure di prevenzione<sup>91</sup>.

#### 4.2.3. *Il principio della riserva di legge*

Diverse sono invece le conclusioni cui si deve pervenire riguardo all'ultimo principio riconducibile all'espresso disposto dell'art. 25 co. 2, il principio della *riserva di legge*.

Tale principio mira a garantire che il potere di comminare le sanzioni più gravi tra quelle previste dall'ordinamento (e le uniche che possono condurre ad una privazione della libertà personale) sia riservato in via esclusiva alle prerogative del Parlamento. Qui, come abbiamo già visto sopra, il criterio della natura punitiva della misura non può bastare per estendere tale principio oltre i confini del diritto penale in senso stretto; ciò che giustifica l'accezione forte di riserva di legge prevista per la materia penale non è tanto la peculiare natura o finalità della sanzione penale, quanto il suo contenuto particolarmente afflittivo e stigmatizzante<sup>92</sup>.

Non pare dunque configurarsi alcuna "truffa delle etichette" qualora si ritenga che, rispetto a misure pur indubbiamente punitive ma di minore portata afflittiva rispetto alla sanzione penale, il principio in esame abbia una declinazione diversa da quella riserva di legge assoluta e formale che connota il diritto penale in senso stretto. Il fatto, ad esempio, che la competenza penale spetti al solo legislatore nazionale e non a quello regionale [come esplicitato nel nostro ordinamento dall'art. 117 co. 2 lett. l)] non deve condurre irragionevolmente a privare le regioni di qualsivoglia potestà sanzionatoria (amministrativa) nelle materie a loro affidate<sup>93</sup>. È questa la conclusione cui *mutatis mutandis* giungono in particolare i giudici costituzionali spagnoli: l'aspetto "personalistico" del principio di legalità vale per tutte le misure punitive, mentre l'aspetto "istituzionale" di tale principio deve essere riservato alle sanzioni anche formalmente penali<sup>94</sup>.

Potrà poi parlarsi di una vera e propria non applicazione della riserva

---

<sup>91</sup> Cfr. *supra*, cap. 2 § 3.2.2.

<sup>92</sup> In questo senso cfr. in particolare F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., p. 267 s.

<sup>93</sup> Per una ricostruzione dei contenuti e dei limiti della potestà sanzionatoria regionale, e sulle ragioni che in sede costituzionale sono ritenute ostative all'attribuzione di competenza alle regioni in materia penale, cfr. in particolare C. RUGA RIVA, *Regioni e diritto penale – Interferenze, casistica, prospettive*, 2008.

<sup>94</sup> Cfr. *supra*, cap. 3 § 4.1.

di legge di cui all'art. 25 Cost., piuttosto che di un'applicazione attenuata di tale precetto al di fuori della materia penale in senso stretto: ma al di là delle sottigliezze classificatorie, ciò che ci pare fuori discussione è che, in ordine a tale principio, il criterio della natura punitiva è privo di rilievo, e decisiva è la qualificazione formale della misura.

#### 4.2.4. Il principio di personalità della responsabilità penale

Venendo ora ai principi di cui all'art. 27 Cost., prendiamo le mosse dall'accezione minimale del principio di cui al co. 1 come *divieto di responsabilità per fatto altrui*.

A differenza di quanto ritiene la Corte costituzionale nelle numerose sentenze in cui è stata apoditticamente affermata l'esclusiva riferibilità dell'art. 27 co. 1 alle sanzioni formalmente penali, a noi pare che tale fondamentale garanzia della materia penale esprima esigenze di tutela che meritano di essere assicurate rispetto all'intero orizzonte dell'illecito punitivo.

Ci pare difficile, infatti, negare che il legame personale del soggetto con il fatto da cui origina la sanzione debba considerarsi un connotato essenziale di qualsivoglia misura afflittiva che abbia come *finalità* la *punizione* del destinatario. Il rimprovero insito nella punizione non può essere compreso che quando alla base vi sia un fatto proprio del soggetto; una punizione inflitta per un fatto compiuto da un terzo (e rispetto al quale il soggetto punito non abbia fornito alcun contributo di natura concorsuale o omissiva) non può che essere avvertita dal destinatario come una ingiusta vessazione dello Stato nei suoi confronti, pur quando la sanzione non abbia gli effetti stigmatizzanti propri delle sanzioni penali in senso stretto.

Il riferimento della nostra giurisprudenza costituzionale al dato letterale della disposizione, ove a differenza che nell'art. 25 Cost. è usato il termine "penale" per delimitarne l'ambito di applicazione, non ci pare davvero un argomento sufficiente per privare il sistema degli illeciti punitivi non formalmente penali di una garanzia che dovrebbe essere propria di ogni espressione punitiva di uno Stato liberale.

A livello di fonti di rango ordinario, è stato lo stesso legislatore del 1981 ad aver delineato il volto dell'illecito amministrativo in modo almeno tendenzialmente conforme ai principi dell'art. 27 Cost.<sup>95</sup>. Ci pare quanto mai auspicabile, allora, che i nostri giudici delle leggi, andando finalmente oltre il fragile argomento del tenore letterale della disposizione costituzionale, vogliano percorrere anche in relazione all'art. 27 co. 1 i passi in avanti compiuti in ordine alle garanzie di cui all'art. 25, fornendo di copertura costituzionale principi che sono peraltro in larga misura riconosciuti dallo stesso legislatore rispetto al modello generale di illecito punitivo non penale.

---

<sup>95</sup> Sulle diverse posizioni della dottrina riguardo alla compatibilità dell'art. 6 del d.lgs. 689/81 (*Solidarietà*) con il principio di personalità della responsabilità penale, cfr. *supra*, cap. 4, § 5.2 e 5.3.

#### 4.2.5. Il principio di colpevolezza

A conclusioni simili ci pare debba giungersi anche in ordine alla più ampia accezione dell'art. 27 co. 1 che vi considera ricompreso il *principio di colpevolezza*.

Come ben posto in luce nella monografia di Mazzacuva, l'inscindibile legame tra esercizio dell'autorità punitiva e rispetto del principio di colpevolezza deve anche a nostro avviso condurre a ritenere applicabile tale principio a tutte le misure che esprimano un rimprovero dell'ordinamento nei confronti del loro destinatario<sup>96</sup>.

Se mai, non ci pare del tutto da escludere la possibilità che, quando il rimprovero non assuma le sembianze socialmente stigmatizzanti della sanzione formalmente penale, le garanzie della colpevolezza siano specularmente declinabili in modo meno rigoroso; ma la sussistenza di un pur minimo legame psichico tra l'autore ed il fatto illecito che gli viene rimproverato non può essere una caratteristica propria del solo illecito formalmente penale.

Il tentativo di ancorare la risposta punitiva ad una responsabilità colpevole è stato compiuto dal legislatore anche quando si è trattato di delineare la responsabilità da reato degli enti; in relazione almeno alle persone fisiche, tale principio meriterebbe senz'altro di essere dotato di copertura costituzionale, a definitivo consolidamento della sua natura di principio ordinamentale che deve caratterizzare tutte le manifestazioni dell'illecito punitivo.

#### 4.2.6. Il principio della finalità rieducativa della pena

Di non agevole soluzione ci pare definire l'ampiezza della nozione di materia penale in rapporto alle garanzie di cui all'art. 27 co. 3.

Il principio per cui le pene non possono consistere in "*trattamenti contrari al senso di umanità*" non può che valere per ogni ipotesi di misura afflittiva, specie se incidente sulla libertà personale<sup>97</sup>, posto che non si tratta a ben vedere di una "garanzia della punizione", ma di una "garanzia dell'afflizione", che fissa i limiti (il "senso di umanità") entro cui lo Stato può spingersi nella limitazione dei diritti individuali.

I profili di complessità sorgono al momento di valutare l'estensione a misure punitive non penali del principio della *finalità rieducativa*. Il tema non si presenta privo di ostacoli neppure rispetto alle misure formalmente penali diverse dalla pena detentiva (le pene pecuniarie e le pene accessorie),

---

<sup>96</sup> Cfr. *supra*, cap. 4 § 6.2.3.

<sup>97</sup> Per una stimolante riflessione sulle difficoltà di calare le finalità in astratto perseguite dalle pene incidenti sulla libertà personale nel contesto della realtà penitenziaria, cfr. in particolare L. EUSEBI, *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1157 ss.

e non vi è qui lo spazio neppure per accennare alle molteplici questioni che potrebbero porsi al momento di valutare la praticabilità dell'applicazione di tale principio alle molteplici forme in cui può presentarsi la reazione punitiva al di fuori del sistema penale in senso stretto.

L'unica considerazione che ci pare possibile svolgere, facendo applicazione del modello generale di analisi proposto sopra, è che gli elementi rilevanti per valutare se ad una misura punitiva non penale debba essere applicato il principio rieducativo, non ineriscono tanto alla finalità della misura o ai suoi presupposti, quanto al suo *reale contenuto afflittivo*. Nell'art. 27 co. 3 la *ratio* della garanzia è rivolta soprattutto alla fase esecutiva della pena, ove ciò che conta non sono più tanto le ragioni della *punizione*, quanto le modalità in cui si estrinseca l'*afflizione*, che deve "tendere alla rieducazione del condannato". Ci pare così *prima facie* da condividere la conclusione della dottrina prevalente che reputa applicabile il principio in esame solo alle sanzioni formalmente penali, ed in primo luogo alle sanzioni detentive, ove si esplica con peculiare intensità il rimprovero per una condotta considerata socialmente riprovevole e meritevole di rieducazione<sup>98</sup>; ma la questione, lo ripetiamo, ci pare necessiti di maggiore approfondimento.

#### 4.2.7. I principi di offensività ed extrema ratio

Venendo ora ai principi sostanziali della materia penale privi di esplicito fondamento costituzionale, ci pare senz'altro da condividere la chiara posizione della dottrina più recente circa la riferibilità alle sole sanzioni formalmente penali dei principi di *offensività* e di *extrema ratio*<sup>99</sup>. Si tratta di principi funzionali proprio a segnare il campo del diritto penale in senso stretto dalle altre forme di reazione punitiva, connotandosi come parametri deontici che il legislatore deve rispettare per poter attribuire lo stigma della sanzione penale ad una certa condotta illecita; una loro estensione alla materia punitiva in senso lato ne comporterebbe l'inevitabile riduzione a semplici parametri di razionalità e proporzionalità della reazione punitiva.

L'applicazione di tali principi a tutto il settore dell'illecito punitivo configurerebbe una vera e propria aporia. Nati al fine precipuo di caratterizzare la sanzione penale in senso formale (ed in specie la pena detentiva) dagli altri strumenti punitivi a disposizione del legislatore, la loro applicabilità all'intera materia punitiva li renderebbe incompatibili con tale funzione di delimitazione "interna" dell'arsenale sanzionatorio cui essi sono tradizionalmente destinati. È lo stigma sociale e giuridico legato alla sanzione formalmente penale a richiedere la sua limitazione ad ipotesi dotate di apprezzabile capacità offensiva di beni giuridici; ma se la sanzione non ha na-

<sup>98</sup> In questo senso, nella dottrina citata sopra, cfr. in particolare M.A. SANDULLI-C.E. PALIERO-A. TRAVI, cap. 4 § 5.2.2 e 5.3.2.

<sup>99</sup> Il riferimento è ancora ai lavori di V. MANES e F. MAZZACUVA più volte citati.

tura penale e non incide sulla libertà personale, ben può essere utilizzata a presidio, ad esempio, di mere inottemperanze a prescrizioni dell'autorità poste a tutela di interessi anche non di rango primario. Sarebbe senz'altro contrario ai principi in esame l'uso della sanzione detentiva per la violazione di un semplice divieto di sosta; ma è altrettanto legittimo che una tale infrazione possa essere oggetto di una sanzione amministrativa pecuniaria di ragionevole ammontare.

#### 4.2.8. *Il principio di retroattività in mitius*

L'ultimo principio sostanziale della materia penale cui vogliamo fare cenno è anche quello dallo statuto sovra-legale più incerto, il principio di *retroattività delle norme penali favorevoli*.

Sul punto, come noto, si riscontra una diversità di vedute tra la nostra Corte costituzionale, che tradizionalmente ne ricava il fondamento costituzionale nei valori di uguaglianza-ragionevolezza veicolati dall'art. 3 Cost., e la Corte EDU, che lo ritiene riconducibile alla *ratio* del principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU<sup>100</sup>.

Non è questa la sede per prendere posizione sulla questione, anche se è da notare come la tesi della riconducibilità del principio in esame alla logica del *nullum crimen* abbia trovato scarsissimo riscontro in dottrina<sup>101</sup>. Alla luce della tesi largamente prevalente, la *ratio* del principio non è allora da ricavare da principi propri della materia penale, ma dal generale *principio di uguaglianza*, che risulterebbe violato qualora un soggetto continuasse a subire sanzioni più gravi di quelle che, a seguito di una modifica normativa, sono al momento applicabili a chi si renda responsabile del medesimo fatto. Lo spirito di ragionevolezza che informa il giudizio relativo alle violazioni dell'art. 3 Cost. rende poi pacifico che il legislatore vi possa apportare delle deroghe, a condizione che esse non appaiano appunto irragionevoli. Esempari ovviamente sono gli esempi codicistici di deroga *tout court* al principio nelle ipotesi di leggi eccezionali o temporanee (art. 2 co. 5 c.p.), o di sua limitazione ai procedimenti non conclusi con provvedimento definitivo nei casi di mera modifica *in melius* del trattamento sanzionatorio, salvo che la modifica abbia comportato la sostituzione della pena detentiva con una sanzione pecuniaria (art. 2 co. 3 e 4).

Provando ora solo a tracciare le coordinate essenziali del ragionamento relativo all'estensione di tale principio a sanzioni formalmente non penali, il suo fondamento nell'art. 3 Cost. comporta a nostro avviso che non sia possibile limitarne aprioristicamente l'applicabilità alle sole sanzioni formalmente penali, posto che la norma costituzionale in cui tale principio

---

<sup>100</sup> Corte EDU, GC, *Scoppola. Italia n. 2*, cit.

<sup>101</sup> Tra gli autori analizzati nel cap. 4, l'unica a prendere posizione in questo senso, pur in termini dubitativi, è come si ricorderà M.A. SANDULLI, cap. 4, § 5.2.2.

trova radici ha portata generale, e non è certo pertinente alla sola materia penale. Non vediamo davvero per quale ragione logica o normativa le finalità di uguaglianza-ragionevolezza che danno spessore costituzionale al principio di retroattività *in mitius* in materia penale non dovrebbero valere al di fuori di questa.

Certo, nel giudizio circa la ragionevolezza della scelta legislativa di non applicare retroattivamente una certa disciplina più favorevole, la natura formalmente penale di tale disciplina potrà avere un rilievo importante, sulla base del (ragionevole) presupposto che il principio si espliciti in maniera gradualmente più rigida a seconda della gravità delle sanzioni cui si riferiscono le modifiche. È lo stesso legislatore, come appena visto, a calibrare diversamente la disciplina della retroattività delle modifiche *in melius* a seconda che a mutare sia solo il *quantum*, o anche la *species* di pena applicabile (pecuniaria in luogo di detentiva).

La minore gravità delle sanzioni formalmente non penali potrà insomma indurre la Corte costituzionale a modulare in concreto il principio in termini più flessibili al di fuori della materia penale in senso stretto; ma davvero non ci convince l'idea che un principio fondato su generali istanze di uguaglianza debba rimanere confinato all'interno di tale materia, e possa non trovare alcuna applicazione nel generale sistema dell'illecito punitivo non penale.

#### 4.2.9. *Le garanzie procedimentali*

Passando infine alle *garanzie procedimentali*, è necessario premettere che, a quanto ci consta, la Corte costituzionale non si è ancora espressa sulla questione dell'estensione a procedimenti formalmente non penali delle garanzie riconosciute specificamente per il processo penale all'art. 111 co. 3, 4 e 5 Cost. (il *volet pénal* dell'art. 111).

La circostanza è singolare, se pensiamo a quanto avvenuto in sede europea. Nella giurisprudenza della Corte EDU, infatti, l'estensione della materia penale oltre i limiti delle sanzioni penali in senso formale è nata proprio in relazione alle garanzie processuali previste all'art. 6, e solo in un secondo momento ha trovato spazio anche in ordine alle garanzie sostanziali di cui all'art. 7. In sede costituzionale, al contrario, tale estensione, di cui si discute da ormai cinquant'anni per le garanzie sostanziali, non è mai stata neppure discussa in relazione a quelle procedimentali<sup>102</sup>.

---

<sup>102</sup> Quando questo lavoro era in fase di correzione delle bozze, la Cassazione civile (Cass. civ., sez. II, 16.2.2018, n. 3831) ha depositato un'ordinanza in cui rimette alla Corte costituzionale una questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecies* d.lgs. 58/98 (T.U.F.) "nella parte in cui detto articolo sanziona la condotta consistente nel non ottemperare tempestivamente alle richieste della CONSOB o nel ritardare l'esercizio delle sue funzioni anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle sue funzioni di vigilanza, contesti un abuso di informazioni privilegiate"; tra i diversi parametri costi-

Non ci pare facile dare spiegazione di tale circostanza, che risulta ancora più anomala se si considera come invece negli altri ordinamenti analizzati la questione sia stata affrontata dai giudici delle leggi anche in relazione alle rispettive garanzie costituzionali di natura procedimentale.

Limitando l'attenzione al nostro testo costituzionale come emendato dalla l. cost. 2/99, un elemento della spiegazione potrebbe consistere nel carattere particolarmente dettagliato che contraddistingue il *volet pénal* dell'art. 111 Cost. La norma costituzionale non si limita (come l'art. 6 CEDU o le corrispondenti disposizioni costituzionali degli ordinamenti analizzati) a fissare i *principi* fondamentali del *fair trial* in materia penale, ma descrive alcune precise *regole* che devono essere rispettate nel processo penale. Il pensiero va in primo luogo al precetto relativo alle facoltà attribuite all'imputato in materia di istruzione testimoniale, o alla formazione in contraddittorio della prova. Sono disposizioni intimamente legate alle scansioni del procedimento penale, e sono difficilmente compatibili con procedimenti di natura diversa, proprio perché esprimono il connotato di massima garanzia peculiare in ogni ordinamento del processo ove si discuta della responsabilità penale di un individuo.

L'idea (implicita nell'attuale giurisprudenza costituzionale) che tali garanzie si applichino solo ai procedimenti per illeciti formalmente penali potrebbe allora trovare assonanza con la ricostruzione formulata dalla giurisprudenza spagnola, che quanto alle garanzie procedimentali della materia penale distingue tra quelle che sono per loro natura peculiari del solo processo penale, e quelle che al contrario sono formulate in termini generali e che possono per questo essere applicate ad ogni procedimento punitivo<sup>103</sup>.

Lo sforzo ermeneutico che ci pare prospettarsi dunque alla dottrina, in primo luogo processualistica, è quello di riflettere sulla *ratio* e sulla natura delle molteplici garanzie riconosciute dal *volet pénal* dell'art. 111 Cost., al fine di verificare se si tratti di garanzie ontologicamente peculiari del solo processo penale, o se invece si tratti di garanzie che possono e devono essere rispettate, in ragione della loro *ratio*, in tutti i procedimenti punitivi, diversi da quello penale, che sono presenti nel nostro ordinamento.

Tale operazione deve essere compiuta nella consapevolezza che le garanzie procedimentali della materia penale, che pur si intendano riconoscere ad un procedimento formalmente non penale, non devono necessariamente essere applicate con il medesimo rigore richiesto per la materia pe-

---

tuzionali ritenuti violati, vi è anche l'art. 111 co. 2 Cost. (nella parte in cui esprime il principio della parità delle parti), ritenuto applicabile in ragione della natura sostanzialmente penale delle sanzioni applicate dalla CONSOB e del relativo procedimento. È da notare tuttavia che il principio di cui la Cassazione eccepisce la violazione non riguarda il *volet pénal* dell'art. 111 Cost., in quanto trova fondamento in una disposizione (il co. 2) applicabile ad ogni procedimento giurisdizionale.

<sup>103</sup> Cfr. *supra*, cap. 3, § 4.2.

nale in senso stretto: ci siamo a lungo soffermati sopra sulle ragioni per cui la graduabilità delle garanzie procedurali sia a nostro avviso da considerare un postulato implicito di un'estensione della nozione di materia penale che non intenda risolversi in una pan-penalizzazione di tutto il sistema punitivo<sup>104</sup>.

L'applicazione dello schema generale qui proposto dovrebbe dunque condurre a ritenere che, almeno in relazione a garanzie procedurali della materia penale formulate in termini ampi, come la presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost., non possa aprioristicamente escludersi la loro applicabilità a tutti i procedimenti ove l'autorità pubblica eserciti la potestà punitiva. Al di fuori del "nucleo duro" del processo penale formale, però, le garanzie procedurali sono graduabili, e dunque potrebbe essere legittimo, per tornare all'esempio della disposizione appena citata, che lo *standard* di prova per l'accertamento della responsabilità non sia così rigoroso come l'*oltre ogni ragionevole dubbio* che regola il processo penale.

#### 4.2.10. *L'obbligatorietà dell'azione penale*

Per quanto riguarda, infine, il principio per cui *ex art. 112 Cost.* "il pubblico ministero ha l'obbligo di esercitare l'azione penale", non troviamo nulla da aggiungere alle convincenti conclusioni già raggiunte al proposito dalla dottrina degli anni Ottanta dello scorso secolo<sup>105</sup>. Per come strutturato, con lo specifico riferimento al pubblico ministero come destinatario dell'obbligo di esercizio dell'azione, il principio non pare applicabile al di fuori del sistema penale inteso in senso formale. Ciò non toglie che dai principi costituzionali relativi all'attività dei pubblici poteri (art. 97 Cost.) e dal principio di uguaglianza si desuma una "*doverosità dell'esercizio dei poteri pubblici*", che impone comunque all'autorità amministrativa di procedere alla contestazione dell'illecito qualora dai fatti accertati ne emergano gli estremi.

---

<sup>104</sup> Cfr. *supra*, § 3.3.2.

<sup>105</sup> Cfr. in particolare i citati lavori di M.A. SANDULLI (cap. 4 § 5.2.2) e C.E. PALIERO-A. TRAVI (cap. 4 § 5.3.2).

## BIBLIOGRAFIA

- AA.VV., Atti del Convegno organizzato nell'aprile 1974 dal Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, raccolti nel volume *Le misure di prevenzione – Atti del Convegno*, 1975.
- AA.VV., *Le sanzioni amministrative – Atti del XXVI Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, 1982.
- AA.VV., Atti del V Convegno nazionale dell'Associazione Italiana dei Professori di Diritto Penale, svoltosi a Milano il 18 e 19 novembre 2016, dal titolo "*Delle pene senza delitto*" – *Le misure di prevenzione nel sistema contemporaneo: dal bisogno di controllo all'imputazione del sospetto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, n. 2.
- ABBADESSA G., *Tre sentenze sulla 'custodia di sicurezza' (Sicherungsverwahrung) nell'ordinamento tedesco, e sull'obbligo dello Stato di adeguarsi ai giudicati della Corte*, in *Dir. pen. cont.*, 11.3.2011.
- ABBADESSA G., *La Corte di Strasburgo ritorna sulla custodia di sicurezza nell'ordinamento tedesco: la difesa sociale non ammette il sacrificio delle garanzie convenzionali*, in *Dir. pen. cont.*, 9.6.2011.
- ALARCÓN SOTOMAYOR L., *Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo Sancionador*, in *Revista de Administración Pública*, 2014, n. 195, p. 135 ss.
- ALBIN L., *Constitutional limitations of civil in rem forfeiture and the double jeopardy dilemma: civil in rem forfeiture constitutes punishment and is subject to excessive fines analysis*, in *26 U. Balt. L. Rev.* 155, Fall. 1996.
- ALESSANDRI A., *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, 1989, p. 39 ss.
- ALLEGREZZA S., *Art. 4 Prot. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di BARTOLE-DE SENA-ZAGREBELSKY, 2012.
- AMATO G., *Individuo ed autorità nella disciplina della libertà personale*, 1967.
- ANGIOLINI V., *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, p. 227 ss.
- ANGIONI F., *Contenuto e funzioni del concetto di bene giuridico*, 1983.
- APPEL I., *Verfassung und Strafe. Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, 1998.
- BACHELET V., *Problemi e prospettive della 'depenalizzazione' delle infrazioni in materia di circolazione stradale*, in *Studi in onore di Carlo Esposito*, 1974, p. 2233 ss.
- BAINS C., *Next-Generation Sex Offender Statues: Constitutional challenges to residency, work, and loitering restrictions*, in *Harvard Civil Rights – Civil Liberties Law Review* (Summer 2007).
- BAJO FERNÁNDEZ M., *Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal*, in *InDret*, 3, 2008, p. 1 ss.

- BARATTI G., *Contributo allo studio della sanzione amministrativa*, 1984.
- BARBERA A., *I principi costituzionali della libertà personale*, 1967.
- BASSIOUNI M.C., *Diritto Penale degli Stati Uniti d'America*, 1985.
- BERMEJO VERA J., *Derecho Administrativo. Parte Especial*, V ed., 2001.
- BERTONI R.-LATTANZI G.-LUPO E.-VIOLANTE L. (a cura di), *Modifiche al sistema penale – Legge 24 novembre 1981, n. 689*, 1982.
- BIANCHI D., *Il problema della 'successione impropria': un'occasione di (rinnovata) riflessione sul sistema del diritto punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, p. 322 ss.
- BIGNAMI M., *La Corte EDU e le leggi retroattive*, in *Quest. giust.*, 13.9.2017.
- BOGGIANI M., *All'origine delle nuove misure introdotte all'art. 609 nonies 3° comma cp: le sex offenders laws statunitensi*, in *Ind. pen.*, 2012, p. 591 ss.
- BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig.*, vol. XIX, 1974, p. 47 ss.
- BRICOLA F., *La depenalizzazione nella legge 24 novembre 1981, n. 689: una svolta 'reale' nella politica criminale?*, in *Pol. dir.*, 1982, p. 359 ss.
- BRICOLA F., *Tecniche di tutela penale e tecniche alternative di tutela*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di DE ACUTIS-PALOMBARINI, 1984, p. 76 ss.
- BUZZELLI S.-CASIRAGHI R.-CASSIBBA F.-CONCOLINO P.-PRESSACCO L., *Art. 6*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di UBERTIS-VIGANÒ, 2016.
- CADOPPI A., *Presentazione*, in *Il problema delle definizioni legali nel diritto penale*, 1996, p. 1 ss.
- CANESTRARI S.-CORNICCHIA L.-DE SIMONE G., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, II ed., 2017.
- CANNADA BARTOLI E., *Illecito (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, 1970.
- CARACCIOLI I., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, II ed., 2005.
- CARETTI P., *I diritti fondamentali – Libertà e diritti sociali*, IV ed. 2017, p. 50.
- CARIOLA A., *Servizio militare, sanzioni disciplinari detentive e principi costituzionali*, in *Dir. e soc.*, 1988, p. 453 ss.
- CASADONTE A., *La Corte costituzionale e l'espulsione dello straniero: un'ordinanza che non convince*, in *Dir. imm. citt.*, 1999, 3, p. 85 ss.
- CASTILLO BLANCO F., *Función pública y poder disciplinario del Estado*, 1992.
- CERBO P., *Sanzioni amministrative*, in *Diz. dir. pubbl.*, dir. da S. CASSESE, 2006, p. 5425 ss.
- CEREZO MIR J., *Limites entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador*, in *ADPCP*, 1975, p. 166 ss.
- CERRI A., *Libertà personale – Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, XXI, 1991, p. 7 ss.
- CHEH M., *Can Something This Easy, Quick, and Profitable Also Be Fair? Runaway Civil Forfeiture Stumbles on the Constitution*, *New York Law School Review* 39, 1994, p. 1 ss.
- CHENAL R.-TAMIETTI A., *Art. 6*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di BARTOLE-DE SENA-ZAGREBELSKY, 2012.
- CHIBELLI A., *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.
- CHIRULLI P., *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 ss.

- CONSULICH F., 'Materia penale' e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo (Il paradigma sanzionatorio tra definizioni formali e definizioni sostanziali), in *Riv. it. dir. pen. ec.*, 2006, p. 74 ss.
- CONTENTO G., *Corso di diritto penale*, vol. I, 2004.
- CORSO G., *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di FIANDACA G.-COSTANTINO S., 1986, p. 135 s.
- COSTANZO P.-TRUCCO L., *Il principio del ne bis in idem nello spazio giuridico nazionale ed europeo*, in *Cons. on-line*, 21.12.2015.
- CUPELLI C., *Ecce Taricco II – Fra dialogo e diplomazia, l'attesa sentenza della Corte di Giustizia*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 12, p. 177 ss.
- DANNECKER G., § 1. *Keine Strafe ohne Gesetz*, in H.W. LAUFHÜTTE-R. RISSING-VAN SAAN-K. TIEDEMANN (a cura di), *Strafgesetzbuch. Leipziger Kommentar*, I, 2006, p. 112 ss.
- DE PALMA DEL TESO A., *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, 1996.
- DE ROBERTO G., *Principio di specialità e rapporti tra sanzione penale e sanzione amministrativa nella l. 24 novembre 1981, n. 689*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1983, p. 1583 ss.
- DE VERO G., *Corso di diritto penale*, II ed., 2012.
- DE VERO G.-PANEBIANCO G., *Delitti e pene nella giurisprudenza delle corti europee*, 2007.
- DE VICENTE MARTÍNEZ R., *El principio de legalidad penal*, Valencia, 2004.
- DEGENHART C., *Art. 103*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, 2018, p. 2125 ss.
- DELMAS-MARTY M., *I problemi giuridici e pratici posti dalla distinzione tra diritto penale e diritto amministrativo penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 731 ss.
- DI FABIO U., *Art. 2 I*, in T. MAUNZ-G. DÜRIG-R. HERZOG-R. SCHOLZ-M. HERDEGEN-H.-H. KLEIN (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, I, 2001, p. 78 ss.
- DI LELLO V., *Le sanzioni disciplinari detentive in ambito militare: ipotesi per una loro consegna 'di rigore' alla storia*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, p. 513 ss.
- DIAMANTI F.-MESSORI L., sintesi degli interventi tenuti al Convegno dal titolo *La 'materia penale' tra diritto nazionale ed europeo* al Congresso nazionale AIDP svoltosi a Modena dal 30 marzo al 1 aprile 2017, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1239 ss.
- DÍAZ FRAILE F., *Derecho administrativo sancionador, Análisis a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, 2016.
- DOLCINI E., *Depenalizzazione e tipologia delle sanzioni*, in *Temi*, 1977, p. 371 ss.
- DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di MARINUCCI-DOLCINI, 1985, p. 371 ss.
- DOLCINI E., *Sui rapporti tra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, p. 777 ss.
- DOLCINI E.-PALIERO C.E., *I principi generali dell'illecito amministrativo nel disegno di legge "modifiche al sistema penale"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1980, p. 1154 ss.
- DOLCINI E.-GIARDA A.-MUCCIARELLI F.-PALIERO C.E.-RIVA CRUGNOLA E., *Commentario delle 'Modifiche al sistema penale'*, 1982.

- DONINI M., *Teoria del reato – Una introduzione*, 1996.
- DONINI M., *Il volto attuale dell'illecito penale – La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, 2004.
- ELIA L., *Libertà personale e misure di prevenzione*, 1962.
- ELIA L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 938 ss.
- ESPOSITO C., *Irretroattività e 'legalità' delle pene nella nuova Costituzione*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol. IV, 1950, p. 503 ss.
- EUSEBI L., *Appunti critici su un dogma: prevenzione mediante retribuzione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2006, p. 1157 ss.
- FARLEY L.G., *The Adam Walsh Act: The Scarlet Letter of the Twenty-First century*, in *Washburn Law Journal* (Winter 2008).
- FIANDACA G., *Il 'bene giuridico' come problema teorico e come criterio di politica criminale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 42 ss.
- FIANDACA G.-MUSCO E., *Diritto penale – Parte generale*, VII ed., 2014.
- IORELLA A., *Reato*, in *Enc. dir.*, vol. XXXVIII, p. 779 ss.
- FITZMAURICE-MERKOURIS (a cura di), *The Interpretation and Application of the European Convention of Human Rights – Legal and Practical Implications*, 2013.
- FLETCHER G.P., *The concept of Punitive Legislation and the Sixth Amendment: A New Look at Kennedy v. Mendoza-Martinez*, in *University of Chicago Law Review*, 1965, p. 290 ss.
- FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie – Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale 'moderno'*, 1997.
- FROSALI R.A., *Sistema penale italiano, Parte prima*, vol. III, 1958.
- GALLO F., *Aspetti inquietanti della disciplina del cosiddetto condono edilizio: violazioni dello 'status' di cittadino*, in *Giur. it.*, 1987, p. IV, c. 321 ss.
- GALLO M., *Diritto penale italiano – Appunti di parte generale*, vol. I, 2014.
- GARBERÌ LLOBREGAT J., *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador*, 1989.
- GARCÍA DE ENTERRÍA E.-FERNÁNDEZ T.R., *Curso de Derecho administrativo*, X ed., 2000.
- GARCIA ROCA J.-SANTOLAYA P. (a cura di), *Europe of Rights: a Compendium on the European Convention of Human Rights*, 2012.
- GÖHLER E., *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 2009.
- GOISIS F., *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2014, p. 337 ss.
- GOISIS F., *La tutela del cittadino nei confronti delle sanzioni amministrative tra diritto nazionale ed europeo*, 2015.
- GRASSO G., *La depenalizzazione e le sanzioni sostitutive nel disegno di legge "Modifiche al sistema penale"*, in *Quad. giust.*, 1981, p. 48 ss.
- GROSSO C.F.-PELISSERO M.-PETRINI D.-PISA P., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, 2017.
- GROTTANELLI DE' SANTI G., *Profili costituzionali della irretroattività delle leggi*, 1970.
- GRZESZICK B., *Art. 20, VII*, in T. MAUNZ-G. DÜRIG-R. HERZOG-R. SCHOLZ-M. HERDEGEN-H.-H. KLEIN (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, III, München, 2006, p. 56 ss.

- HARRIS-O'BOYLE-WARBRICK, (a cura di), *Law of the European Convention on Human Rights*, II ed., 2009.
- HASSEMER W.-KARGL W., § 1. *Keine Strafe ohne Gesetz*, in U. KINDHÄUSER-U. NEUMANN-H.-U. PAEFFGEN (a cura di), *Nomos Kommentar. Strafrechtsgesetzbuch*, I, 2013, p. 198 ss.
- HOFMANN H., Art. 2, in B. SCHMIDT-BLEIBTREU-F. KLEIN-H. HOFMANN-H.-G. HENNEKE (a cura di), *GG. Kommentar zum Grundgesetz*, 2018, p. 226 ss.
- HOFMANN H., Art. 20, in B. SCHMIDT-BLEIBTREU-F. KLEIN-H. HOFMANN-H.-G. HENNEKE (a cura di), *GG. Kommentar zum Grundgesetz*, 2018, p. 938 ss.
- HUERGO LORA A., *Las sanciones administrativas*, 2007.
- HUERTA TOCILDO S., *Principio de legalidad y normas sancionadoras*, in *Actas de la V Jornadas de la Asociación de Letrados del Tribunal Constitucional*, 2000, p. 34 ss.
- JÄGER C., § 1. *Keine Strafe ohne Gesetz*, in J. WOLTER (a cura di), *Systematischer Kommentar zum Strafrechtsgesetzbuch*, I, 2017, p. 124 ss.
- LANDOLFI C., *L'aporia della coercizione terapeutica 'per malattia mentale' in un ordinamento liberaldemocratico: profili di incostituzionalità*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, nn. 7-8, p. 119 ss.
- LARIZZA S., *Profili della politica di depenalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 61 ss.
- LATTANZI G., *Sanzioni penali o sanzioni amministrative: criteri di scelta e canoni modalitativi in una circolare della Presidenza del Consiglio*, in *Foro it.*, 1985, V, c. 251 ss.
- LICCI G., *Misure sanzionatorie e finalità afflittiva: indicazioni per un sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1982, p. 1004 ss.
- LOGAN W.A., *The Ex Post Facto Clause and the Jurisprudence of Punishment*, in *American Criminal Law Review*, vol. 35 (1997-1998), p. 1282 ss.
- LONGO S., Art. 2 Prot. 7, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di UBERTIS-VIGANÒ, 2016, p. 365 ss.
- LOPEZ BARJA DE QUIROGA J., *El principio non bis in idem*, 2004.
- LUTZ H.-J., § 84 *Wirkung der Rechtskraft*, in W. MITSCH (a cura di), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2018, p. 1375 ss.
- MANCUSO E.M. e VIGANÒ F., Art. 4 Prot. 7, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di UBERTIS-VIGANÒ, 2016, p. 374 ss.
- MANES V., *Il principio di offensività*, 2005.
- MANES V., *La confisca 'punitiva' tra Corte costituzionale e CEDU: sipario sulla 'truffa delle etichette'*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 534 ss.
- MANES V., Art. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di BARTOLE, DE SENA, ZAGREBELSKY, 2012, p. 266 ss.
- MANES V., *Profili e confini dell'illecito para-penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 988 ss.
- MANTOVANI F., *Le 'modifiche al sistema penale' del 1981: risultati ed indicazioni di una ricerca empirica*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 443 ss.
- MARINI G., *Nullum crimen, nulla poena sine lege (dir. pen.)*, in *Enc. dir.*, 1978, p. 959 s.
- MARINI G., *Lineamenti del sistema penale*, 1993.

- MARINUCCI G., *Relazione di sintesi*, in *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. STILE, 1985, p. 360 ss.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Costituzione e politica dei beni giuridici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 333 ss.
- MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale di diritto penale – Parte generale*, VI ed., 2017.
- MARTÍNEZ PÉREZ C., *La inflación del Derecho penal y el Derecho administrativo*, in *Estudios Penales y Criminológicos*, VI, 1983, p. 205 ss.
- MASERA L., *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?*, in *Libertà dal carcere, libertà nel carcere – Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, a cura di A. GABOARDI-A. GARGANI-G. MORGANTE-A. PRESOTTO-M. SERRAINO, 2013, p. 79 ss.
- MASERA L., *Ridotto da 18 a 3 mesi il periodo massimo di trattenimento in un CIE: la libertà dei migranti non è più una bagattella?*, in *Dir. pen. cont.*, 10.11.2014.
- MASERA L., *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.
- MASERA L.-SAVIO G., *La 'prima accoglienza'*, in *La crisi migratoria tra Italia e Unione europea – Diagnosi e prospettive*, a cura di SAVINO M., 2017, p. 35 ss.
- MATUCCI G., *La depenalizzazione ed il principio dell'abolitio criminis nella giurisprudenza costituzionale*, in *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Atti del seminario svoltosi a Udine il 7 novembre 2008, a cura di D'ORLANDO E.-MONTANARI L., 2009, p. 173 ss.
- MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, 2001.
- MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3, p. 15 ss.
- MAZZACUVA F., *La materia penale ed il 'doppio binario' della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, p. 1899 ss.
- MAZZACUVA F., *Art. 7*, in *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di UBERTIS-VIGANÒ, 2016.
- MAZZACUVA F., *Le pene nascoste – Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, 2017.
- MELNYZER L., *Double Jeopardy Protection from Civil Sanctions after Hudson v. United States*, in *J. Crim. L. & Criminology*, 1998-1999, p. 1030 ss.
- MESEGUER YEBRA J., *El principio non bis in idem en el procedimiento sancionador*, 2000.
- MIR PUIG S., *Bases constitucionales del derecho penal*, 2011.
- MITSCH W., *Einleitung*, in W. MITSCH (a cura di), *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, München, 2018, p. 16 ss.
- MITZMAN E., *Il rimpatrio dei migranti irregolari*, in *La crisi migratoria*, cit., p. 121 ss.
- MOCCIA S., *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, 1988.
- MOCCIA S., *Dalla tutela dei beni alla tutela di funzioni: tra illusioni postmoderne e riflessi illiberali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 343 ss.
- MOR G., *Le sanzioni disciplinari ed il principio nullum crimen sine lege*, 1970.
- MORO A., *Lezioni di istituzioni di diritto e procedura penale*, 2005.
- MURSWIEK D.-RIXEN S., *Art. 2*, in M. SACHS (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, München, 2018, p. 139 s.
- MUSCO E., *Bene giuridico e tutela dell'onore*, 1974.

- NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, 2006.
- NIETO GARCIA A., *Derecho administrativo sancionador*, IV ed., 2005.
- NOBILI M., *Ritorno al Medioevo? Note sulla prova nel processo di prevenzione criminale*, in *Pol. dir.*, 1974, p. 419 ss.
- NOLTE G., *Art. 103*, in H.V. MANGOLDT-F. KLEIN-C. STARCK (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz*, 2010, p. 1015 ss.
- NUVOLONE P., *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1968, p. 60 ss.
- NUVOLONE P., *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, vol. XXVI, 1976, p. 641.
- NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, II ed., 1982.
- NUVOLONE P., *La legge di depenalizzazione*, 1984.
- PACE A., *Libertà personale (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. XXIV, 1974, p. 287 ss.
- PACE A., *Problematica delle libertà costituzionali – Lezioni – Parte speciale*, II ed., 1992.
- PADOVANI T., *La distribuzione di sanzioni penali e di sanzioni amministrative secondo l'esperienza italiana*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 952 ss.
- PADOVANI T., *Il binomio irriducibile – La distinzione dei reati in delitti e contravvenzioni*, in *Diritto penale in trasformazione*, a cura di MARINUCCI-DOLCINI, 1985, p. 421 ss.
- PADOVANI T., *Diritto penale*, IX ed., 2009.
- PAGLIARI G., *Sanzione amministrativa e sanzione penale*, in *La sanzione amministrativa – Principi generali*, a cura di CAGNAZZO-TOSCHEI, 2012, p. 710 ss.
- PAGLIARO A., *Sanzione penale*, in *Enc. dir.*, 1992, p. 1 ss.
- PAGLIARO A., *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da GROSSO-PADOVANI-PAGLIARO, 2007.
- PALAZZO F., *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, 1979.
- PALAZZO F., *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. pen.*, 1986, p. 35 ss.
- PALAZZO F., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in AA.VV., *Verso un nuovo codice penale*, 1993, p. 97 ss.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale – Parte generale*, V ed., 2013.
- PALIERO C.E., *Il "diritto penale-amministrativo": profili comparatistici*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1980, p. 1254 ss.
- PALIERO C.E., *La legge 689 del 1981: prima 'codificazione' del diritto penale amministrativo*, in *Pol. dir.*, 1983, p. 117 ss.
- PALIERO C.E., *'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica ad una svolta 'radicale'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 894 ss.
- PALIERO C.E., *"Minima non curat praetor" – Iperτροφία del diritto penale e decriminalizzazione dei reati bagatellari*, 1985.
- PALIERO C.E.-TRAVI A., *La sanzione amministrativa – Profili sistematici*, 1988.
- PALIERO C.E.-VIGANÒ F. (a cura di), *Europa e diritto penale*, 2013.
- PELLIZZONE I., *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? – Spunti di riflessione a margine di Corte cost., sent. 11 maggio 2017, n. 109, Pres. Grossi, Rel. Zanon*, in *Dir. pen. cont.-Riv. trim.*, 2017, n. 4, p. 172 ss.

- PÉREZ NIETO R.-BAEZA DÍAZ PORTALES M.J., *Principios del Derecho Administrativo Sancionador*, Vol I, 2008.
- PETRINI D., *La prevenzione inutile – Illegittimità delle misure praeter delictum*, 1996.
- PIERGALLINI C., *Argomenti per l' 'autonomia' dell'illecito amministrativo: il nodo della 'lex mitior'*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, p. 1556 ss.
- PONZANELLI G., *I punitive damages nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. dir. civ.*, 1983, p. 435 ss.
- PONZANELLI G., *Non c'è due senza tre: la Corte suprema Usa salva ancora i danni punitivi*, nota a *TXO Production Co. V. Alliances Resources*, 509 U.S. 443 (1993), in *Foro it.*, 1994, IV, c. 92 ss.
- PONZANELLI G., *L'incostituzionalità dei danni punitivi "grossly excessive"*, nota a *BMW of North America, Inc v. Gore*, 517 U.S. 599 (1996), in *Foro it.*, 1996, IV, c. 421 ss.
- PONZANELLI G., *Responsabilità da fumo: il "grande freddo" dei danni punitivi*, nota a *Engle v. Reynolds*, in *Foro it.*, 2000, IV, c. 450 ss.
- PONZANELLI G., *La "costituzionalizzazione" dei danni punitivi: tempi duri per gli avvocati nordamericani*, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 355 ss.
- PULITANÒ D., *La teoria del bene giuridico tra codice e Costituzione*, in *Ques. crim.*, 1981, p. 111 ss.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, V ed., 2013.
- RAMACCI F., *Corso di diritto penale*, V ed., 2013.
- RASTELLO L., *Sanzioni tributarie (Contributo alla teoria generale)*, in *Noviss. Dig.*, vol. XVI, 1969, p. 626.
- REMMERT B., *Art. 103 II*, in MAUNZ T.-DÜRIG G.-HERZOG R.-SCHOLZ R.-HERDEGEN M.-KLEIN H.-H. (a cura di), *Grundgesetz. Kommentar*, 2017, p. 72 ss.
- RIONDATO S., *Il reato. Delitto, contravvenzione, illecito amministrativo, illecito depenalizzato, illecito dell'ente giuridico*, in *Il reato – Struttura del fatto tipico*, a cura di M. RONCO, II ed., 2011, p. 2 ss.
- ROBBERS G., *Art. 20 I*, in W. KAHL-C. WALDHOFF-C. WALTER (a cura di), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, VII, 2010, p. 884 ss.
- ROCCHI F., *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della Sicherungsverwahrung ed i suoi riflessi sul sistema del 'doppio binario' italiano*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3276 ss.
- ROCCO A., *Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, p. 385 ss.
- ROMANO B., *Diritto penale – Parte generale*, III ed., 2016.
- ROMANO M., *Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, p. 1 ss.
- ROMANO M.S., *Danni punitivi ed eccesso di deterrenza: gli (incerti) argini costituzionali*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 174 ss.
- ROSINI E., *Sanzioni amministrative*, in *Funzioni e limiti del diritto penale*, a cura di DE ACUTIS M. e PALOMBARINI G., 1984, p. 144 ss.
- ROSSI VANNINI A., *Illecito depenalizzato-amministrativo – Ambito di applicazione*, 1990.
- ROXIN C., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, I, 2006.
- RUGA RIVA C., *Regioni e diritto penale – Interferenze, casistica, prospettive*, 2008.
- RUIZ ROBLEDO A., *El ámbito del derecho punitivo: el concepto constitucional de sanción*, in *Rev. Facultad de Derecho Univ. Gr.*, 1999, 2, p. 115 ss.

- RUIZ ROBLEDO A., *El Derecho fundamental a la legalidad punitiva*, Valencia, 2003.
- RÜPING H.-GRABHOF K., Art. 103 II, in W. KAHL-C. WALDHOFF-C. WALTER (a cura di), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 2004, p. 24 ss.
- SACKETT M., *The impact of Austin v. United States: extending constitutional protections to claimants in civil forfeiture proceedings*, in, 24 *Golden Gate U.L. Rev.* 495, Spring 1994.
- SALVEMINI P., *Double jeopardy e doppio sistema sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte Suprema degli Stati Uniti d'America*, in *Scritti in onore di Sara Volterra*, 2017, p. 948 s.
- SALVEMINI P., *Riflessioni sulla legittimità costituzionale ed europea del doppio binario sanzionatorio a margine di Corte Cost. nn. 102 e 112 del 2016*, in *Rivista AIC*, n. 4, 2017, p.19 ss.
- SÁNCHEZ MORÓN M., *Derecho Administrativo. Parte general*, 2005.
- SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie – Principi sostanziali e procedurali*, 1983.
- SANTAMARIA PASTOR J., *Principios de Derecho Administrativo*, vol. II, 2004.
- SAVINO M., *La libertà degli altri – La regolazione amministrativa dei flussi migratori*, 2012.
- SAVIO G., *La nuova disciplina del trattenimento dei richiedenti asilo*, in *Dir., imm., citt.*, 2015, n. 3-4, p. 142 ss.
- SCHABAS W.A., *The European Convention on Human Rights – A commentary*, 2015.
- SCHMAHL S., Art. 103, in B. SCHMIDT-BLEIBTREU-F. KLEIN-H. HOFMANN-H.-G. HENNEKE (a cura di), *GG. Kommentar zum Grundgesetz*, 2018, p. 2773 ss.
- SCOLETTA M., *Materia penale e retroattività favorevole: il 'caso' delle sanzioni amministrative*, in *Giur. cost.*, 2016, p. 1401 ss.
- SGUBBI F., *Depenalizzazione e principi dell'illecito amministrativo*, in *Ind. pen.*, 1983, p. 253 ss.
- SILVA FORNÉ D., *Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho administrativo sancionador*, in *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo, Libro homenaje al profesor Dr. D. José Cerezo Mir*, 2002, p. 180 ss.
- SINISCALCO M., *Dalla depenalizzazione di illeciti formali alla formazione di un sistema*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 13 s.
- SINISCALCO M., *Depenalizzazione e garanzia*, 1983.
- STARCK C., Art. 20, in H. v. MANGOLDT-F. KLEIN-C. STARCK (a cura di), *Kommentar zum Grundgesetz*, I, 2010, p. 227 s.
- SUAY RINCÓN J., *Concepto de sanción administrativa*, in *Diccionario de sanciones administrativas*, 2010 p. 171 ss.
- TESAURO A., *Le sanzioni amministrative punitive*, 1925.
- TESORIERO S., Art. 2 Prot. 7, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di BARTOLE-DE SENA-ZAGREBELSKY, 2012.
- TRAVI A., *Corte europea dei diritti dell'uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di 'sanzione'*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2323 ss.
- TRUCCO L., *L'impeachment del Presidente lituano davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Quad. cost.*, 2011, 2, p. 431 ss.

- UBIALI M.C., *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.
- URBANI F., *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.
- VERVAELE J., *Il sequestro e la confisca in seguito a fatti punibili nell'ordinamento degli Stati Uniti d'America*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1998, 3, p. 972 ss.
- VIGANÒ F., *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2012, p. 1334 ss.
- VIGANÒ F., *Ancora sull'indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte costituzionale*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 10, p. 272 ss.
- VIGANÒ F., *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in *Dir. pen. cont.*, 5.4.2017.
- VIGANÒ F., *La corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 3, p. 370 ss.
- VIGANÒ F., *Le Sezioni unite ridisegnano i confini del delitto di violazione delle prescrizioni inerenti alla misura di prevenzione alla luce della sentenza De Tommaso: un rimarchevole esempio di interpretazione conforme alla Cedu di una fattispecie di reato*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 9, p. 146 ss.
- VIGANÒ F., *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 4, p. 269 ss.
- VIGANÒ F., *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, 2017, n. 5, p. 330 ss.
- VIGANÒ F., *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in corso di pubblicazione negli *Scritti in onore di Emilio Dolcini*.
- VINCIGUERRA S., *La riforma del sistema punitivo nella l. 24 novembre 1981, n. 689 – Infrazione amministrativa e reato*, 1983.
- WRIGHT G., *Sex offender post-incarceration sanctions: are there any limits?*, in *New England Journal on Criminal and Civil Confinement* (Winter 2008).
- ZAGREBELSKY V., intervento al Congresso del Gruppo italiano dell'Associazione internazionale di diritto penale su *La "materia penale" tra diritto nazionale ed europeo* tenutosi a Modena dal 30 marzo al 1° aprile 2017.
- ZANOBINI G., *Le sanzioni amministrative*, 1924.
- ZANON N., *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in *Principio di legalità penale e diritto costituzionale – Problematiche attuali*, a cura di PELLIZZONE I., 2017, p. 85 ss.

Finito di stampare nel mese di giugno 2018  
nella Stampatre s.r.l. di Torino  
Via Bologna, 220

COLLANA DEL DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA  
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI BRESCIA

---

*Per i tipi Giuffrè:*

- VINCENZO ALLEGRI, *Impresa artigiana e legislazione speciale.*
- MARIA ALESSANDRA SANDULLI, *L'autorizzazione al commercio di vendita a posto fisso.*
- ELISABETTA BERTACCHINI, *La "responsabilità illimitata" nel fallimento per estensione.*
- MARZIA BARBERA, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di Storia e di Diritto.*
- ELISABETTA BERTACCHINI, *Oggetto sociale e interesse tutelato nelle società per azioni.*
- VERA PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. II - Studi sul giuramento nel mondo antico.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Potere discrezionale e controllo giudiziario.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Semplificazione dell'azione amministrativa e procedimento amministrativo alla luce della legge 15 maggio 1997 n. 127.*
- ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Verso l'incerto bipolarismo. Il sistema parlamentare italiano nella transizione (1987-1999), presentazione di Valerio Onida.*
- ALDO ANDREA CASSI, *Il "bravo funzionario" absburgico tra absolutismus e aufklärung. Il pensiero e l'opera di Karl Anton von Martini (1726-1800).*
- VERA PARISIO (a cura di), *Il ruolo della giustizia amministrativa in uno stato democratico.*
- ANTONELLO CALORE, *"Per Iovem lapidem" alle origini del giuramento. Sulla presenza del 'sacro' nell'esperienza giuridica romana.*
- FRANCESCO VIGANÒ, *Stato di necessità e conflitti di doveri. Contributo alla teoria delle cause di giustificazione e delle scusanti.*
- MARIO MISTRETTA, *La conversione del capitale in euro nelle società per azioni e nelle società a responsabilità limitata.*
- CLAUDIO DORDI, *La discriminazione commerciale nel diritto internazionale.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Inerzia della Pubblica Amministrazione e tutela giurisdizionale. Una prospettiva comparata.*
- FRANCESCO VIGANÒ, *La tutela penale della libertà individuale. I - L'offesa mediante violenza.*
- ANTONELLO CALORE (a cura di), *Seminari di storia e di diritto. III - Guerra giusta? - Le metamorfosi di un concetto antico.*
- VERA PARISIO, *Pubblici servizi e funzione di garanzia del giudice amministrativo.*
- CRISTINA AMATO, *Per un diritto europeo dei contratti con i consumatori. Problemi e tecniche di attuazione della legislazione comunitaria nell'ordinamento italiano e nel Regno Unito.*
- ROBERTO FIORI, *Ea res agatur. I due modelli del processo formulare repubblicano.*
- ANTONIO D'ANDREA (a cura di), *Lo sviluppo bipolare della forma di governo italiana. Le vicende politico-parlamentari successive all'elezione del Presidente della Repubblica Carlo Azeglio Ciampi ed il mutamento della maggioranza nella XIV legislatura.*
- ALDO ANDREA CASSI, *Ius commune tra vecchio e nuovo mondo. Mari, terre, oro nel diritto della Conquista (1492-1680).*
- MARIO MISTRETTA, *Partecipazioni sociali e comunione legale dei beni: l'interpretazione come governo della complessità.*
- CRISTINA ALESSI, *Professionalità e contratto di lavoro.*
- MARIO GORLANI, *Articolazioni territoriali dello Stato e dinamiche costituzionali.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Vizi formali, procedimento e processo amministrativo.*

- ANTONIO D'ANDREA, *Autonomia costituzionale delle Camere e principio di legalità.*
- ADRIANA APOSTOLI, *L'ambivalenza costituzionale del lavoro tra libertà individuale e diritto sociale.*
- ALBA FONDRIESCHI, *La prestazione parziale.*
- NADIA MACCABIANI, *La legge delegata. Vincoli costituzionali e discrezionalità del governo.*
- CHIARA MINELLI ZAGRA, *Matrimonio e cultura giuridica. Il giudice dello Stato di fronte all'ordinamento canonico.*
- ALESSANDRA VERONELLI, *L'organo amministrativo nel sistema monistico. Amministratori indipendenti e funzioni di controllo.*
- FABIO ADDIS (a cura di), *Ricerche sull'eccezione di insicurezza.*
- MARZIA BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolamentazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali.*
- ALESSANDRO BERNASCONI (a cura di), *Il processo penale de societate.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Silenzi e procedimenti amministrativi in Europa: una comparazione tra diverse esperienze.*
- VERA PARISIO (a cura di), *I servizi locali di interesse economico generale nella legge regionale della Lombardia del 12 dicembre 2003 n. 26.*
- ELISABETTA FUSAR POLI, «*La causa della conservazione del bello*». *Modelli teorici e statuti giuridici per il patrimonio storico-artistico italiano nel secondo Ottocento.*
- LUCIANA GUAGLIANONE-FRANCESCA MALZANI (a cura di), *Come cambia l'ambiente di lavoro: regole, rischi, tecnologie.*
- LUCA MASERA, *Accertamento alternativo ed evidenza epidemiologica nel diritto penale. Gestione del dubbio e profili causali.*
- SAVERIO F. REGASTO, *La forma di governo parlamentare fra «tradizione» e «innovazione».*
- ANTONIO SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare.*
- FABIO ADDIS (a cura di), *Le clausole di forma nelle condizioni generali di contratto.*
- MARIO NOTARI (a cura di), *Dialoghi tra giuristi e aziendalisti in tema di operazioni straordinarie.*
- VERA PARISIO (a cura di), *I processi amministrativi in Europa tra celerità e garanzia.*
- ADRIANA APOSTOLI, *Implicazioni costituzionali della responsabilità disciplinare dei magistrati.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Diritti interni, diritto comunitario e principi sovranazionali. Profili amministrativistici.*
- NADIA MACCABIANI, *Codeterminare senza controllare. La via futura delle assemblee elettive regionali.*
- CHIARA DI STASIO, *La lotta multilivello al terrorismo internazionale. Garanzia di sicurezza versus tutela dei diritti fondamentali.*
- VERA PARISIO (a cura di), *La fruizione dell'acqua e del suolo e la protezione dell'ambiente tra diritto interno e principi sovranazionali.*
- EDOARDO ALES-MARZIA BARBERA-FAUSTA GUARIELLO (a cura di), *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa. Edizione aggiornata.*
- ROBERTO LEONARDI, *La tutela cautelare nel processo amministrativo. Dalla L. n. 205/2000 al Codice del processo amministrativo.*
- GIOVANNI TURELLI, «*Audi Iuppiter*». *Il collegio dei feziali nell'esperienza giuridica romana.*
- VERA PARISIO (a cura di), *Demanio idrico e gestione del servizio idrico in una prospettiva comparata: una riflessione a più voci.*
- PAOLA LOMBARDI, *Il governo del territorio tra politica e amministrazione.*
- GIUSEPPE FINOCCHIARO, *L'arbitro bancario finanziario tra funzioni di tutela e di vigilanza.*
- ELISABETTA FUSAR POLI, *Centro dinamico di forze. I giuristi e l'innovazione scientifico-tecnologica fra liberismo e autarchia.*
- ADRIANA APOSTOLI, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia.*
- MARIO GORLANI, *Libertà di esternazione e sovraesposizione funzionale del Capo dello Stato. Ricadute recenti sulla forma di governo italiana.*
- CRISTINA AMATO, *Affidamento e responsabilità.*
- VERA PARISIO (edited by), *The water supply service in Europe: austrian, british, dutch, finnish, german, italian and romanian experiences.*
- ALBERTO SCIUMÈ-ELISABETTA FUSAR POLI (a cura di), «*Afferrare ... l'inafferrabile*». *I giuristi e il diritto della nuova economia industriale fra otto e novecento.*

ANTONELLO CALORE-ALBERTO SCIUMÈ (a cura di),  
*La funzione della pena in prospettiva storica e attuale.*

FABIO ADDIS, *Il «mutamento» nelle condizioni patrimoniali dei contraenti.*

ALBERTO VENTURELLI, *Il rifiuto anticipato dell'adempimento.*

VALERIO PESCATORE, *Reviviscenza - Vicenda di obbligazioni e garanzie.*

FRANCESCA MALZANI, *Ambiente di lavoro e tutela della persona. Diritti e rimedi.*

VERA PARISIO (edited by), *Services of general economic interest, administrative courts and courts of audit.*



### *Per i tipi Giappichelli:*

1. CHIARA MINELLI, *Rationabilis e codificazione canonica. Alla ricerca di un linguaggio condiviso.*
2. VERA PARISIO (edited by), *Food Safety and Quality Law: a Transnational Perspective.*
3. PAOLA PAROLARI, *Culture, diritto, diritti. Diversità culturale e diritti fondamentali negli stati costituzionali di diritto.*
4. LUIGI FOLLIERI, *Esecuzione forzata e autonomia privata.*
5. VERA PARISIO-VICENÇ AGUADO I CUDOLÀ-BELÉN NAGUERA DE LA MUELA (dirección), *Servicios de interés general, colaboración público-privada y sectores específicos.*
6. LUCA PASSANANTE, *La prova illecita nel processo civile.*
7. SIMONA CACACE, *Autodeterminazione in Salute.*
8. CHIARA MINELLI (a cura di), *Certezza del diritto e ordinamento canonico. Percorsi di ricerca nel centenario del Codice piobenedettino, in memoria di Maria Vismara Missiroli.*
9. STEFANO LIVA, *Temere appellare. Rimedi e sanzioni contro le impugnazioni dilatorie.*
10. FABIO RAVELLI, *Il reddito minimo. Tra universalismo e selettività delle tutele.*
11. LUCA PASSANANTE, *Il precedente impossibile. Contributo allo studio del diritto giurisprudenziale nel processo civile.*
12. VERONICA MONTANI, *Il project financing. Inquadramento giuridico e logiche manutentive.*
13. LUCA MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale.*