

CAPITOLO I

LA NOZIONE DI SANZIONE PENALE NELLA CEDU

1. GLI *ENGEL* CRITERIA: UNA PROSPETTIVA SOSTANZIALISTICA E DI AUTONOMIA A SENSO UNICO DEL CONCETTO DI SANZIONE PENALE

Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*, §§ 81 e 82:

«La Convenzione indubbiamente consente agli Stati, nell'esercizio della loro funzione di custodi del pubblico interesse, di mantenere o stabilire una distinzione tra diritto penale e diritto disciplinare, e di determinare il relativo confine, ma solo a certe condizioni. La Convenzione lascia gli Stati liberi di designare come un illecito penale un'azione o un'omissione che non costituisca normale esercizio di uno dei diritti da essa protetto. Ciò è reso particolarmente chiaro dall'art. 7. Tale scelta, che ha l'effetto di rendere applicabili gli artt. 6 e 7, non è, in linea di principio, soggetta a scrutinio da parte della Corte. L'opposta scelta è tuttavia soggetta a più stringenti limiti. Se agli Stati contraenti fosse concesso di classificare a loro discrezione un illecito come disciplinare invece che penale, o di perseguire l'autore di un illecito di carattere misto sul piano disciplinare invece che penale, l'applicabilità di disposizioni fondamentali quali gli artt. 6 e 7 risulterebbe subordinata alla loro volontà sovrana. Una tale ampia possibilità di scelta risulterebbe incompatibile con gli obiettivi e il contenuto della Convenzione. La Corte dunque, ai sensi degli artt. 6 nonché 17 e 18, ha competenza a stabilire da sé se la materia disciplinare non invada in realtà la sfera del penale. In breve, l'autonomia del concetto di penale opera a senso unico [...] In tale prospettiva, occorre anzitutto sapere se le previsioni che definiscono l'illecito in questione appartengono, secondo il sistema legale dello Stato resistente, alla sfera del diritto penale, disciplinare o entrambi assieme. Ciò tuttavia non rappresenta che un punto di partenza. Le indicazioni così fornite hanno solo un valore formale e relativo e vanno esaminate alla luce di un comune denominatore ricavabile dalle legislazioni dei vari stati contraenti. La natura intrinseca dell'illecito è un fattore di maggior importanza. Quando un militare si ritrova accusato di un atto o di un'omissione che in tesi violano le regole che governano l'attività delle forze armate, lo Stato può in linea di principio impiegare contro di lui il diritto disciplinare invece che quello penale. Sotto questo profilo, la Corte concorda con il Governo. Tuttavia, il sindacato della Corte non si ferma qui. Tale sindacato risulterebbe in linea generale illusorio se non prendesse anche in considerazione il livello di severità della sanzione che l'accusato rischia di subire. In una società conformata al principio di legalità, appartengono alla sfera del diritto penale tutte le privazioni della

libertà che siano applicate quali sanzioni, con l'eccezione di quelle che per natura, durata o modalità di esecuzione non siano significativamente afflittive [...]».

Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 21 febbraio 1984, caso n. 8544/79, Öztürk v. Germany, § 53:

«Il fatto che si tratti pacificamente di un illecito minore che ben difficilmente è tale da danneggiare la reputazione dell'autore non lo pone al di fuori dell'ambito di applicazione dell'art. 6. Non vi è infatti nulla che suggerisca che il concetto di illecito penale di cui parla la Convenzione implichi necessariamente un qualche livello di gravità [...]. Per di più sarebbe contrario all'oggetto e allo scopo dell'art. 6, che protegge "chiunque sia soggetto ad un'accusa penale" il diritto a un tribunale e ad un equo processo, se allo Stato fosse consentito di sottrarre dal campo di applicazione dell'art. 6 un'intera categoria di illeciti solo per il fatto che siano qualificati come minori.»

Corte eur. dir. uomo, sez. II, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, Grande Stevens and Others v. Italy, §§ 94-96:

«La Corte rammenta la sua consolidata giurisprudenza ai sensi della quale, al fine di stabilire la sussistenza di una «accusa in materia penale», occorre tener presente tre criteri: la qualificazione giuridica della misura in causa nel diritto nazionale, la natura stessa di quest'ultima, e la natura e il grado di severità della «sanzione» (Engel e altri c. Paesi Bassi, 8 giugno 1976, § 82, serie A n. 22). Questi criteri sono peraltro alternativi e non cumulativi: affinché si possa parlare di «accusa in materia penale» ai sensi dell'art. 6, § 1, è sufficiente che il reato in causa sia di natura «penale» rispetto alla Convenzione, o abbia esposto l'interessato a una sanzione che, per natura e livello di gravità, rientri in linea generale nell'ambito della «materia penale». Ciò non impedisce di adottare un approccio cumulativo se l'analisi separata di ogni criterio non permette di arrivare ad una conclusione chiara in merito alla sussistenza di una «accusa in materia penale»»; «Nel caso di specie, la Corte constatata innanzitutto che le manipolazioni del mercato ascritte ai ricorrenti non costituiscono un reato di natura penale nel diritto italiano. Questi comportamenti sono in effetti puniti con una sanzione qualificata come «amministrativa» dall'art. 187-ter, punto 1, del d.lgs. n. 58 del 1998 [...]. Ciò non è tuttavia decisivo ai fini dell'applicabilità del profilo penale dell'art. 6 della Convenzione, in quanto le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno un valore relativo (Öztürk c. Germania, 21 febbraio 1984, § 52, serie A n. 73, e Menarini Diagnostics S.r.l., sopra citata, § 39) [...]. Per quanto riguarda la natura dell'illecito, sembra che le disposizioni la cui violazione è stata ascritta ai ricorrenti si prefiggessero di garantire l'integrità dei mercati finanziari e di mantenere la fiducia del pubblico nella sicurezza delle transazioni. La Corte rammenta che la CONSOB, autorità amministrativa indipendente, ha tra i suoi scopi quello di assicurare la tutela degli investitori e l'efficacia, la trasparenza e lo sviluppo dei mercati borsistici [...]. Si tratta di interessi generali della società normalmente tutelati dal diritto penale [...]. Inoltre, la Corte è del parere che le sanzioni pecuniarie inflitte mirassero essenzialmente a punire per impedire la recidiva. Erano dunque basate su norme che perseguivano uno scopo preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto sanzionavano una irregolarità [...]. Dunque, non si prefiggevano unicamente, come sostiene il Governo [...], di riparare un danno di natura finanziaria. Al riguardo, è opportuno notare che le sanzio-

ni erano inflitte dalla CONSOB in funzione della gravità della condotta ascritta e non del danno provocato agli investitori».

Nel nostro ordinamento si è tradizionalmente privilegiata una nozione formale di reato, inteso come «ogni fatto per il quale l'ordinamento giuridico statuisce una sanzione penale»¹, ossia una delle sanzioni elencate dall'art. 17 c.p.². In questo modo si è voluta garantire la piena e sicura possibilità, per il cittadino, di conoscere la natura della responsabilità conseguente a determinate condotte illecite.

Opposta – nel senso di nettamente sostanzialistica – è la prospettiva assunta in sede di CEDU: qui, infatti, il riconoscimento come di carattere penale di un illecito consente l'estensione di alcune importanti garanzie, ed è dunque strumento di rafforzamento delle tutele per il cittadino.

D'altra parte, la Corte europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo ha sempre rivendicato il carattere di diritto vivente, di *living instrument*, della CEDU: essa va interpretata in modo dinamico, in coerenza con l'evoluzione sociale³. Proprio in quest'ottica, fin dal 1976 i giudici europei occupandosi, nel caso *Engel*⁴, di sanzioni disciplinari militari (come tali prive, nell'ordinamento di appartenenza, di un carattere penale), hanno elaborato due principali criteri sostanziali per la qualificazione di un provvedimento dei pubblici poteri come sanzione penale: in primo luogo, la natura del provvedimento, e, in particolare, lo scopo afflittivo-deterrente e la generalità (ossia la astratta riferibilità a tutti i cittadini come contrapposti agli appartenenti a determinati gruppi, quali, ad es. gli ordinamenti professionali); in secondo luogo – anche in mancanza del primo elemento (ovvero per rafforzare le conclusioni raggiunte sulla base di quest'ultimo) – la severità, e, cioè, la particolare significatività del *malum* infliggibile (più precisamente, del massimo edittale).

Quanto alla severità, l'idea è che certe sanzioni siano per loro natura così gravi

¹ Così, ad es., PAGLIARO, *Il reato*, in *Trattato di diritto penale*, diretto da Grosso, Padovani e Pagliaro, Milano, 2007, 13.

² Art. 17 c.p.: «Le pene principali stabilite per i delitti sono: 1) la morte; 2) l'ergastolo; 3) la reclusione; 4) la multa. Le pene principali stabilite per le contravvenzioni sono: 1) l'arresto; 2) l'ammenda».

³ Tra le tante, Corte eur. dir. uomo, Camera Grande, 12 luglio 2001, caso n. 44759/98, *Ferrazzini v. Italy*, § 26: «The Convention is, however, a living instrument to be interpreted in the light of present-day conditions (see, among other authorities, *Johnston and Others v. Ireland*, judgment of 18 December 1986, Series A no. 112, pp. 24-25, § 53), and it is incumbent on the Court to review whether, in the light of changed attitudes in society as to the legal protection that falls to be accorded to individuals in their relations with the State, the scope of Article 6, § 1 should not be extended to cover disputes between citizens and public authorities as to the lawfulness under domestic law of the tax authorities' decisions».

⁴ Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 8 giugno 1976, caso n. 5100/71, *Engel and Others v. the Netherlands*, in tema di sanzioni detentive disciplinari-militari.

che, anche in mancanza di ogni altra caratterizzazione penalistica, l'incolpato debba comunque godere delle garanzie avverso l'azione penale⁵, trattandosi pur sempre (anche indipendentemente dallo scopo e ambito di applicazione soggettivo) di provvedimenti di portata penale.

La qualificazione formale che una data sanzione presenti nell'ordinamento nazionale non è completamente priva di rilievo. Tuttavia, essa è vincolante esclusivamente in senso estensivo, ossia, nell'ambito di quella che è stata definita (fin dalla sentenza *Engel*) una autonomia⁶ a senso unico (*one-way autonomy*), (solo) per affermare ed estendere l'applicabilità dell'art. 6 CEDU. In altri termini, se una sanzione è penale nell'ordinamento nazionale, non sarà necessario accertare che siano integrati i requisiti sostanziali affermati dai giudici di Strasburgo. Invece, la classificazione formale ai sensi dell'ordinamento nazionale non è in alcun modo dirimente per negare l'applicabilità delle garanzie convenzionali. Basta che la misura sia penale per natura ovvero dotata di una significativa severità.

Si guarda, insomma, alla sostanza della misura, così da prevenire e frustrare radicalmente ogni tentazione di elusione degli obblighi convenzionali da parte dei legislatori nazionali attraverso una c.d. "truffa delle etichette". Come dichiarato nel 1980 dai giudici di Strasburgo, «il ruolo prominente che in una società democratica riveste il diritto al giusto processo [...] induce la Corte a preferire una concezione sostanziale, piuttosto che formale, di accusa ai sensi dell'art. 6, § 1. La Corte deve guardare al di là delle apparenze e ricercare la realtà della procedura in questione»⁷. D'altra parte, come di nuovo precisato nel 2008, «l'art. 6 riflette il principio fondamentale dello stato di diritto che sta alla base dell'intero Sistema convenzionale e che è espressamente richiamato nel preambolo della Convenzione», sicché «un'interpretazione restrittiva dell'art. 6, § 1, non corrisponderebbe agli obiettivi della previsione»⁸.

Si noti come contro questa operazione "riqualificatoria" (ossia, per usare un'espressione forte proposta in dottrina, contro questo «garantismo panpenalisti-

⁵ Sul tema, sia consentito il rinvio a 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. com.*, 2014, 337 ss.

⁶ Sul tema generale degli approcci interpretativi "autonomistici" da parte della Corte di Strasburgo, LETSAS, *A theory of interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, 2009.

⁷ Corte eur. dir. uomo, Camera, 27 febbraio 1980, caso n. 6903/75, *Deweere v. Belgium*, § 44: «However, the prominent place held in a democratic society by the right to a fair trial ... prompts the Court to prefer a "substantive", rather than a "formal", conception of the "charge" contemplated by Article 6, par. 1 (art. 6-1). The Court is compelled to look behind the appearances and investigate the realities of the procedure in question».

⁸ Corte eur. dir. uomo, sez. IV, 15 gennaio 2008, caso n. 17056/06, *Micallef v. Malta*, § 46: «Article 6 reflects the fundamental principle of the rule of law which underpins the whole Convention system and is expressly referred to in the Preamble to the Convention ... a restrictive interpretation of Article 6, § 1 would not correspond to the aim and the purpose of that provision».

co»⁹) non possano valere argomenti legati all'efficienza della funzione amministrativa in questione o alla sua pretesa essenzialità per interessi supremi dello Stato. Ad es., nel 2013, la Corte ha avuto ancora modo di notare, occupandosi di sanzioni tributarie, che, «per quanto non vi siano dubbi sull'importanza della tassazione per l'efficace funzionamento dello Stato, la Corte non è convinta che la rimozione delle garanzie procedurali nell'imposizione di sanzioni punitive in questa sfera sarebbe necessaria per garantire l'efficacia del Sistema fiscale ovvero potrebbe ritenersi coerente con lo spirito e gli obiettivi della Convenzione»¹⁰. In tal modo, la Corte EDU (con scelta conosciuta e richiamata anche dalla nostra Corte costituzionale¹¹) ha mostrato la sua indisponibilità ad estendere al campo del penale (ossia delle sanzioni tributarie) la sua giurisprudenza che esclude dall'applicazione dell'art. 6 CEDU sotto il profilo civile le controversie tributarie in quanto «questioni che fanno ancora parte del nocchio duro delle prerogative della pubblica autorità»¹².

Tale scelta non sorprende: la funzione punitiva (penale o amministrativa-tributaria che sia) attiene sempre, di per sé, al campo di espressione della sovranità statale, ed anzi ne è manifestazione per eccellenza. Sicché – ove anche esercitata in forma amministrativa – non si comprende come potrebbe, per ciò solo, essere affrancata dalle garanzie del giusto processo. Sia il provvedimento penale che quello amministrativo sono infatti indubbie manifestazioni di diritto pubblico: non è dunque dato distinguere tra essi sotto il profilo della (maggiore o minore) caratterizzazione pubblicistica.

Come precisato nel 1984 con il caso *Öztürk* in tema di sanzioni amministrative pecuniarie per violazioni stradali¹³, tutto ciò significa, tra l'altro, che la

⁹ BIANCHI, *Il problema della "successione impropria": un'occasione di (rinnovata?) riflessione sul sistema punitivo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2014, 322 ss., 341.

¹⁰ Corte eur. dir. uomo, sez. III, 9 aprile 2013, caso n. 40174/08, *Cecchetti v. San Marino*, § 22: «While there was no doubt as to the importance of tax to the effective functioning of the State, the Court was not convinced that removing procedural safeguards in the imposition of punitive penalties in that sphere was necessary to maintain the efficacy of the fiscal system or indeed could be regarded as consonant with the spirit and purpose of the Convention».

¹¹ Corte cost., 27 febbraio 2009, n. 56: «Va innanzitutto rilevato che – secondo la costante giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, genericamente richiamata sul punto dal rimettente – l'art. 6 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, che pone il principio di un termine ragionevole di durata dei procedimenti, non trova applicazione nel processo tributario, in quanto tale contenzioso esula dall'ambito dei diritti e obblighi di natura civile, salvo che il giudizio abbia "ad oggetto anche l'applicazione di sanzioni amministrative, intendendo per tale ogni prestazione pecuniaria diversa da quella d'imposta che non abbia carattere reintegrativo della pretesa erariale" (*ex multis*: sentenze *Jussila c. Finlandia* del 23 novembre 2006; *Ferrazzini c. Italia* del 12 luglio 2001)».

¹² Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 12 luglio 2001, cit., § 29: «matters still form part of the hard core of public-authority prerogatives, with the public nature of the relationship between the taxpayer and the community remaining predominant».

¹³ Corte eur. dir. uomo, Plenaria, 21 febbraio 1984, caso n. 8544/79, *Öztürk v. Germany*.

scelta a favore della depenalizzazione di illeciti penali minori¹⁴ è, dal punto di vista CEDU, accettabile. Ma ciò all'essenziale condizione che la sostanza delle garanzie del cittadino accusato venga preservata, grazie ad una coerente applicazione della nozione autonoma di pena appena esaminata. Se si modifica il nome degli illeciti e delle sanzioni ma non se ne cambia la sostanza e quindi, alla luce di ciò e in coerenza con le immutate esigenze di protezione, si continuano a garantire le particolari tutele che la CEDU esige in campo penale, va da sé che il cittadino non subirà pregiudizi. Al più, come vedremo ai capitoli seguenti, le garanzie potranno essere "riadattate", o, meglio, ricollocate.

Tale impostazione è stata tra l'altro ribadita nel 2014 con riguardo alle sanzioni Consob per abuso di mercato. Di esse è stata statuita la natura penale, in ragione di un carattere sostanziale punitivo, nonché di una significativa gravità¹⁵. Siamo quindi in presenza di un orientamento del tutto attuale e consolidato, la cui particolare importanza per il diritto sanzionatorio amministrativo italiano sta finalmente emergendo in tutta la sua nettezza.

Del resto, già nel 1999, la Corte di Strasburgo non aveva mostrato alcuna incertezza nel definire di natura penale una comune sanzione amministrativa pecuniaria italiana per eccesso di velocità, dall'ammontare di 62.000 lire¹⁶. Nel 2006 aveva qualificato penalisticamente una sanzione pecuniaria nazionale per attività edilizie in violazione della disciplina posta a tutela del paesaggio¹⁷. Con la sentenza *Menarini* del 2011¹⁸, poi, una sanzione amministrativa *antitrust* della Autorità della concorrenza nazionale era stata ricondotta al penale.

In sintesi, non è oggi dato dubitare che tutte le sanzioni amministrative pecuniarie italiane (da quelle, più rilevanti, delle Autorità amministrative indipendenti, a quelle minori per illeciti stradali) siano penali ai sensi CEDU, così reclamando pienezza di garanzie a favore del cittadino.

A ben vedere, la portata innovativa della giurisprudenza CEDU non si limita però all'imposizione di una prospettiva sostanzialistica, capace di attrarre tutte le sanzioni afflittive o comunque più simili al paradigma penalistico (quale ne sia l'etichetta) al campo del penale. In realtà – e qui sta forse uno degli aspetti ad oggi ancora meno compresi e allo stesso tempo più innovativi – la CEDU impone

¹⁴ Sul tema, in una prospettiva anche di diritto comparato, PALIERO, voce *Depenalizzazione*, in *Dig. disc. pen.*, vol. III, Torino, 1989, 425 ss.

¹⁵ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 4 marzo 2014, casi nn. 18640/10, 18647/10, 18663/10, 18668/10 e 18698/10, *Grande Stevens et Autres c. Italie*.

¹⁶ Trattasi della pronuncia Corte eur. dir. uomo, sez. II, 9 novembre 1999, caso n. 35260/97, *Varuzza v. Italy*, in cui la Corte si limita a ricordare che «the offence at issue is a "criminal" one within the meaning of Article 6, § 1 of the Convention (see the *Öztürk v. Germany* judgment of 21 February 1984, Series A no. 73, p. 21, § 53). The applicant was thus in principle entitled to have a court determine the charge against him».

¹⁷ Corte eur. dir. uomo, sez. IV, 21 marzo 2006, caso n. 70074/01, *Valico v. Italia*.

¹⁸ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 7 settembre 2011, caso n. 43509/08, *Menarini c. Italia*.

di far propria anche una nuova e ben più ampia nozione (sostanziale) di sanzione in senso stretto (ossia di sanzione che reclama, per il cittadino, pienezza di tutele).

Secondo una regola già esplicitata nel caso *Engel* (in cui il carattere schiettamente disciplinare della sanzione contrastava con un concetto di penale tradizionalmente inteso) e in seguito sempre ripetuta e quindi ormai indubbiamente radicata, una misura (che faccia seguito alla commissione di un illecito) deve dirsi penale ove anche presenti un contenuto e delle finalità non punitive in senso stretto, ma, ad esempio, ripristinatorie e di cura in concreto dell'interesse pubblico. Ciò purché si caratterizzi – quale presupposto in sé sufficiente di riconduzione alla sfera del penale – per una significativa gravità di stampo penalistico.

Pur nelle incertezze che francamente non mancano anche nell'insegnamento CEDU, contrassegnato da un approccio casistico che talvolta rifugge da percorsi pienamente coerenti e prevedibili¹⁹, una conclusione sembra insomma sicura: nella sanzione penale come intesa dalla CEDU il carattere punitivo in realtà può mancare, essendo di per sé sufficiente l'elemento della gravità delle conseguenze pregiudizievoli ricollegate alla commissione di un illecito. Detto altrimenti, 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 giuridico²⁰.

¹⁹ Sul punto, TRECHSEL, *Human Rights in Criminal Proceedings*, Oxford, 2005, 30, che parla di una relazione tra gli *Engel criteria* che non è ovvia, ma al contrario segnata da un «number of contradictions».

²⁰ Per una netta valorizzazione dell'elemento della gravità perché in tesi più coerente con la *ratio* della distinzione, nell'art. 6 CEDU, tra materia civile e penale, cfr. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Contributo alla determinazione dell'ambito di applicazione dell'art. 6 della Convenzione*, Padova, 2001, spec. 320 ss.

Ritiene prevalente nel concreto svolgimento della giurisprudenza CEDU il profilo della gravità DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, a cura di DE VERO e PANEbianco, Torino, 2007, 11 ss.

Per il ridimensionamento di tale criterio al fine di favorire una maggiore certezza degli esiti qualificatori, TRECHSEL, *op. cit.*, 30, secondo cui il criterio andrebbe addirittura abbandonato, salvo laddove «it becomes obvious that the disciplinary label is designed to mask a criminal sanction» e, nella dottrina italiana, per una critica al criterio della gravità, ritenuto «il meno affidabile dei tre» (tra i criteri *Engel*), da destinare quindi ad una applicazione solo sussidiaria, PALIERO, «Materia penale» e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'uomo: una questione «classica» a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 893 ss., 919. Critica il criterio della severità per la sua incapacità di fornire una chiara soglia oltre la quale si avrebbe la sanzione penale, MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss., spec. 1905 ss. Questo Studio ritiene, poi, che la giurisprudenza EDU accrediterebbe ormai un'incompatibilità tra pena e finalità preventive: tuttavia, tale lettura, come si dimostrerà nel prossimo paragrafo, non sembra in realtà confermata dalla analisi delle sentenze della Corte di Strasburgo, ed è comunque frutto di

Posizione, quest'ultima, che non appare certo isolata: la Corte suprema del Canada, nel caso *Wigglesworth* del 1987²¹, ha parimenti ritenuto che una sanzione pecuniaria formalmente non penale ma di gravità sostanzialmente penale (anche in questa vicenda, una sanzione disciplinare inflitta ad un appartenente a corpo armato) dovesse essere assistita dalle garanzie penalistiche, essendo alternativi i criteri della natura penale e, rispettivamente, dell'esistenza di conseguenze di gravità penale²²; mentre la Corte suprema degli Stati Uniti²³, poco prima della sentenza *Engel*, ha osservato, in relazione ad un procedimento amministrativo diretto alla revoca di benefici sociali, ad interpretazione della *due*

una netta sottovalutazione del criterio (alternativo) della gravità della sanzione che, piaccia o no, continua ad essere del tutto attuale.

Sembrano ormai prendere atto di tale profilo (pur continuando a non apprezzarlo pienamente almeno sul piano teorico) anche TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, Relazione al Convegno annuale dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, Napoli, 3 ottobre 2014, dedicato all'incertezza delle regole, 12, in www.diritto-amministrativo.org, che osserva che «Rispetto a certi provvedimenti, che hanno istituzionalmente un contenuto molto gravoso per il destinatario e sono riconducibili a un giudizio negativo sulla sua condotta, escludere il carattere di sanzione può essere soddisfacente, dal punto di vista teorico e sistematico; non deve però diventare anche un espediente comodo per evitare di confrontarsi con quei principi di civiltà che sono già stati richiamati, sulla certezza delle regole, e con i principi connessi (come quello tassativo di irretroattività)» e CERBO, *Le ragioni di una questione definitiva: la controversa nozione di sanzione amministrativa*, in *Giur. cost.*, 2014, 360 ss., ove si parla del «criterio della 'gravosità', che va affermandosi da ultimo sulla scorta di una certa lettura della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo».

²¹ Corte suprema del Canada, 19 novembre 1987, *R. v. Wigglesworth*, 2 S.C.R. 541, § 24, ove si legge che «In my opinion, a true penal consequence which would attract the application of s. 11 is imprisonment or a fine which by its magnitude would appear to be imposed for the purpose of redressing the wrong done to society at large rather than to the maintenance of internal discipline within the limited sphere of activity».

Per un'ultima affermazione del principio in relazione ad una sanzione tributaria, Corte suprema del Canada, 31 luglio 2015, *Guindon v. Canada*, SCC 41.

²² Definiti, rispettivamente come esistenza di una sanzione che sia «criminal in nature», ovvero che porti alla «imposition of true penal consequences».

²³ Corte suprema degli Stati Uniti, 23 marzo 1970, *Goldberg v. Kelley*, 397 US 254, 263: «The extent to which procedural due process must be afforded the recipient is influenced by the extent to which he may be condemned to suffer grievous loss».

Si noti comunque che la posizione attualmente prevalente nella Corte suprema è nel senso di un bilanciamento tra gravità degli interessi private e pubblici, secondo quanto espresso nella sentenza 24 febbraio 1976, *Mathews v. Eldridge*, 424 U.S. 319, 335: «identification of the specific dictates of due process generally requires consideration of three distinct factors: first, the private interest that will be affected by the official action; second, the risk of erroneous deprivation of such interest through the procedures used, and probable value, if any, of additional or substitute procedural safeguards; and, finally, the Government's interest, including the function involved and the fiscal and administrative burdens that the additional or substitute procedural requirements would entail».

Sul tema, le efficaci sintesi offerte da GALLIGAN, *Due Process and Fair Procedures, A Study of Administrative Procedures*, Oxford, 1997, spec. 201 ss. e da SULLIVAN, MASSARO, RIEPE, *The Arc of due process in american constitutional law*, New York, Oxford, 2013, spec. 122 ss.

process clause stabilita dal quinto e quattordicesimo emendamento²⁴, che «l'ampiezza entro cui garantire il giusto procedimento al destinatario è in rapporto a quanto quest'ultimo può vedersi imposto un serio sacrificio». In altri termini, la gravità del potenziale pregiudizio creato dal provvedimento finale appare, anche nell'esperienza nordamericana, uno dei principali criteri di identificazione dei procedimenti amministrativi che reclamano le garanzie del giusto processo.

Insomma, la recente affermazione della Cassazione penale per cui «sebbene la “gravità” sia stata sempre inclusa dalla Corte EDU tra gli elementi da valutarsi ai fini della distinzione tra “pene” in senso tecnico e misure di natura non penale, la stessa Corte ha sempre negato che questo determinato aspetto possa risultare *ex se* decisivo»²⁵ appare condivisibile solo ove si intenda dire che non basta la gravità, se disgiunta dall'elemento della reazione ad un illecito. Mentre è da respingere una lettura degli orientamenti CEDU nel senso per cui la gravità dovrebbe sempre cumularsi con una finalità punitiva in senso stretto (ossia afflittiva-deterrente).

D'altronde, l'ampiezza e la fluidità della nozione CEDU di sanzione ed il connesso rifiuto di riconoscere valore dirimente allo scopo del provvedimento che reagisce all'illecito si spiega, tra l'altro, sulla base di una semplice osservazione, capace di rendere eventuali tentativi di “resistenza” alla nozione CEDU di pena, prima ancora che giuridicamente discutibili, di limitata utilità: una parte significativa delle garanzie del giusto processo e del principio di legalità si estendono ormai, anche grazie alla evoluzione in corso nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ai provvedimenti determinativi di diritti civili, e, in particolare, a quelli incidenti sulla proprietà nella (lata) accezione CEDU del termine. Difatti, il primo paragrafo dell'art. 6 CEDU è, come noto, relativo anche alla determinazione dei diritti civili, mentre l'art. 1 del primo protocollo addizionale alla CEDU²⁶ in tema di tutela della proprietà si applica a pressoché ogni diritto o interesse legittimo di contenuto patrimoniale, e, sul piano sostanziale, esige un'azione dei pubblici poteri esattamente predeterminata e prevedibile²⁷, fino a porre in discussione la stessa legittimità di discipline retroattive *in malam partem*²⁸.

²⁴ Nessuno sarà “[...] deprived of life, liberty, or property, without due process of law».

²⁵ Così, nel negare la natura penale ai sensi CEDU di misure personali e patrimoniali *ex l. n. 575 del 1965*, Cass. pen., sez. II, 10 giugno 2015, n. 30938.

²⁶ «Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale».

²⁷ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 7 giugno 2012, caso n. 38433/09, *Centro Europa 7 s.r.l. v. Italy*, § 187: «Il principio di legalità presuppone anche che le disposizioni pertinenti del diritto interno siano sufficientemente accessibili, precise e prevedibili nella loro applicazione».

²⁸ Corte eur. dir. uomo, sez. I, 8 marzo 2012, caso n. 14902/04, *OAO Neftyanaya kompaniya Yukos v. Russia*, § 567 ss.: «The Court reiterates the principle, contained primarily in Article 7 of

Ebbene, le sanzioni amministrative incidono quasi sempre sull'integrità patrimoniale o comunque sui diritti civili dell'incolpato. Se non di natura penale, quindi, sono almeno determinative di diritti civili (ossia capaci di incidere imperativamente su questi ultimi). Non a caso, le sanzioni disciplinari (come tali tendenzialmente escluse dal campo del penale), sono di norma ricondotte alla materia civile, come da ultimo riaffermato in tema di sanzioni del C.S.M.²⁹. Per quanto, come vedremo, in materia penale la Corte di Strasburgo tenda di fatto a dimostrarsi maggiormente esigente che in sede civile nella concreta declinazione del diritto al giusto processo e alla prevedibilità delle scelte pubbliche e il principio del *ne bis in idem* di cui diremo nell'ultimo paragrafo di questo capitolo si applichi solo ai provvedimenti di natura penale, si può capire come, in un simile contesto, i giudici europei non si preoccupino di delineare una nozione particolarmente rigorosa di sanzione penale: tanto le sanzioni amministrative (si facciano o meno rientrare nella materia penale) esigerebbero comunque garanzie simili a quelle che la pena reclama³⁰.

2. COMPATIBILITÀ TRA SANZIONE PENALE E PERSEGUIMENTO IN CONCRETO DELL'INTERESSE PUBBLICO

Corte eur. dir. uomo, Camera, 9 febbraio 1995, caso n. 17440/90, *Welch v. The United Kingdom*, § 30:

«Invero, gli scopi di prevenzione e ripristino sono compatibili con uno scopo punitivo e possono essere visti come elementi costitutivi della nozione stessa di pena».

Corte eur. dir. uomo, sez. IV, 30 maggio 2006, caso n. 38184/03, *Matyjek v. Poland*, § 58:

«Avendo soppesato i vari aspetti del caso, la Corte nota la predominanza di quelli penalisticamente connotati. Alla luce di ciò la Corte conclude nel senso che la natura dell'illecito, valutata congiuntamente con la natura e la severità delle sanzioni, fa sì che le accuse contro il ricorrente siano accuse penali ai sensi dell'art. 6 CEDU».

Corte eur. giust., Grande Sezione, 20 marzo 2018, in causa C-524/15, *Menci*, § 31:

«una sanzione dotata di finalità repressiva ha natura penale ai sensi dell'articolo 50 della Carta [...] la sola circostanza che essa persegua parimenti una finalità preventiva non è tale da ostare alla sua qualificazione come sanzione penale. In effetti [...], è

the Convention but also implicitly in the notion of the rule of law and the requirement of lawfulness of Article 1 of Protocol No. 1, that only law can define a crime and prescribe a penalty. While it prohibits, in particular, extending the scope of existing offences to acts which previously were not criminal offences, it also lays down the principle that the criminal law must not be extensively construed to an accused's detriment, for instance by analogy».

²⁹ Corte eur. dir. uomo, sez. IV, 7 luglio 2015, caso n. 24876/07, *Lorenzetti v. Italie*, § 39.

³⁰ Sul tema rimando, per ulteriori considerazioni e citazioni, a GOISIS, *Verso una nuova*, cit., 351 ss.

insito nella natura stessa delle sanzioni penali che le medesime tendano tanto alla repressione quanto alla prevenzione di comportamenti illeciti. Per contro, una misura che si limiti a risarcire il danno causato dalla violazione di cui si tratti non è dotata di natura penale».

Approfondiamo il profilo della compatibilità tra finalità di cura in concreto dell'interesse pubblico e qualificazione penale della sanzione.

Come si vedrà, tale compatibilità viene affermata dai giudici di Strasburgo non solo in virtù del rapporto di alternatività tra natura penale e gravità delle conseguenze pregiudizievoli (cfr. il paragrafo precedente), ma anche grazie:

a) ad una sempre più chiara assimilazione o comunque dichiarata compatibilità tra finalità afflittive-deterrenti e, invece, scopi di cura e ripristino del pubblico interesse, nonché

b) ad un'affermazione del carattere non necessariamente esclusivo della finalità punitiva e dei caratteri penali.

Quanto al profilo *sub a*, specialmente con riguardo a sanzioni reali di confisca di beni, la Corte di Strasburgo ha espresso l'idea che il concetto di sanzione penale rilevante ai fini CEDU ben tolleri al suo interno la compresenza di finalità afflittive-dissuasive e, rispettivamente, di cura concreta dell'interesse pubblico.

Cura dell'interesse pubblico può significare non solo sua tutela preventiva, ma anche diretto ripristino di una lesione già subita. Tale ampiezza del concetto è risultata chiara fin dalla sentenza sul caso *Welch* del 1995, in cui si legge che «Invero, gli scopi di prevenzione e ripristino sono compatibili con uno scopo punitivo e possono essere visti come elementi costitutivi della nozione stessa di pena»³¹. Dunque, a voler dare pieno valore a queste impegnative parole, parrebbe persino che il primo tra i criteri sostanziali stabiliti fin dal caso *Engel* (carattere punitivo) non sia in contrasto con prospettive in realtà ripristinatorie.

³¹ Corte eur. dir. uomo, Camera, 9 febbraio 1995, caso n. 17440/90, *Welch v. The United Kingdom*, § 30.

Sulla rilevanza sistematica della pronuncia, MURPHY, *The principle of legality in criminal law under the European Convention on Human Rights*, in *European Human Rights Law Rev.*, 2010, 2, 192 ss., spec. 196; KING, *Using Civil Processes in Pursuit of Criminal Law Objectives: A Case Study of Non-Conviction Based Asset Forfeiture*, in *International Journal of Evidence and Proof*, 2012, 337 ss., spec. 355 ss. e KING, *Civil Forfeiture and Article 6 of the ECHR: Due Process Implications for England and Wales and Ireland*, in *Legal Studies*, 2013.

Per una ultima presa di posizione dei giudici penali, Cass. pen., sez. un., 26 giugno 2015, n. 31617, che pur richiamandosi alla giurisprudenza CEDU, ritiene poi, per negare la qualificazione in senso penalistico della confisca del prezzo del reato, di valorizzare la circostanza per cui «Il connotato riparatorio, per stare al lessico della Corte EDU, e le finalità non repressive ma semmai preventive che orientano la confisca di ciò che ab origine non poteva entrare nel patrimonio dell'imputato, convincono del fatto che risulterebbe del tutto improprio affiancare una simile forma di confisca a quelle figure che una antica tradizione storica configurava come "punizione patrimoniale", conseguente – ma non correlata, quanto a derivazione "pertinenziale" – alla commissione di certi reati.».