

2025 FASCICOLO II

Valentina Chiauzzi e Vincenzo Sciarabba

**La modulazione dell'applicazione delle garanzie
convenzionali e costituzionali tradizionalmente collegate
alla materia penale a misure formalmente non penali**

16 giugno 2025

IDEATORE E DIRETTORE: PASQUALE COSTANZO
CONDIRETTRICE: LARA TRUCCO



Valentina Chiauzzi e Vincenzo Sciarabba

La modulazione dell'applicazione delle garanzie convenzionali e costituzionali tradizionalmente collegate alla materia penale a misure formalmente non penali*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive e metodologiche. – 2. I confini sostanziali della *matière pénale* tracciati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. – 2.1. L'elaborazione dei criteri Engel tra illecito e sanzione. – 2.2. Il contenuto degli *Engel criteria*. – 2.3. La portata generale degli *Engel criteria* e la graduazione delle tutele. – 2.4. La "doppia qualificazione" di determinate sanzioni come indice della debolezza teorica e della natura puramente strumentale dell'intera "dottrina Engel". – 2.5. La modulazione delle garanzie come soddisfacente soluzione. – 3. L'impatto della giurisprudenza europea sulla giurisprudenza costituzionale: l'apertura alla nozione sostanziale di materia penale – 3.1. La coesistenza della nozione costituzionale e della nozione convenzionale di *matière pénale*. – 4. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale circa le garanzie riconducibili alle sanzioni punitive-afflittive – 5. L'estensione di una garanzia penalistica "interna" a una sanzione amministrativa nella sentenza n. 68 del 2021. – 5.1. Lo sviluppo argomentativo della sentenza. – 5.2. Le diverse letture e le possibili implicazioni della pronuncia. – 6. La geometria variabile della nozione di materia penale costituzionale. – 7. La graduabilità delle garanzie "penalistiche" convenzionali e costituzionali ove applicate a sanzioni formalmente non penali. – 8. La presumibile ragione di fondo dell'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo e alcuni suoi profili contraddittori. – 9. Le garanzie del diritto amministrativo sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte interamericana. – 10. Considerazioni (non) conclusive.

ABSTRACT: This essay addresses the issue of the application of conventional and constitutional guarantees traditionally linked to criminal matters to formally non-criminal measures. After some preliminary methodological considerations aimed at clarifying the approach and the basic theses developed in the paper, a reasoned reconstruction, accompanied by some more general reflections, of the evolution of the relevant case law of the European Court of Human Rights is performed in the first part of the work, focusing

*  Contributo scientifico sottoposto a referaggio.

Valentina Chiauzzi è Dottoressa magistrale in Giurisprudenza presso l'Università di Genova; Vincenzo Sciarabba è Professore associato di Diritto costituzionale nella medesima Università.

Il lavoro è frutto della riflessione congiunta, del costante confronto e in generale della stretta collaborazione dei due autori. La stesura dei paragrafi 1, 2.4, 8 e 10 è ascrivibile a Vincenzo Sciarabba; quella dei restanti paragrafi a Valentina Chiauzzi.



especially on the development of the criteria and modalities by which this operation of extensive application of the criminal law guarantees contained in the Convention has been carried out. The evolution of the relevant case law of the Italian Constitutional Court is then examined, paying particular attention to Judgment No. 68 of 2021 and its implications. Some reflections are subsequently developed on the prospect of a “variable geometry” reconstruction of the notion of criminal matters, and of a graduation of the application of typically criminal conventional and constitutional guarantees to formally non-criminal sanctions; in support of this view, some remarks on the underlying reasons for the original approach of the European Court are made, and a comparative analysis of the interesting jurisprudence of the Inter-American Court on the same issues is provided. Finally, some future research perspectives suggested by the outcomes of the work are outlined.

1. Considerazioni introduttive e metodologiche

In uno scritto di qualche anno fa¹ si era avuto modo di osservare come uno dei “vizi” storicamente e notoriamente tipici nel popolo italiano – ma che, complici i cambiamenti tecnologici, sociali e culturali degli ultimi anni, si può ormai considerare dilagante a livello globale – sia quello consistente nel dividersi e sistematicamente contrapporsi *su due fronti*, in maniera spesso insensata e artificiosa, attraverso (meglio: a causa di, ma anche per mezzo di e generando viepiù) semplificazioni spesso scorrette, forzature, estremizzazioni, distorsioni (quando non vere e proprie falsificazioni) della realtà o sue più o meno “furbesche” strumentalizzazioni; e si era notato come uno dei motivi per cui ciò avviene con tanta frequenza e intensità risieda in una precisa attitudine, o meglio inettitudine (a sua volta alimentata dalla tendenza appena ricordata, e anch’essa sempre più diffusa e accentuata in conseguenza dei rapidi cambiamenti degli ultimi decenni²), che forse i giuristi possono cogliere e comprendere meglio proprio alla luce – potrebbe dirsi alla “controluce” – dei (veri) grandi progressi che invece, negli ultimi decenni, hanno caratterizzato il diritto e, specialmente, la giustizia (e la giurisprudenza) costituzionale³: il problema è quello della profonda, radicata

¹ V. SCARABBA, [Riflessioni di inizio anno tra tutela della salute, organizzazione e funzionamento della giustizia e garanzia dei diritti e principi fondamentali \(a partire da una questione pregiudiziale sollevata, in parallelo a una questione di costituzionalità, da un Giudice di pace italiano\)](#), in questa [Rivista](#), [Studi 2021/I](#), 52-93.

² Cambiamenti che in molti casi non possono che considerarsi – sotto le mentite spoglie di progressi tecnologici o presunti progressi sociali, oppure in quanto “lato oscuro” di questi, e badando al loro complessivo impatto sulla vita umana, individuale e collettiva (ammesso che abbia qualche senso distinguere i due aspetti) – regressi.

³ Erede e sviluppatrice, sotto il profilo in questione, di un approccio illuministico, e in ogni caso illuminato, poco diffuso se non del tutto assente in molte altre sedi.



incapacità (e/o assenza di volontà) di analizzare a fondo i problemi e poi risolverli, sulla base di una tale approfondita analisi, all'insegna – e, diciamo pure, attraverso le “tecniche” – della armonizzazione, della (talora “creativa” o comunque innovativa) razionalizzazione, del ponderato bilanciamento e dell'accorto contemperamento, ovvero del perseguimento della contestuale massima possibile tutela⁴, di diritti, principi, esigenze, interessi, istanze tra loro in tensione, concorrenti, o anche oggettivamente contrapposte⁵.

Molte volte, prima e dopo aver scritto le parole qui sommariamente riportate, ci si è imbattuti e si è avuto modo di riscontrare, in sé e nelle sue deleterie conseguenze, questa scarsa propensione ad analizzare e risolvere i problemi in modo razionale ed equilibrato, secondo (in particolare) le più sofisticate ed efficaci logiche, costruttive e concilianti, tipiche (non solo, ma certamente in special modo) del *diritto* e della *giustizia costituzionale*, anziché

⁴ Si sorvola qui per brevità sulle precisazioni che l'implicito riferimento alle più specifiche “dottrine” e teorie giurisprudenziali o scientifiche (ammesso che siano tali) della “massimizzazione” o “massima espansione delle tutele” (per riprendere una delle formule utilizzate dalla nostra Corte costituzionale, ad esempio nella [sentenza n. 317 del 2009](#)) imporrebbe. Per alcuni riferimenti e qualche breve osservazione e in proposito ci si permette di rinviare a V. SCIARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, Milano, 2019, spec. 225 ss. Per più ampie indicazioni bibliografiche sul principio in questione (nelle sue varie declinazioni) v. poi l'accurata ricognizione effettuata da A. RUGGERI, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudici nazionali, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale (tendenze e prospettive)*, in [Rivista AIC](#), 1/2018, 137, nota 7; lo stesso A., come è noto, ha sviluppato approfondite riflessioni sul ruolo di tale principio in molti suoi scritti, tra i quali sembra utile segnalare, in particolare, A. RUGGERI, *Una opportuna precisazione, da parte di Corte cost. n. 223 del 2014, in merito ai conflitti (apparenti...) tra norme di diritto interno e norme della CEDU*, in questa [Rivista, Studi 2014](#). Il medesimo principio, nella sua più specifica accezione relativa, per intendersi, allo spinoso problema dei rapporti tra diritti costituzionali e diritti previsti dalla CEDU e in genere a livello sovranazionale, è stato oggetto, e propriamente “bersaglio polemico”, dello stimolante volume di R. BIN, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018; dello stesso A. si veda però anche, in una prospettiva molto più generale e sostanzialmente differente, e dunque con valutazioni nel complesso ben diverse, *Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*, Milano, 1992. Sulla complessiva tematica (con un taglio ancora differente, ma in qualche modo complementare) non possono poi non ricordarsi, anche per la loro fortuna e influenza, i volumi di G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite. Leggi diritto giustizia*, Torino, 1992 e *Id., Principi e voti. La Corte costituzionale e la politica*, Torino, 2005.

⁵ ...“contrapposte” oggettivamente; ma non, appunto, in termini tali da consentire a persone ragionevoli e “di buona volontà” di appiattirsi acriticamente sul nefasto obiettivo – da molti perseguito per motivi e interessi vari – dell'affermazione piena di talune di esse a totale discapito delle altre, almeno nella misura in cui tutte abbiano una loro “dignità” e “rilevanza”, sia pure *in misura maggiore o minore*... (...laddove anche e proprio quest'ultimo “dettaglio”, chiaramente decisivo, dovrebbe e potrebbe essere, *in tutte le sedi* e pur in modi e con esiti parzialmente diversi secondo i contesti, terreno di *discussione* e soluzione *razionale* e quanto più possibile *condivisa*, nel metodo e nel merito; e, sotto questo specifico profilo, è inevitabile notare la drammatica contraddizione insita nel fatto che proprio in quelle sedi “politiche”, *in primis* il *Parlamento*, che addirittura “per definizione” dovrebbero seguire questo approccio analitico, inclusivo, dialogico, costruttivo e compromissorio, si siano invece diffuse e affermate, in modo parrebbe sempre più accentuato, quelle opposte visioni, logiche operative e perfino modalità comunicative di tipo aprioristicamente divisivo e polemico, volte – in ultima analisi – alla *sopraffazione* piuttosto che alla pacifica, rispettosa e solidale *convivenza*).



in modo poco razionale e... “squilibrato”, secondo le più rozze e fuorvianti logiche della *contrapposizione binaria*.

Ne è conseguita, insieme alla sempre maggiore diffidenza verso gli approcci per l'appunto, rigidamente “binari”, una crescente consapevolezza della necessità di un uso un po' più affinato dell'insiemistica nell'analisi dei problemi e nella ricerca delle soluzioni, un frequente bisogno di maggior articolazione⁶, di creazione di categorie ulteriori rispetto a quelle “estreme” e, spesso, di ricorso a logiche “gradualistiche”⁷.

⁶ Del resto la pratica (che in alcuni casi si fa arte) del “distinguishing” caratterizza, con vari nomi e vari ambiti e modi di applicazione, l'attività dei giuristi sostanzialmente da sempre; senza dubbio, con esiti di altissimo livello, dai tempi del diritto romano.

Quanto invece al versante delle istituzioni politiche, un esempio fulgido dei frutti che può dare il superamento, almeno parziale, di contrapposizioni rigide e predeterminate, sorvolando sul più scontato riferimento all'esperienza della nostra Assemblea Costituente (in effetti piuttosto illuminante al riguardo, anche e forse ancor più ove si tenga più puntualmente conto, nel bene e nel male, delle diverse fasi dei relativi lavori in relazione al mutare del contesto storico e politico), ci è offerto in tempi più recenti (non a caso) da un'altra “vicenda costituzionale”, tra le più significative degli ultimi decenni (su di essa, per tutti, G.G. FLORIDIA, «*Nell'intenzion dell'artista, e agli occhi degli abitanti*» (osservazioni sulla “Dichiarazione dei diritti” di Nizza), in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1/2001, 163 ss.), ovvero l'elaborazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ad opera della “prima” Convenzione, tra il 1999 e il 2000: in tale occasione, in effetti, il successo dell'organo istituito per predisporre il testo della Carta (che in pochi mesi riuscì non solo ad adempiere brillantemente al proprio mandato, ma in un certo senso addirittura a “superarlo”, elaborando un documento per più versi innovativo, e non meramente ricognitivo) fu fortemente agevolato proprio dalla non comune possibilità di, per così dire, “rimescolare le carte” (nel merito e già nel metodo dei lavori) in virtù dell'assenza di raggruppamenti, e quindi di divisioni, *stabilite “una volta per tutte” sulla base di un unico criterio*, e ciò in conseguenza della peculiare composizione dell'organo, tale per cui ciascuno dei suoi membri, “gravato” da diverse “appartenenze” (in ragione dell'istituzione di provenienza, del partito e/o gruppo politico di affiliazione, della nazionalità...), finiva in qualche modo, con apparente paradosso, non tanto forse per “liberarsi” completamente da tutte queste appartenenze (tra loro a volte in tensione, in riferimento alle varie decisioni da prendere), quanto almeno per *allontanarsi* un po' da esse, facendone tuttavia tesoro, in certo modo, nel quadro di una “sintesi” finale affidata, in misura molto maggiore del solito, alla coscienza individuale. Per una più ampia riflessione in proposito cfr., volendo, V. SCARABBA, *Le “Convenzioni”, luogo d'incontro dei “parlamenti d'Europa” e di sperimentazione sul piano strutturale e funzionale*. Relazione all'«Atelier 4 luglio G.G. Floridia» (Teramo, 4 luglio 2008), in R. Orrù, L.G. Sciannella, A. Ciammariconi (a cura di), *Dai Parlamenti in Europa ai Parlamenti d'Europa. Un cammino tra storia e diritto*, Napoli, 2008, 15-46, spec. 26-29.

⁷ A una visione di fondo simile si ispiravano già, in buona parte, alcune riflessioni – in effetti piuttosto “audaci”, ma, si ritiene, non prive di solidi fondamenti – svolte in passato su tematiche legate all'interpretazione della Costituzione e della legge: cfr., volendo, V. SCARABBA, *L'“interpretazione conforme” tra sindacato diffuso (su “norme”) e ipotesi di “graduazione della costituzionalità”: spunti di riflessione*, in E. Bindi, M. Perini, A. Pisaneschi (a cura di), *I principi generali del processo comune ed i loro adattamenti alle esperienze della giustizia costituzionale*. Atti del Convegno annuale del “Gruppo di Pisa” svoltosi a Siena il 8-9 giugno 2007, Torino, 2008, 481-493; sul punto si è in parte tornati in ID., *L'“interpretazione conforme” tra Costituzione e CEDU: cenni ricostruttivi e spunti di riflessione*, in D. Galliani, E. Santoro (a cura di), *Europa umana. Scritti in onore di Paulo Pinto de Albuquerque*, Pisa, 2020, 719-744, nonché in [Forum di Quaderni costituzionali](#), 14 maggio 2019.



Si tratta di una *forma mentis* che, volendo vedere la cosa in questa prospettiva, si modella in qualche modo sul (e trae linfa dal) principio, che la Corte costituzionale ha ricavato dall'art. 3 Cost e posto al centro della propria azione, di *ragionevolezza*: principio che, come è notissimo, impone – al netto di un certo margine di discrezionalità inevitabilmente e giustamente riservato al legislatore – di trattare in modo eguale situazioni (davvero del tutto) uguali e invece consente o addirittura impone di trattare in modo (anche solo leggermente) diverse situazioni (almeno in parte) diverse; principio al quale, può aggiungersi, sempre più va avvicinandosi e intrecciandosi, arricchendo lo strumentario concettuale cui si fa qui riferimento, il contiguo principio di *proporzionalità*, più ampiamente teorizzato e applicato da altre Corti, e al pari del primo tale da imporre e al contempo indirizzare sforzi analitici e di accomodamento – in situazioni che richiedano bilanciamenti di varia natura – tanto impegnativi quanto potenzialmente proficui.

Ebbene, punto di partenza della ricerca che ha condotto al presente lavoro è esattamente l'intuizione che la tematica, diciamo intanto così, dell'estensione, alla stregua della c.d. "dottrina Engel" della Corte europea dei diritti dell'uomo, delle "garanzie penali" (convenzionali e/o costituzionali) alle "sanzioni amministrative" – tematica normalmente affrontata appunto in una logica dicotomica, ricorrendosi pur sempre, sia pure su basi sostanzialistiche anziché meramente formalistiche, solo alle due "etichette" del *penale* e dell'*amministrativo*, o comunque... del *non penale*⁸ – potesse e dovesse essere invece

Lo stesso approccio "gradualistico" si è adottato ai fini di un tentativo di ricostruzione delle implicazioni della [sentenza n. 49 del 2015](#) della Corte costituzionale, in contrapposizione a determinate letture "estremiste" della medesima che dalla famigerata distinzione, operata dal giudice delle leggi, tra giurisprudenza consolidata e non consolidata della Corte europea dei diritti dell'uomo traevano conseguenze e conclusioni ritenute non corrette e pericolose: cfr. volendo V. SCARABBA, *Il ruolo della CEDU tra Corte costituzionale, giudici comuni e Corte europea*, cit., spec. 189 ss. e 207 ss., o, più in breve, Id., *La Corte Edu tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in F. Buffa, M.G. Civinini (a cura di), *La Corte di Strasburgo*, Milano, 2019 e in [Questione Giustizia](#), 2019.

⁸ È bene infatti ricordare subito, sotto questo profilo, che il problema, pur riguardando principalmente misure riconducibili all'ambito di quelle che vengono usualmente definite "sanzioni amministrative", può presentarsi in modo analogo anche per provvedimenti e misure non qualificate, o non sempre qualificate, in questo modo. In disparte gli specifici settori delle sanzioni disciplinari, della responsabilità contabile e delle misure adottate in contesti militari (nonché alcuni provvedimenti peculiari e di particolare impatto previsti in ambito civilistico; e, ancora, certe forme di reazione a reati commessi da minori previste in qualche Paese europeo), si pensa soprattutto a una serie di misure che fuoriescono dai confini semantici dell'espressione "sanzione amministrativa"... perché asseritamente *non sanzionatorie*, bensì preventive o cautelari: misure dunque formalmente estranee anche al novero delle "sanzioni penali" propriamente intese, e tuttavia a queste ultime pure da assimilarsi in certi casi e a certi fini. La questione si è ad esempio posta ed è stata ad affrontata in modo piuttosto approfondito nella sentenza della Corte costituzionale (per diverse ragioni molto importante, come emergerà nel corso del lavoro) [n. 196 del 2010](#), relativa alla "misura di sicurezza" della confisca del veicolo per guida in stato di ebrezza (per alcune brevi osservazioni in proposito cfr., volendo, V. SCARABBA, *La Corte costituzionale annulla, per contrasto con l'art. 117, c.1 (-> art. 7 CEDU -> giurisprudenza di Strasburgo), la*



analizzata e fatta oggetto di riflessione secondo un approccio meno orientato all'uso dell'accetta e più propenso, nella fase "osservativa", a valutazioni e giudizi accurati (e non costretti a brutali approssimazioni e maldestre forzature a causa della disponibilità di due soli "contenitori concettuali") sulla natura di illeciti, sanzioni e procedimenti; e, coerentemente, nella fase "ricostruttiva" del corredo di garanzie sostanziali e procedurali da riconoscersi nei diversi casi, a *modulazioni* e *gradazioni* (evitando anche sotto questo profilo di ricadere nella logica binaria, a prima vista rassicurante ma in realtà deficitaria da ogni punto di vista, del "tutto" o "niente")⁹.

In effetti, e in una prospettiva appena differente, numerosi sono gli indizi che inducono a tentare di "rileggere" (e giustificare, in chiave teleologica, al di là cioè delle sue debolezze teoriche e addirittura, come si vedrà, di alcune sue sostanziali contraddizioni) l'intera "dottrina Engel" in una prospettiva (ancor più) spiccatamente "funzionalista"¹⁰, strumentale al perseguimento di un obiettivo *che ne trascende* e spesso *ne forza* (o comunque, per così dire, ne pone sotto *stress*) la "struttura", nella misura in cui tale dottrina ricorre (verrebbe da dire *in mancanza d'altro*) alla "figura concettuale" – se si vuole all'*espediente* – della riqualificazione delle sanzioni, da amministrative a penali, allo scopo ultimo di addivenire "semplicemente" al *riconoscimento di un necessario corredo di garanzie adeguato alle caratteristiche delle misure di volta in volta in discussione*, ben al di là di categorizzazioni rigide e per certi versi grossolane (ma in qualche modo accettabili e accettate in ragione appunto della loro *utilità pratica*, in un contesto normativo e operativo in cui risulterebbe molto difficile se non proprio impossibile – per carenza di idonee basi giuridiche – la sostituzione di tale "dottrina" con altre impostazioni più sofisticate e soddisfacenti dal punto di vista teorico, e poi anche operativo).

Un'attenta analisi della giurisprudenza e gli spunti ricavabili da questa, come pure dalla dottrina (soprattutto, anche se non solo, penalistica) che maggiormente ha approfondito la tematica¹¹, nonché i corroboranti esiti di una proficua ricerca comparatistica appositamente

previsione di applicazione retroattiva della confisca del veicolo per guida in stato di ebbrezza, in [Diritti Comparati](#), 19 giugno 2010).

⁹ Sul punto si tornerà ripetutamente nel corso del lavoro e, in modo più organico, nell'ultimo paragrafo.

¹⁰ Che in generale, per intuibili ragioni legate al ruolo della Convenzione e della Corte EDU, il «diritto di Strasburgo» sia «orientato ad una prospettiva schiettamente pragmatico-funzionalistica piuttosto che dogmatica» (così F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs legalità 'convenzionale'?*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 5 aprile 2017, 19 ss.) è cosa ben nota. Rispetto a tale generale notazione, nello specifico ambito della tematica oggetto del presente lavoro emergono però elementi peculiari e di speciale rilievo, tali da modificarne in certa misura il senso, secondo quanto si cercherà di illustrare nel corso del lavoro (e, in parte, già nelle righe seguenti del testo).

¹¹ Oltre che ad alcune risalenti e lungimiranti riflessioni di Carlo Enrico Paliero, si fa riferimento, principalmente, agli studi svolti negli ultimi anni da Vittorio Manes, Francesco Mazzacuva, Luca Maserà, Francesco Viganò, Marco Scoletta, Irene Pellizzone e Francesca Bailo (richiami più puntuali ai relativi scritti sono contenuti nel corso del lavoro).



intrapresa¹² sembrano avvalorare, come si cercherà di mostrare nelle pagine che seguono, queste originarie riflessioni (latamente) “metodologiche” e l’impostazione che ne è conseguita, mostrandone non solo la sensatezza su un piano teorico, ma anche la praticabilità e la spiccata funzionalità, come pare oggi largamente confermato da un filone, ormai relativamente nutrito, di decisioni in cui un approccio simile è stato adottato: talora in modo implicito, e tuttavia netto ed evidente; a volte addirittura esplicitandolo in aperte e quanto mai significative affermazioni di principio¹³.

2. I confini sostanziali della *matière pénale* tracciati dalla Corte europea dei diritti dell’uomo

Quando si ricerca una definizione di materia penale, ci si muove lungo un panorama frastagliato, in cui si sono sedimentati nel tempo eterogenei paradigmi teorici. Da ciò la difficoltà, e al contempo la necessità, di individuare delle coordinate adeguate a discernere ciò che rientra nella materia penale ai fini dell’applicazione delle garanzie che la CEDU e i suoi Protocolli prevedono per essa.

Nel quadro ricavabile dalla pertinente giurisprudenza, le categorie e descrizioni tradizionali appaiono alterate e in parte congedate: il connesso processo di (almeno parziale) armonizzazione del diritto penale in Europa si sta accompagnando a trasformazioni profonde, che in alcuni contesti ordinamentali rappresentano autentiche rivoluzioni dogmatiche¹⁴. L’accezione di materia penale funzionale alla determinazione dell’ambito di applicabilità delle garanzie “sovra-legali”¹⁵ rappresenta l’oggetto primario dell’indagine giurisprudenziale svolta nelle prossime pagine. Comprendere quali norme di condotta e/o sanzionatorie rientrano nei confini della materia penale – così da dover essere considerate, oggi, “sostanzialmente penali” (*criminal in nature*) e assoggettate, *in linea di principio* (sul punto, fondamentale, si tornerà), a tutte le relative garanzie (prime fra tutte quelle del *nullum crimen sine lege previa* e *nullum crimen sine culpa*) – si presenta impresa tanto urgente quanto complessa¹⁶.

¹² Di tale ricerca – resa possibile da un soggiorno di studio di alcuni mesi effettuato dalla dott.sa Chiauuzi presso l’*Universidad Externado de Colombia*, con il prezioso supporto del Professor Diego Moreno Cruz – si renderà sinteticamente conto, per il momento, nel paragrafo 9 di questo lavoro.

¹³ Si rinvia, in proposito, a quanto si vedrà nei paragrafi che seguiranno.

¹⁴ In V. MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2017, 987 ss., in part. 989, l’Autore per descrivere la materia penale (*matière pénale* o, ancora, *criminal matter*) evoca l’immagine del volto di Medusa: una sagoma ambigua, per la molteplicità – fuor di metafora – di declinazioni che l’accompagnano.

¹⁵ Espressione utilizzata in L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, 2018, come *genus* comprensivo delle garanzie convenzionali e costituzionali, cioè di tutte quelle garanzie che, sia pure con modalità ed effetti diversi, sono comunque in grado di imporsi su un prodotto legislativo.

¹⁶ Così V. MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, cit., 990, in cui l’Autore prosegue con la metafora, riferendosi al «volto attuale» della materia penale.



Mentre l'ordinamento italiano utilizza essenzialmente un criterio di qualificazione *normativo-formale*¹⁷, secondo il quale costituisce reato solo quel fatto per cui la legge prevede come conseguenza sanzionatoria una "pena", la Corte EDU interpreta e applica la Convenzione sulla base di criteri di carattere *sostanziale e funzionale*, in applicazione dei quali perviene al riconoscimento della natura penale ad ogni (illecito che possa determinare l'irrogazione di una) sanzione che – a prescindere dalla categorizzazione "aprioristica" fornita nel diritto interno – possieda un contenuto intrinsecamente afflittivo e punitivo equiparabile a quello che caratterizza ciò che nell'ordinamento interno è pena in senso stretto, proprio in ragione della necessità di evitare che si *eludano*, in conseguenza di approcci formalistici e per così dire autoreferenziali degli ordinamenti nazionali¹⁸, le garanzie che la Convenzione prevede per la materia penale.

Da questa 'rivoluzione copernicana' secondo cui a trovarsi al centro non è più la qualificazione formale che i comportamenti e in genere i "fatti" (tali essendo, di per sé, le sanzioni) ricevono, bensì la *substantia* di essi, discende l'estensione delle garanzie penalistiche convenzionali alle infrazioni e sanzioni che, pur non qualificandosi per il loro *nomen* come penali, lo siano nella sostanza. Si tratta essenzialmente delle garanzie sancite dagli artt. 6 («Diritto a un equo processo»), 7 («Nulla pena sine lege previa») della Convenzione, e dagli artt. 2 («Diritto di ricorso in materia penale») e 4 («*Ne bis in idem*») del Protocollo 7¹⁹, con i relativi corollari.

¹⁷ Si pensi all'art. 39 c.p., da cui si evince che è reato tutto quello che il legislatore individua come delitto o contravvenzione. Anche da un esame della manualistica tutt'oggi maggioritaria emerge con chiarezza come, tradizionalmente, l'ordinamento italiano abbia adottato una nozione formale di reato. V., tra i tanti, F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*, Padova, 2017, X ed., 13; D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2015, VI ed., 3 e ss.; G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, VII ed., 157. Di norma l'interpretazione in questione è accompagnata da un'accezione nominalistica del concetto di pena, secondo la quale sono pene solo le sanzioni definite come tali dal legislatore. E, in effetti, l'art. 17 c.p. individua le pene proprio in base al loro *nomen*.

¹⁸ Si allude chiaramente al fenomeno della c.d. "truffa delle etichette" (secondo un'efficace espressione spesso utilizzata anche a questi fini, e sulla quale si tornerà poco più avanti).

¹⁹ Sui complessi sviluppi giurisprudenziali che (su più fronti) hanno interessato la spinosa problematica del «*Ne bis in idem*», oltre che per una sintetica ma molto accurata illustrazione dei "criteri Engel", v. senz'altro – nel quadro di una più ampia trattazione che offre molti spunti di riflessione circa il concreto modo di funzionare del sistema "multilivello" o "policentrico" di tutela dei diritti e dei principi fondamentali – P. COSTANZO, L. TRUCCO, [II principio del "ne bis in idem" nello spazio giuridico nazionale ed europeo](#), in questa *Rivista, Studi 2015/III*, 850-872, ove si mettono in evidenza o si offrono elementi notevoli per poter cogliere, concentrandosi su un terreno specifico e concreto, le complesse dinamiche (in specie, potrebbe dirsi, le variegata forme di influenza o comunque di relazione: diretta o indiretta; immediata o di lungo periodo; autoritativa o persuasiva; sotto forma di azione, di reazione o al limite di resistenza) riscontrabili, per così dire, su tutti i lati (e, per ciascun lato, in entrambi i versi) del triangolo che idealmente collega le tre "Carte fondamentali" (Costituzione, CEDU e Carta dei diritti fondamentali dell'UE) e le giurisprudenze delle tre Corti che ne rappresentano, riprendendo una felice espressione già utilizzata per la nostra Corte costituzionale, la "viva voce".



L'approccio casistico della Corte EDU ha favorito un esito antiformalistico: la corrosione dalle fondamenta dei vari modelli esplicativi delle nozioni di reato e di pena costruite dalla scienza giuridica penalistica tradizionale²⁰.

I giudici di Strasburgo si proclamano così interpreti ultimi della sostanza penale. Al legislatore la *forma*, alla Corte l'*essenza*²¹.

2.1. L'elaborazione dei criteri Engel tra illecito e sanzione

La definizione della materia penale tradizionalmente si fonda, da un lato, sull'analisi delle peculiarità che connoterebbero la condotta vietata affinché assurga a fatto penalmente rilevante, dall'altro, sui caratteri della reazione che l'ordinamento collega al compimento della condotta vietata²². Le prospettive sono evidentemente opposte e un approccio si concentra sulle caratteristiche dell'*illecito*, il *prius*, che determinano la reazione ordinamentale; l'altro sulla qualificazione normativa della *sanzione*, il *posterius*, dalla quale si può evincere la natura dell'illecito.

Sullo sfondo di una più generale rimediazione del concetto di materia penale, la contrapposizione metodologica appena richiamata è parsa aver trovato una compromissoria composizione nell'ambito della prima elaborazione europea sul tema, nella celeberrima pronuncia della [Corte di Strasburgo Engel et al. c. Paesi Bassi](#)²³. La vicenda è nota.

Nel giudizio, destinato a diventare un *leading-case*, i giudici affrontano il problema della possibilità di ricondurre nell'ambito della nozione di «*accusation en matière pénale*» di cui all'art. 6 CEDU anche procedimenti che, nel relativo ordinamento nazionale, fuoriescono dal perimetro applicativo delle garanzie penalistiche, in quanto diversamente qualificati dal legislatore.

La Corte europea elabora tre criteri, strumenti di lavoro di cui si atrezza per 'scavare nell'anima' della misura sanzionatoria di volta in volta in questione. Applicando il primo criterio la Corte scatta per così dire una 'fotografia' della misura, per come lo Stato membro la

²⁰ Cfr. F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2013, 1899 ss., spec. 1899.

²¹ Così C. D'ORAZI, *Sanzioni amministrative sostanzialmente penali: è davvero la svolta?*, in [AmbienteDiritto](#), 1/2022, 23.

²² La circostanza è ben messa in evidenza in C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, 7 e ss.

²³ Corte EDU, [Engel et al. c. Paesi Bassi](#), 8 giugno 1976.



presenta, prendendo così atto della qualificazione giuridica attribuitagli dal diritto nazionale²⁴. La Corte, a questo punto, se l'infrazione non ha veste penale, procede con una 'radiografia' della misura, analizzandone l'essenza e le implicazioni attraverso i due criteri della «*nature même de l'infraction*» e del «*degré de sévérité de la sanction que risque de subir l'intéressé*»²⁵. È un po' come se i giudici europei con la [sentenza Engel](#) avessero messo il 'camice bianco' e si fossero attrezzati di 'raggi X', in quanto (fuor di metafora), al di là della *forma* superficiale, si mostrano determinati ad analizzare la *sostanza* profonda, la natura intrinseca della misura.

I criteri così utilizzati nella sentenza (che saranno eretti ad indici guida della giurisprudenza europea, così come di quella nazionale) – riferendosi sia all'illecito sia alla sanzione – mettono in relazione e, come anticipato, compongono le differenti prospettive con cui la dottrina usava indagare il contenuto della materia penale. E se è vero che "l'unione fa la forza" (...oltre che, a volte, un po' di "confusione": sul punto si tornerà), questo approccio si è ben prestato a dare una "svolta" alle analisi giurisprudenziali e dottrinali in materia.

2.2. Il contenuto degli Engel criteria

I criteri Engel sono potenzialmente alternativi²⁶: è sufficiente che uno solo di essi manifestamente induca a propendere per la natura penale della misura per consentire di attrarla nell'ambito di operatività delle garanzie penali convenzionali. La Corte precisa poi, a plurime riprese, che ciò non esclude un *cumulative approach*, nel senso di un esame congiunto degli elementi di rilievo, a seguito del quale – qualora l'applicazione separata dei singoli criteri non conduca a risultati chiari – sia possibile giungere ad una conclusione fondata appunto su una valutazione complessiva²⁷.

La Corte ha progressivamente delineato i contorni dei tre criteri della natura dell'illecito, della natura della sanzione e della sua gravità attraverso l'elaborazione di sottocriteri a fini applicativi.

Il criterio della natura dell'illecito è usualmente utilizzato in concorso con gli altri e si concretizza in un esame della significatività della trasgressione (anche in considerazione di

²⁴ Cfr. Corte EDU, [Engel e altri. c. Paesi Bassi](#), cit., § 82: «*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*».

²⁵ *Ibidem*. Per un'illustrazione dei criteri si rimanda al paragrafo seguente.

²⁶ Tra le tante, Corte EDU, [Lutz c. Germania](#), 25 agosto 1987, § 55; [Lauko c. Slovacchia](#), 2 settembre 1988, § 57; [Garyfallou Aebe c. Grecia](#), 24 settembre 1997, § 33; [Janosevic c. Svezia](#), 23 luglio 2002, § 67; Grande Camera, [Ezeh e Connors c. Regno Unito](#), 9 ottobre 2003, § 86; [Jussila c. Finlandia](#), 31 novembre 2006, §§ 30 e 31; Corte EDU, [Zaicevs c. Lettonia](#), 31 luglio 2007, § 31; [Grande Stevens e a. c. Italia](#), 4 marzo 2014, § 94. Sulla stessa linea la Corte costituzionale nelle sentenze [n. 43 del 2017](#) e [n. 198 del 2022](#).

²⁷ Così, *ad exemplum*, Corte EDU, [Lauko c. Slovacchia](#), cit., § 57; [Bendenoun c. Francia](#), 24 febbraio 1994, § 47; [Garyfallou Aebe c. Grecia](#), cit., § 33; [Grande Stevens e a. c. Italia](#), cit., § 94.



confronti comparatistici) e della struttura della norma trasgredita. Sotto quest'ultimo profilo, l'analisi si sofferma, tra l'altro, sulla generalità del precetto e dei destinatari ai quali si rivolge, a prescindere da un loro particolare *status*, cosicché, in alcuni casi (invero piuttosto particolari per vari motivi, come si vedrà) è stata riconosciuta natura penale ad una sanzione amministrativa pecuniaria di modesta entità, sulla base (anche) della considerazione che il precetto aveva come destinatari la generalità dei cittadini quali utenti della strada e non una classe speciale di soggetti²⁸. Tale circostanza è per lo più richiamata *ad abundantiam* nei ragionamenti della Corte EDU, ben esistendo reati propri, riferiti a specifiche categorie di soggetti, così come, d'altro canto, divieti generali tutelati da sanzioni (e procedure di accertamento) di natura amministrativa. Per altro verso, anche una disciplina amministrativa settoriale può comunque, qualora risultino integrati altri criteri, essere dalla Corte europea riqualificata come penale, come dimostra lo stesso [caso Engel](#), nel quale ad essere posta in questione era una disciplina di carattere amministrativo regolatrice del funzionamento delle forze armate, poi ritenuta dai giudici europei di carattere sostanzialmente penale.

Per quanto concerne gli ultimi due criteri – quelli della natura e della gravità della sanzione – la Corte, a plurime riprese, ha avuto modo di precisare che la sanzione va valutata, sotto entrambi questi profili, alla luce del massimo edittale, sulla base del principio del rischio iniziale, e non con riferimento al provvedimento concretamente adottato²⁹.

Riguardo alle sanzioni *di natura pecuniaria*, tre sono gli indici presi in considerazione nella giurisprudenza della Corte ai fini della valutazione della *gravità* di ciascuna sanzione (sempre, in linea di principio, facendo riferimento alla sua astratta previsione normativa e al massimo edittale): il suo ammontare³⁰, la possibile menzione nel casellario giudiziale³¹ e la convertibilità in pena detentiva in caso di mancato pagamento³².

Sempre per quanto concerne l'aspetto della gravità della sanzione, a misure *detentive* è tendenzialmente riconosciuto "a priori" carattere penale sulla base di una sorta di presunzione di particolare gravità³³. Il discrimine tra sanzioni penali ed extrapenali non assume però come

²⁸ Cfr. Grande camera, [Öztürk c. Germania](#), 21 febbraio 1984, § 53. In senso analogo, Corte EDU, [Bendenoun c. Francia](#), cit., § 47, che attribuisce natura penale alle maggiorazioni di imposta applicate a seguito dalla commissione di reati doganali in considerazione, anche, della generalità dei destinatari delle norme contenute nel codice generale delle imposte.

²⁹ Corte EDU, [Campbell e Fell c. Regno Unito](#), 28 giugno 1982, § 72; Corte EDU, [Garyfallou Aebe c. Grecia](#), cit., §§ 33 ss.; Corte EDU, [Weber c. Svizzera](#), 22 maggio 1990, § 34; Corte EDU, [Demicoli c. Malta](#), 27 agosto 1991, § 34.

³⁰ V. Corte EDU, [Garyfallou Aebe c. Grecia](#), cit., § 34; Corte EDU, [Putz c. Austria](#), 22 febbraio 1996, § 37.

³¹ Corte EDU, [Pierre-Bloch c. Francia](#), 21 ottobre 1997, §§ 58 ss., in cui la non menzione nel casellario giudiziale è risultata determinante per escludere la natura penale della sanzione.

³² Corte EDU, [Bendenoun c. Francia](#), cit., § 47; Corte EDU, [Palaoro c. Austria](#), 23 ottobre 1995, § 35; Corte EDU, [Jamil c. Francia](#), 8 giugno 1996; Corte EDU, [Benham c. Regno Unito](#), 10 giugno 1996.

³³ Corte EDU, [Galstyan c. Armenia](#), 15 novembre 2007, §§ 59 ss.; Corte EDU, [Ashughyan c. Armenia](#), 17 luglio 2008, § 51. Il nesso riconosciuto tra restrizione della libertà personale e diritto penale è in linea con quanto



riferimento indefettibilmente decisivo l'incidenza (potenziale o addirittura certa) sulla libertà personale: non sono infatti mancate pronunce che hanno concluso per la natura non penale di sanzioni patrimoniali suscettibili di essere convertite in misure privative della libertà personale³⁴, o che hanno negato il carattere penale di sanzioni disciplinari restrittive della libertà personale in virtù della loro brevità³⁵: soluzione da ritenersi almeno in prima battuta coerente con la circostanza (invero di per sé tutt'altro che risolutiva, alla luce dei presupposti, delle finalità e della logica di fondo della "dottrina Engel") che ad oggi, nel panorama europeo, diversi ordinamenti prevedono sanzioni privative della libertà personale anche in ambito extrapenale.

Cercando di individuare tendenze comuni tra le righe delle sentenze della Corte, è stato osservato come il criterio della gravità della sanzione, più che ai singoli elementi della consistenza monetaria della pena pecuniaria o del grado di incisione della libertà personale, abbia riguardo al complessivo effetto limitativo spiegato dalla misura sulla sfera personale del destinatario – anche per quanto concerne le sue potenzialità relazionali, economiche e lavorative – e spesso, in ultima analisi, al suo carattere "infamante" (c.d. *degree of stigma*)³⁶.

Per quanto concerne il criterio che guarda alla *natura* della sanzione, la Corte lo ha poi declinato a sua volta in tre sottocriteri. Il primo attiene alla riconducibilità o meno della sanzione alla *condanna per un reato* di cui sia stata accertata la commissione tramite sentenza³⁷. Sotto questo profilo, sanzioni amministrative irrogate in connessione a condanne penali sono state equiparate alle pene accessorie e, così, ricondotte alla nozione di pena convenzionale³⁸.

Il secondo sottocriterio concerne la *natura giurisdizionale* o meno *delle procedure e dell'autorità preposte all'irrogazione e all'esecuzione della sanzione*: laddove, anche i fini dell'applicazione della nozione di «tribunale» di cui all'art. 6 CEDU, rilievo decisivo è attribuito

previsto nell'ordinamento italiano, come testimoniato – a livello legislativo – dalla l. 689/1981 che nel disciplinare le sanzioni amministrative prevede espressamente che esse non possano in nessun caso incidere sulla libertà personale.

³⁴ Corte EDU, [Ravnsborg c. Svezia](#), 23 marzo 1994, § 35; Corte EDU, [Putz c. Austria](#), cit., § 37. In entrambi i casi, però, non si era concretamente eseguito un arresto.

³⁵ A proposito di quanto si è affermato riguardo al ricorso del soldato Engel in Corte EDU, [Engel at al. c. Paesi Bassi](#), cit., v. anche Commissione EDU, [X c. Svizzera](#), 8 luglio 1980.

³⁶ Così M. MANCINI, *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale, con particolare riguardo alle misure limitative dell'elettorato passivo*, in [Federalismi.it](#), 25 giugno 2018, 7.

³⁷ Cfr. Corte EDU, [Welch c. Regno Unito](#), 9 febbraio 1995, §28; Corte EDU, [Jamil c. Francia](#), cit., § 31; Corte EDU, [Maliq c. Francia](#), 23 settembre 1998, §§ 38 ss., che riconosce natura penale alla decurtazione dei punti dalla patente di guida inflitta in seguito alla condanna per un reato in materia di circolazione stradale. Attraverso l'applicazione del medesimo criterio, in Corte EDU, *X c. Paesi Bassi*, 6 luglio 1976, la Corte depone per l'esclusione dalla materia penale delle misure di estradizione, in quanto non discendenti da una vera e propria condanna.

³⁸ Cfr. Corte EDU, [Maliq c. Francia](#), cit., § 39.



al profilo relativo alle funzioni che l'organo è chiamato materialmente a svolgere, piuttosto che quello formale-organizzativo³⁹.

L'ultimo sottocriterio individuato per indagare la natura delle sanzioni (e per certi versi tra i più problematici, per intuibili ragioni legate al carattere spesso particolarmente incerto e controvertibile delle valutazioni e delle conclusioni che dalla sua applicazione possono discendere) attiene alle *finalità* che la misura sanzionatoria in discussione è, in linea generale, diretta a perseguire⁴⁰.

Quanto poi al "peso relativo" dei vari criteri, può notarsi come il criterio della gravità o severità della sanzione, che nei primi anni di sua applicazione aveva giocato un ruolo decisivo ai fini della qualificazione della sanzione, abbia poi assunto un ruolo più limitato a favore dell'apprezzamento sulla natura della sanzione, colorato dal sottocriterio teleologico⁴¹. La svolta è rappresentata dal notissimo caso [Öztürk](#)⁴², in cui la Corte mostra chiara consapevolezza della portata generale della criteriologia della materia penale⁴³ e, per la prima volta, riconosce (pur in un contesto del tutto particolare, come si è già accennato e si chiarirà poco oltre in nota) assoluta centralità al concetto di *punitive purpose* della sanzione: la Corte, nella sua opera di riqualificazione come sostanzialmente penale della sanzione, non ritiene dirimente la sua esiguità, in ragione proprio della finalità "punitiva" della stessa⁴⁴.

³⁹ Cfr. Corte EDU, [Belilos c. Svizzera](#), 28 aprile 1988, § 64; [Coëme e altri c. Belgio](#), 28 giugno 2000, § 99; [Richert c. Polonia](#), 25 ottobre 2011, § 43.

⁴⁰ Cfr. Corte EDU, [Lutz c. Germania](#), cit., §§ 55 ss.

⁴¹ Per la recessività del criterio della gravità della sanzione, v. F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste, Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2018, 19; per la valorizzazione dell'argomento teleologico, v. M. MANCINI, *La "materia penale" negli orientamenti della Corte EDU e della Corte costituzionale*, cit., 7.

⁴² In Grande camera, [Öztürk c. Germania](#), cit., il contenuto della nozione convenzionale di materia penale autonoma rispetto alla qualificazione formale dell'illecito acquista connotati più definiti, e si coglie in modo più profondo la sua capacità espansiva dell'area delle garanzie penalistiche, sicché i commentatori sono concordi nell'individuare in [Öztürk](#), più ancora che in [Engel](#), il momento che segna la svolta della giurisprudenza europea. Per un primo commento della sentenza, cfr. C.E. PALIERO, *'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei Diritti dell'Uomo: una questione classica ad una svolta 'radicale'*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 1985, 894 ss.

⁴³ Così L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 37, cui si rinvia per chiarimenti sotto questo profilo.

⁴⁴ Più precisamente, in Grande camera, [Öztürk c. Germania](#), cit., si accerta una violazione dell'art. 6 § 3 lett. e), in quanto il ricorrente di origine turca aveva dovuto sostenere le spese (peraltro esigue) per l'assistenza di un interprete nel processo di contestazione della sanzione di gravità 'insignificante', per usare l'espressione del giudice dissenziente Liech, che gli si era vista inflitta. Per inquadrare correttamente la decisione della Corte bisogna peraltro ricordare che la misura oggetto del ricorso, come la gran parte degli altri illeciti disciplinati dal codice della strada tedesco, era stata interessata da un intervento di depenalizzazione: sullo sfondo della decisione (e non senza impatto su di essa, può ritenersi), si colloca dunque la delicata problematica della discrezionalità degli Stati in materia di depenalizzazione. La misura sospettata d'illegittimità convenzionale, in particolare, risultava eguale nel contenuto anche a seguito della sua depenalizzazione, restandone invariato il



Tale esito sembra potersi accogliere – almeno in linea di principio (potendo anche un simile approccio generare a sua volta, come si accennava, delle incertezze) – con favore, in quanto il criterio delle severità della sanzione è un criterio “quantitativo”⁴⁵ e, in quanto tale, pur avendo il merito di evidenziare le debolezze delle stagne definizioni dogmatiche, sconta il difetto dell’incertezza della soglia di rilevanza (in termini di quanti giorni di detenzione o di quale ammontare della sanzione pecuniaria) che dovrebbe far scattare la qualificazione penale. La considerazione e valutazione della “gravità” (intesa come entità, o misura) della sanzione non si rileva quindi, almeno in un buon numero di casi, operazione risolutiva né particolarmente feconda in una prospettiva *construens*, proprio per la carenza di canoni razionali che possano fungere da riferimento oggettivo per “collocare l’asticella” e dunque guidare il giudizio sull’appartenenza o meno di una qualche misura sanzionatoria alla materia penale.

A partire da [Öztürk](#), la Corte europea sembra dunque orientarsi primariamente⁴⁶ «usando come stella polare il *finalismo* della sanzione, ricostruito in termini di ‘dissuasione’ e, al tempo stesso, di ‘repressione’ secondo un modello squisitamente ‘punitivo’⁴⁷: sebbene ogni sanzione possieda un contenuto afflittivo, soltanto in quelle autenticamente “punitive” questo effetto è ricercato o necessario⁴⁸.

2.3. La portata generale degli Engel criteria e la graduazione delle tutele

Con la pronuncia [Jussila](#) del 31 novembre 2006⁴⁹, la Corte europea, nella sua composizione più autorevole, mette fine al tentativo di una parte della giurisprudenza delle singole sezioni

carattere punitivo (cfr. *ivi*, § 53: «*Quant à la règle de droit transgressée par le requérant, elle n’a subi aucun changement de contenu. [...] surtout, le caractère général de la norme et le but, à la fois préventif et répressif, de la sanction suffisent à établir, au regard de l’article 6 (art. 6) de la Convention, la nature pénale de l’infraction litigieuse*»). La decisione appare coraggiosa, considerata la modestia economica della vicenda e del diritto che il ricorrente assumeva violato; del resto, la solidità dei principi e delle connesse garanzie si deve saggiare anche in relazione ai casi meno eclatanti.

⁴⁵ Criterio quantitativo che, proprio in ragione di questa sua natura, risponde – può dirsi – a logiche *flo* (o *fuzzy*): logiche certamente utilissime ed efficaci in molti casi, ma problematiche tutte quelle volte in cui sia invece necessario tracciare una linea di confine tra le fattispecie che, proprio per il fatto di presentare determinate (...e riconoscibili) caratteristiche a tal fine richieste, integrano un certo modello e le fattispecie che, invece, tali caratteristiche non presentano. In Grande Camera, [Jussila c. Finlandia](#), cit., perplessità di tal sorta sono manifestate nell’opinione dissenziente del giudice Loucaides in merito alla decisione di legittimare la possibilità di escludere il diritto di partecipare alle udienze per alcune fattispecie («*Where does one draw the line?*», ci si chiede, evidenziando il fatto che l’incertezza circa la collocazione della linea di demarcazione non potrà che condurre a valutazioni arbitrarie).

⁴⁶ ...e scontando all’occorrenza le difficoltà che – lo si vuol ribadire – anche un simile modo di procedere può comportare.

⁴⁷ Così C.E. PALIERO, ‘*Materia penale*’ cit., 912.

⁴⁸ Così V. MANES, *Profili e confini dell’illecito para-penale*, cit., 995.

⁴⁹ Grande Camera, [Jussila c. Finlandia](#), cit.



di derogare all'uso dei criteri Engel in materia fiscale. In questo ambito, l'ampia estensione assunta dalla nozione di materia penale aveva incontrato una forte resistenza da parte di diversi governi nazionali, 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 all'esigenza di una riscossione dei tributi praticabile, alcune pronunce della Corte avevano adottato una nozione di sanzione penale più ristretta, enfatizzando molto in questo ambito il requisito della significativa afflittività della misura e così escludendo in linea di massima la riconducibilità alla materia penale delle sanzioni fiscali⁵⁰.

È appunto con [Jussila](#) che la *Grande Chambre* rifiuta in maniera decisa l'idea di una *differenziazione dei criteri* per l'individuazione della materia (sostanzialmente) penale *a seconda dei contesti* in cui la controversia si colloca. Chiamando a sostegno i precedenti di Grande Camera [Öztürk](#) e [Ezeh e Connors](#), i giudici europei "difendono" la *portata generale* dei criteri Engel: nessun argomento relativo alla particolare importanza dello specifico interesse perseguito dallo Stato può condurre ad adottare criteri più restrittivi di quelli tradizionali *per stabilire la riconducibilità alla materia penale convenzionale*. I criteri Engel trovano allora, in quanto tali, *eguale applicazione a tutti gli ambiti* della materia (sostanzialmente) penale.

Il punto di compromesso a cui la Corte arriva, a fronte di governi nazionali che (almeno per quanto riguarda la materia fiscale) vedono con particolare sfavore interventi che si traducano in una limitazione della loro potestà punitiva, è quello di riconoscere una *modulazione delle tutele* penalistiche. Ed è qui che sta la novità più significativa ai nostri fini.

Quanto in particolare al giudizio di opposizione, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto che *determinate garanzie processuali* possano essere limitate ad un "nucleo duro" della *matière pénale*, individuato in quelle sanzioni capaci di esprimere un grado significativo di stigma, sul presupposto della possibilità ed opportunità di una *graduazione* delle garanzie parametrata sulla severità della misura sanzionatoria in discussione⁵¹.

⁵⁰ In Corte EDU, [Bendenoun c. Francia](#), cit., § 47, i giudici hanno fatto riferimento a quattro elementi considerati unitariamente per giungere alla conclusione che la sanzione fiscale presentava carattere sostanzialmente penale: *l'applicabilità generale del precetto* a tutti i cittadini; *la finalità di punire una condotta* a scopo deterrente; *la finalità insieme preventiva e repressiva della norma*; *la gravità della sanzione*. In Corte EDU, [Morel c. Francia](#), 3 giugno 2003, malgrado la riconosciuta natura repressiva e preventiva delle maggiorazioni d'imposta del 10%, la Corte ha ritenuto la sovrattassa *non sufficientemente severa* (in termini percentuali e in riferimento all'ammontare complessivo), adottando il "criterio Bendenoun" della «*faible importance*» della sanzione per escluderne la riconduzione alle garanzie dell'art. 6 CEDU nel suo *volet pénal*.

⁵¹ In Grande Camera, [Jussila c. Finlandia](#), cit., § 41, la Corte, pur riconoscendo all'art. 6 CEDU il rango di principio fondamentale e prendendo le mosse dalla consapevolezza che le esigenze del giusto processo debbano essere più rigorose in ambito penale, non esclude tuttavia che, per alcuni procedimenti penali, i tribunali possano ritenere superflua la celebrazione dell'udienza (invero, «*l'obligation de tenir une audience publique n'est pas absolue*»), in specie nei casi che non sollevino questioni di credibilità e che non suscitino controversie in merito ai fatti che avrebbero richiesto un'udienza, e per i quali i tribunali possano pronunciarsi in modo equo e ragionevole sulla base delle conclusioni presentate dalle parti e di altri documenti. Considerato come nel caso *a*



Per le misure non rientranti nel “nocciolo duro” del diritto penale, le garanzie penalistiche dell’art. 6 CEDU non devono necessariamente applicarsi in tutto il loro rigore e, a sostegno di tale statuizione, vengono citati i passaggi delle sentenze [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 in linea con le garanzie dell’art. 6 CEDU⁵².

Il punto di preminente interesse della sentenza è dunque l’appello all’«*hard core of criminal law*», insieme che contiene quelle sanzioni per cui è assolutamente indispensabile il pieno riconoscimento di tutte le garanzie volte ad assicurare un giusto processo in materia penale. L’altra faccia della medaglia è, chiaramente, l’esistenza di illeciti, pure convenzionalmente penali, rispetto ai quali le garanzie dell’art. 6 CEDU possono essere applicate in modo meno rigoroso, alla luce di parametri equitativi.

La consapevolezza dei giudici europei, per cui la riconduzione dell’illecito amministrativo all’area del penale non può essere intesa, in senso rigido, come motivo di trasposizione, in particolare, di tutte le garanzie convenzionali del processo penale al procedimento amministrativo, costituisce il non detto che in [Öztürk](#) stava a fondamento della riconosciuta possibilità, in una prospettiva di rispetto delle scelte di depenalizzazione, che ad applicare le sanzioni amministrative convenzionalmente penali fosse un’autorità non qualificabile come un «tribunale indipendente ed imparziale» ai sensi dell’art. 6 CEDU, a condizione che la successiva ed eventuale fase di impugnazione della sanzione rispettasse le garanzie previste da tale norma⁵³.

L’idea secondo 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 anche alla base di una pronuncia della Grande camera 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 amministrativi⁵⁴.

quo 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, e, in considerazione delle circostanze della vicenda concreta, esse non imponevano la celebrazione dell’udienza (§ 48).

⁵² *Ibidem*.

⁵³ «Ora la possibilità di un trattamento differenziato tra illeciti pur qualificabili tutti come penali secondo i criteri Engel viene affermata *expressis verbis*» scrive L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 54: e la circostanza è, ovviamente, di massimo rilievo.

⁵⁴ Cfr. Grande Camera, [A. e B. c. Norvegia](#), 15 novembre 2016, § 130. «*In particular, for the Court to be satisfied that there is no duplication (“bis”) of trial or punishment as proscribed by Article 4 of Protocol No. 7, the respondent State must demonstrate convincingly that the dual sets of proceedings in question have been sufficiently closely connected in substance and in time. In other words, it must be shown that they have been combined in an integrated manner so as to form a coherent whole*»: il *ne bis in idem* non risulterebbe dunque



La giurisprudenza europea più recente riprende esplicitamente la nozione di «*hard core of criminal law*», ribadendo come al di fuori del ‘nocciolo duro’ del diritto penale le garanzie dell’art. 6 della Convenzione non debbano necessariamente applicarsi in tutto il loro rigore⁵⁵.

Dalla giurisprudenza della Corte EDU emerge, in ultima analisi, come determinate sanzioni debbano essere qualificate come penali a determinati fini, ma possano ricevere una diversa qualificazione – o comunque essere sottoposte a un regime non coincidente con quello tipico della materia penale – ad altri scopi⁵⁶. Tuttavia, ancora tarda ad essere delineata una compiuta e precisa ricostruzione dei termini con cui intendere questa possibilità di non applicare le garanzie convenzionali «*with their full stringency*», così come, a monte, restano tutto sommato poco definiti i criteri per individuare le misure riconducibili, e in modo complementare quelle non riconducibili, a questo nucleo duro del diritto penale.

2.4. La “doppia qualificazione” di determinate sanzioni come indice della debolezza teorica e della natura puramente strumentale dell’intera “dottrina Engel”

Le considerazioni svolte al termine del precedente paragrafo inducono a una breve notazione che verrà ripresa e sviluppata in seguito (in particolare, ma non soltanto, nei paragrafi 8 e 10), ma che vale la pena anticipare.

La circostanza che la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si spinga ormai non di rado, e anzi con una certa frequenza e disinvoltura, a qualificare determinate sanzioni come penali a certi fini al contempo riconoscendo che le stesse sanzioni possano ricevere (o essa stessa assegnando a tali misure) una diversa qualificazione, o comunque un diverso trattamento, ad altri riguardi, sdoganando senza remore un modo di procedere che ha portato giustamente la dottrina a ragionare, in proposito, di “doppia qualificazione”⁵⁷, rappresenta infatti non tanto

violato 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.

⁵⁵ Cfr. Grande Camera, [Vegotex International S.A. c. Belgio](#), 3 novembre 2022, §§ 76 e 122, concernente il regime di «*tax penalties*» previsto nella legislazione belga; Corte EDU, [Chap Ltd c. Armenia](#), 4 maggio 2017, sull’esame dei testimoni; [Segame SA c. Francia](#), 7 giugno 2012, circa l’intervento dell’organo giurisdizionale sull’ammontare delle sanzioni amministrative.

⁵⁶ La dottrina più attenta ha parlato proprio, al riguardo, di “doppia qualificazione”: cfr. F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs legalità ‘convenzionale’?*, [cit.](#), 19 ss.

⁵⁷ Si fa riferimento al lucidissimo e illuminante contributo di Francesco Viganò poc’anzi citato.

In proposito può anche notarsi come altri Autori abbiano tentato, in una prospettiva un po’ diversa, di enucleare un vero e proprio *tertium genus* rispetto alle categorie del “penale” e del “non penale”: cfr. in particolare, in questo senso, A. BAILLEUX, *The fiftieth shade of grey. Competition law, ‘criministrative law’ and ‘fairly fair trials’*, in F. Galli, A. Weyembergh, (a cura di), [Do labels still matter? Blurring boundaries between criminal and administrative law. The influence of the EU](#), Bruxelles, 2014, 137-152, ove si individua il *genus* delle sanzioni punitive ma non penali, per le quali la Corte EDU si accontenterebbe di un processo “abbastanza giusto” («*fairly fair trials*»), ricorrendo all’espressione «*criministrative*»; v. anche, nella dottrina italiana e più di recente,



un indizio quanto una prova lampante e a nostro avviso incontestabile di un dato di tutto rilievo e dal quale sembra ormai indispensabile riprendere le mosse in ogni successiva riflessione sulla “dottrina Engel” (e sulla problematica che essa ha inteso affrontare).

La succitata circostanza, infatti, disvela definitivamente la natura quanto mai *artificiosa e forzata, e puramente strumentale*, di tale dottrina, portando allo scoperto nel modo più pieno ciò che da tempo era iniziato a emergere in modi meno diretti e manifesti, e cioè che essa, lungi dal poggiare su fondamenta teoriche solide e coerenti⁵⁸, si spiega e si giustifica esclusivamente in ragione della finalità schiettamente pratica attraverso di essa perseguita (e, nel contesto della Convenzione, difficilmente perseguibile in altri modi), assumendo un carattere puramente strumentale rispetto a tale finalità. Laddove la finalità, come è divenuto sempre più evidente e finanche ovvio (e come si è finito appunto per ammettere apertamente allorché si è, senza più remore, fatto ricorso a doppie qualificazioni), è quella non solo e non tanto (alla stregua di quelle che plausibilmente potevano essere le intenzioni originarie) di “correggere” macroscopici “errori di etichettatura” dei legislatori nazionali, rei in ipotesi di aver truffaldinamente definito come amministrative sanzioni che nella sostanza presentano

F. BAILO, *Le sanzioni amministrative punitive e uno “statuto costituzionale” in costruens (tra battute d’arresto e rapide accelerate) nel dialogo tra le Corti*, in [Federalismi.it](https://www.federalismi.it), 31/2022, che, sul presupposto che «[l]e sanzioni amministrative punitive» possano considerarsi «un *tertium genus* tra le sanzioni amministrative e quelle penali», si sofferma sulla prospettiva di una progressiva «costruzione di uno “statuto costituzionale” delle sanzioni amministrative punitive».

Si tratta a nostro avviso di tentativi molto interessanti ma a loro volta non privi di aspetti problematici, rischiando, in prima battuta, di ricadere in quello che riteniamo essere l’errore di ricercare (poche e rigide) divisioni categoriali valide *in linea generale* (sia pure con il vantaggio di passare... da due a tre categorie); e per questo, in seconda battuta, di arrivare (paradossalmente) a risultati ricostruttivi più “approssimati” e limitanti di quelli comunque ormai raggiungibili facendo perno sulla sempre più spiccata *funzionalizzazione*, ovvero sulla *relatività teleologica*, della nozione di *matière pénale*.

A supporto di un approccio molto prudente (per non dire diffidente) verso questi e altri “sforzi ricostruttivi omologanti” può richiamarsi nuovamente la molto significativa affermazione con cui la Corte costituzionale, nel passaggio conclusivo della motivazione della [sentenza n. 193 del 2016](#), ha censurato il fatto che il rimettente sollecitasse «una nuova configurazione del complessivo trattamento sanzionatorio di tutti gli illeciti amministrativi, *in un ambito in cui deve riconoscersi al legislatore un ampio margine di libera determinazione*».

⁵⁸ Che i criteri generali elaborati dalla Corte europea per riqualificare in autonomia le sanzioni «non brillano per capacità connotativa: né nella loro versione originaria, fornita da *Engel*, né nelle innumerevoli declinazioni e concretizzazioni dovute alla giurisprudenza successiva», risultando anzi tali macro-criteri «tremendamente vaghi e imprecisi» (senza che «i molteplici tentativi di declinarli in più spendibili sotto-criteri, compiuti da una giurisprudenza ormai quarantennale della Corte EDU», abbiano avuto effetti risolutivi, avendo tale giurisprudenza «prodotto, più che criteri stringenti, dei meri indicatori, o ‘spie’, della natura sostanzialmente punitiva di una di una data misura, che rischia così per essere apprezzata discrezionalmente, con approccio casistico, dalla Corte medesima»), è riconosciuto da F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso* [cit.](#), 4 e 18, ove si prende atto della circostanza che, conseguentemente, «i confini della materia penale – e dunque l’estensione delle garanzie convenzionale riservate al penale – divengono così, almeno in certa misura, *fluidi*, e non sempre riconoscibili *a priori* (prima, cioè, dell’apprezzamento giudiziale nel caso concreto)».



caratteri ed effetti *del tutto* coincidenti con quelle tipiche delle sanzioni penali (come in alcuni casi può certamente essere avvenuto, legittimando senz'altro pienamente, in tali casi, l'impostazione adottata), bensì soprattutto di corredare *altre* sanzioni – oggettivamente non equiparabili (oppure solo *in parte* equiparabili), in sé e per sé, alle sanzioni penali – di un certo (...si fa per dire) insieme di garanzie (variabili a seconda dei casi) che *per diversi motivi* (ritenuti, a torto o a ragione, non altrimenti ancorabili al testo della Convenzione, e da ricercarsi dunque, ove si voglia tentare di individuarne l'origine, in linea di principio altrove) appaiano comunque irrinunciabili.

Obiettivo certamente commendevole, ma che, come si è iniziato a vedere e ancora si vedrà, solo con non piccole controindicazioni ed effetti collaterali sembra perseguibile nei modi che si sono esaminati, e che sarebbe invece (ove ciò non sia davvero impossibile) più correttamente, più coerentemente e anche più efficacemente raggiungibile attraverso percorsi maggiormente lineari, secondo quanto si tenterà di illustrare in successive parti del presente lavoro (soprattutto, ma non solo, negli ultimi paragrafi).

2.5. *La modulazione delle tutele come soddisfacente soluzione*

A fronte di una ricca casistica in cui la Corte ha riconosciuto a sanzioni (formalmente) amministrative il corredo delle garanzie penalistiche del sistema convenzionale, perplessità ed obiezioni sono state sollevate con l'intento di arginare l'opera di equiparazione tra sanzioni penali ed amministrative punitive, onde non disconoscerne le rispettive specificità ed al fine di non vanificare il processo di depenalizzazione iniziato negli anni settanta in vari Stati membri del sistema convenzionale e tuttora in corso. La depenalizzazione, se non meramente "apparente", ove cioè non integri un caso di "truffa delle etichette", e sempre che non si ponga in contrasto con un obbligo di incriminazione (spogliando della talora necessaria tutela penale un diritto o libertà fondamentale di rilievo costituzionale o para-costituzionale), rientra in effetti, con tutta evidenza, nella discrezionale politica criminale dei legislatori nazionali, i quali, con riguardo a ciascuna condotta (che si sia deciso di considerare) illecita, potrebbero ritenere – sulla base di un'analisi delle caratteristiche del bene giuridico colpito e di una valutazione, doverosamente fondata sui canoni di offensività, ragionevolezza e proporzionalità, della gravità e delle modalità della condotta in discussione – che la sanzione amministrativa sia una reazione più consona ed efficace rispetto a quella penale, anche in quanto accompagnata da un procedimento normalmente molto più rapido e assai meno impegnativo (anche economicamente). Rispetto ad illeciti effettivamente suscettibili di depenalizzazione, l'opzione legislativa di mitigazione delle politiche repressive e differenziazione dei sistemi sanzionatori è dunque, come ben noto, un'opzione da accogliere con favore e da preservarsi.

La graduazione delle tutele operata nella sentenza [Jussila](#) pare essere almeno in prima battuta una risposta soddisfacente alle preoccupazioni e alle critiche suscitate dalla prospettiva



di una piena assimilazione tra sanzioni penali ed amministrative, nella misura in cui essa, portando ad applicare le sole garanzie penali che risultino convenzionalmente necessarie e ammettendone un adattamento e un depotenziamento in ragione delle peculiari finalità e caratteristiche della sanzione e del procedimento amministrativo, sembra prestarsi relativamente bene ad un contemperamento tra istanze garantistiche e altri interessi che, per motivi degni di considerazione, meritino di essere preservati.

3. *L'impatto della giurisprudenza europea sulla giurisprudenza costituzionale: l'apertura alla nozione sostanziale di materia penale*

È con le [sentenze n. 348](#) e [349](#) del 2007 che la Corte costituzionale inaugura una nuova stagione (anche) nei rapporti tra materia penale costituzionale e convenzionale, imprimendo così una svolta nell'interpretazione dei confini della materia penale⁵⁹. Grazie al confronto con la giurisprudenza EDU, la Consulta si assesta su posizioni più garantiste, estendendo tutele normalmente ricondotte al solo diritto formalmente penale a sanzioni punitive diversamente qualificate.

Con l'[ordinanza n. 97 del 2009](#) la Corte costituzionale giunge a (ri)qualificare espressamente come sanzione penale una particolare ipotesi di confisca per equivalente, a cui ritiene applicabili le garanzie di cui al c. 2 dell'art. 25 Cost.⁶⁰. Nelle parole della Corte, «a tale conclusione si giunge sulla base 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 CEDU l'applicazione retroattiva di una confisca di beni

⁵⁹ Prima delle note sentenze "gemelle" [n. 348](#) e [349](#) del 2007, la CEDU aveva rappresentato un testo dai nobili e rassicuranti contenuti, del quale la giurisprudenza nazionale faceva però un uso più che altro «citazionale e letterario»: cfr. O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 1/2013, 159 ss., 160. Con le sentenze gemelle, come noto, la Corte costituzionale fornì, facendo perno sul nuovo testo dell'art. 117 primo comma della Costituzione quale risultante dalla riforma costituzionale del 2001, indicazioni fortemente innovative circa il rango delle norme convenzionali (da interpretarsi alla stregua della giurisprudenza della Corte di Strasburgo): se queste, fino a quel momento, «da una parte si muovevano nell'ambito della tutela dei diritti fondamentali delle persone, e quindi integravano l'attuazione di valori e principi fondamentali protetti dalla stessa Costituzione italiana, ma dall'altra mantenevano la veste formale di semplici fonti di grado primario», ora, alla luce della citata modifica del testo costituzionale, vengono senz'altro ad acquisire la funzione di "parametro interposto" nei giudizi di legittimità costituzionale, assumendo, pertanto, una posizione sovraordinata rispetto alla "normale" legislazione ordinaria (cfr. Corte cost., [sent. 348 del 2007](#), p. 4.3).

⁶⁰ Il tema era quello della legittimità dell'estensione dell'applicazione della nuova ipotesi di confisca per i reati tributari introdotta dalla l. 244/2007 anche a fatti commessi prima della sua entrata in vigore.



riconducibile proprio ad un'ipotesi di confisca per equivalente (Corte europea dei diritti dell'uomo, sentenza n. 307A/1995, [Welch v. Regno Unito](#))»⁶¹.

Nella successiva [sentenza n. 196 del 2010](#), la Corte costituzionale sottolinea «la necessità, a fronte di ogni reazione ad un fatto criminoso che il legislatore qualifichi in termini di misura di sicurezza, di un controllo in ordine alla sua corrispondenza non solo nominale, ma anche contenutistica, alla natura spiccatamente preventiva di detti strumenti»⁶² e afferma un principio di diritto dalle potenziali conseguenze applicative amplissime: «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla *medesima disciplina della sanzione penale* in senso stretto»⁶³. Rimane dubbio se la Corte intendesse riferirsi al solo (e intero) corredo delle garanzie *convenzionali* della sanzione penale o anche a quello (non in tutto coincidente) delle *garanzie costituzionali*; dovrà attendersi il 2017 prima che la Consulta circostanzi questa affermazione, specificando che «ciò che per la giurisprudenza europea ha natura 'penale' deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la 'materia penale'»⁶⁴.

La Corte costituzionale ha riproposto il ragionamento della pronuncia del 2010 nella [sentenza n. 104 del 2014](#), in cui è stato dichiarato incostituzionale – per violazione dell'art. 25, secondo comma, Cost.⁶⁵ – l'art. 18, l. reg. Valle d'Aosta n. 5 del 2013, nella parte in cui stabiliva che le sanzioni amministrative regionali ivi previste si applicassero anche ai procedimenti in corso alla data della sua entrata in vigore⁶⁶.

Quanto ai criteri adoperati nelle sentenze da ultimo richiamate per estendere la portata delle garanzie di cui all'art. 25 Cost. oltre i confini della materia penale in senso stretto, la Corte si è riferita a misure che abbiano *carattere afflittivo-punitivo*, perseguendo una finalità non preventiva, ma sanzionatoria.

⁶¹ Ultimo snodo argomentativo dell'ordinanza della Corte costituzionale [n. 97 del 2009](#), corsivi aggiunti.

⁶² Cfr. Corte cost., [sent. 196 del 2010](#), p. 3.1.3.

⁶³ *Ivi*, p. 3.1.5.

⁶⁴ Cfr. Corte cost., [sent. 43 del 2017](#), p. 3.4. V., diffusamente, il § *infra*.

⁶⁵ Senza invece prendere in considerazione nel merito la censura formulata in relazione all'art. 117, primo comma, Cost. (con riferimento all'art. 7 CEDU), perché «tale parametro risulta meramente evocato dal ricorrente il quale non ha tuttavia in alcun modo motivato la censura (*ex plurimis*, [sentenza n. 272 del 2013](#))» (Corte cost., [sent. 104 del 2014](#), p. 7.1).

⁶⁶ La Consulta censura la previsione della retroattività delle sanzioni amministrative punitive in termini generali, non calibrando invero le argomentazioni sulle specifiche sanzioni del giudizio *a quo* (in materia di SCIA). Cfr. Corte cost., [sent. 104 del 2014](#), p. 7.2.



3.1. *La coesistenza della nozione costituzionale e della nozione convenzionale di matière pénale*

Nel corso del 2017 la Corte costituzionale, pronunciandosi sui confini da attribuire alla nozione di materia penale, esprime un indirizzo volto alla coesistenza di un'accezione convenzionale di materia penale, che porta con sé le garanzie che la CEDU prevede per la stessa, e un'accezione costituzionale, da cui discende l'applicazione anche delle tutele di rilievo esclusivamente interno.

Nella [sentenza n. 43 del 2017](#), la Corte si è confrontata con la denunciata illegittimità costituzionale dell'art. 30, c. 4, della l. 87 del 1953⁶⁷, il quale, secondo il giudice rimettente, nell'escludere la propria applicabilità alle sentenze irrevocabili con le quali sia stata inflitta una sanzione amministrativa qualificabile come penale ai sensi della CEDU, si porrebbe in contrasto con gli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 della CEDU. La Consulta – nel motivare la propria decisione di rigetto della questione posta – ha affermato nettamente come «l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale in virtù dei menzionati criteri [Engel] trascina, dunque, con sé *tutte e soltanto* le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo»⁶⁸. Rimane, invece, nel margine di apprezzamento di ciascuno Stato la definizione del perimetro applicativo delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale: «solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna»⁶⁹.

La Corte costituzionale conferma e sviluppa tale posizione nella [pronuncia n. 68 del 2017](#). In questa ulteriore occasione, la Consulta ha deciso una serie articolata di questioni di legittimità costituzionale in materia di confisca per equivalente sollevate dalla Corte di cassazione⁷⁰. La Corte ha precisato che è erroneo il convincimento secondo cui l'attribuzione di una garanzia propria della pena implichi l'attrazione piena di una certa misura sanzionatoria nel campo del diritto penale, con riferimento non soltanto a tale forma di tutela ma anche a

⁶⁷ «Quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali»: con tale previsione, il legislatore ha inteso configurare una ipotesi del tutto eccezionale di cedevolezza del giudicato, limitandone l'operatività alla sola materia penale, per come definita a livello formale. La stessa disposizione sarà oggetto, come vedremo, di una più recente decisione di accoglimento parziale, nei peculiari termini che si andranno a illustrare.

⁶⁸ Cfr. Corte cost., [sent. 43 del 2017](#), p. 3.4.

⁶⁹ *Ibidem*.

⁷⁰ Con la l. 62/2005, il legislatore ha previsto che in caso di condanna per un illecito amministrativo sanzionato dal TUF, ove non sia possibile confiscare il prodotto o il profitto dell'illecito e i beni utilizzati per commetterlo, sia disposta la confisca di somme di denaro, beni o oltre utilità di valore equivalente; e, in particolare, ha stabilito che la confisca in parola possa essere applicata anche alle violazioni commesse anteriormente all'entrata in vigore della legge, salvo che il relativo procedimento penale non sia già stato definitivamente chiuso.



qualsiasi altro effetto⁷¹. Ove si ragionasse nel senso di estendere alle sanzioni amministrative tutte le garanzie previste a livello interno per la materia penale, si finirebbe per conculcare l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale, rispondente al principio costituzionale di sussidiarietà, «per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima *ratio*, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire»⁷².

Nell'ultimo importante pronunciamento del tritico del 2017, la [sentenza n. 109](#), la Corte ha ribadito con solennità che il ricorso ai criteri Engel deve unicamente servire per estendere alle misure sostanzialmente penali le «sole garanzie convenzionali, come elaborate dalla Corte di Strasburgo per la *matière pénale*»⁷³. Riprendendo alcuni importanti rilievi della [sentenza n. 43 del 2017](#), la Corte ha quindi nuovamente escluso la correttezza dell'assunto secondo cui «l'illecito amministrativo, che il legislatore distingue con ampia discrezionalità dal reato, appena sia tale da corrispondere, in forza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ai criteri Engel di qualificazione della 'pena', subirebbe l'attrazione del diritto penale dello Stato aderente, con conseguente saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo»⁷⁴.

Per quanto riguarda, specificamente, il principio della riserva assoluta di legge statale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., la Consulta afferma che esso non si estende alle sanzioni amministrative, le quali ben possono essere disposte dalla regione e rinviare – nel rispetto della riserva di legge relativa di cui all'art. 23 Cost. – ad atti sublegislativi ai fini dell'integrazione del precetto⁷⁵.

⁷¹ Cfr. Corte cost., [sent. 68 del 2017](#), p. 7.

⁷² «Tale principio, che si pone alla base delle scelte di politica criminale operate dal legislatore, si coniuga armonicamente, del resto, con lo sviluppo della giurisprudenza europea sull'autonomia dei criteri di valutazione della natura penale di una sanzione, ai fini dell'estensione delle garanzie offerte dall'art. 7 della CEDU, rispetto alla qualificazione che l'ordinamento nazionale offre della medesima sanzione»: cfr. Corte cost., [sent. 68 del 2017](#), p. 6.1. Anche la giurisprudenza di merito sembra aver raggiunto analoghi approdi interpretativi. La sentenza del Tribunale di Roma, sez. VIII pen., n. 6298 del 2017, richiamando proprio la sentenza della Corte costituzionale [n. 68 del 2017](#), afferma che «la qualificazione in termini sostanzialmente penali, estensiva di garanzie proprie della pena, non implica l'inclusione di una certa misura sanzionatoria nel campo del diritto penale a qualsiasi altro effetto, fermo restando l'obbligo, discendente dall'art. 117, primo comma, Cost., di estendere alla 'pena', ai sensi dell'art. 7 CEDU, tutte le tutele previste dalla Convenzione, e quelle soltanto».

⁷³ Cfr. Corte cost., [sent. 109 del 2017](#), p. 3.1. Su tale sentenza e sulle questioni di fondo da essa sollevate cfr. I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, in [Diritto Penale Contemporaneo](#), 4/2017, 172 ss. e F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, [ibidem](#), 5/2017, 330 ss.

⁷⁴ *Ivi*.

⁷⁵ Cfr. Corte cost., [sentt. 134 del 2019](#); [5 del 2021](#).



Medesima conclusione per quanto riguarda i principi enucleabili dall'art. 27 Cost.: anch'essi riguardano unicamente le sanzioni *stricto sensu* penali⁷⁶. Tali principi – «a cominciare dalla necessaria funzione rieducativa della pena – appaiono infatti strettamente connessi alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale»⁷⁷.

Molte delle garanzie del processo penale di cui all'art. 111 Cost. possono poi trovare piena e integrale applicazione solo all'interno del processo penale in senso formale: ad oggi, la Corte costituzionale non si è ancora espressa sulla questione generale dell'estensione a procedimenti formalmente non penali di garanzie riconosciute specificamente per il processo penale all'art. 111 co. 3, 4 e 5 Cost.⁷⁸.

Tirando le fila, già dalle sentenze fin qui richiamate emerge come gli sviluppi delle nozioni di materia penale nell'ordinamento nazionale e di *matière pénale* convenzionale si siano mossi nella direzione della sostanziale costruzione di un modello teorico e di schemi operativi protesi alla coesistenza delle rispettive garanzie, ciascuna con le proprie peculiari caratteristiche strutturali e il proprio perimetro applicativo.

4. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale circa le garanzie riconducibili alle sanzioni punitive-afflittive

La lettura combinata delle garanzie costituzionali e convenzionali ad opera della giurisprudenza costituzionale restituisce un chiaro favore verso l'estensione dell'ambito applicativo di alcune garanzie penalistiche previste (anche) a livello convenzionale: in particolare la sufficiente precisione del precetto sanzionato⁷⁹, l'irretroattività delle modifiche

⁷⁶ La questione inizia a porsi già negli anni Sessanta (cfr. Corte cost., [sentt. 23 del 1964](#) e [68 del 1967](#)). La posizione granitica che nega l'applicabilità dell'art. 27 Cost. alle sanzioni non penali non muta nel tempo: cfr. Corte cost., [sent. 168 del 1972](#), [19 del 1974](#); [ordd. 420 del 1987](#), [421 del 1987](#), [502 del 1987](#), [541 del 1988](#); [sent. 487 del 1989](#); [ordd. 159 del 1994](#), [369 del 1999](#), [226 del 2004](#); [sent. 27 del 2005](#); [ordd. 434 del 2007](#), [125 del 2008](#); [sent. 118 del 2011](#); [ord. 169 del 2013](#); [sent. 281 del 2013](#).

⁷⁷ Logica attorno alla quale è stato costruito il sistema sanzionatorio penale, e che resta sullo sfondo anche nell'ipotesi in cui vengano irrogate pene di natura diversa, quale rimedio di ultima istanza in caso di inadempimento degli obblighi da esse derivanti. Cfr. Corte cost., [sent. 112 del 2019](#), p. 8.2.1.

⁷⁸ «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 procedurali»: così L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., spec. 248.

⁷⁹ Cfr. Corte cost., [sentt. 121 del 2018](#); [78 del 1967](#).



sanzionatorie *in peius*⁸⁰, nonché – almeno in linea di principio, essendo qui la questione oggettivamente più complessa – la retroattività delle modiche sanzionatorie *in mitius*⁸¹.

Nella [sentenza n. 121 del 2018](#), la Corte costituzionale afferma che è corollario del principio di legalità che le norme sanzionatorie aventi carattere punitivo-afflittivo debbano rispondere al principio di determinatezza ed osserva come i connessi principi di legalità, accessibilità e prevedibilità della sanzione avente carattere punitivo-afflittivo – qualunque sia il *nomen* ad essa attribuito dall'ordinamento – rappresentino un «patrimonio derivato non soltanto dai principi costituzionali, ma anche da quelli del diritto convenzionale e sovranazionale europeo, in base ai quali è illegittimo sanzionare comportamenti posti in essere da soggetti che non siano stati messi in condizione di 'conoscere', in tutte le sue dimensioni tipizzate, la illiceità della condotta omissiva o commissiva concretamente realizzata»⁸². Si riconosce dunque l'esigenza costituzionale, nonché convenzionale e sovranazionale, che le sanzioni amministrative punitive rispondano al principio di determinatezza e, quindi, garantiscano ai propri destinatari la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle relative conseguenze afflittive, in caso di sua violazione.

Degna di nota anche la [sentenza n. 63 del 2019](#), con cui la Corte costituzionale, alla luce di una lettura integrata degli artt. 3 e 117 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, ha esteso la gittata del principio di retroattività della *lex mitior* alle sanzioni amministrative punitive di cui agli artt. 187-bis (abuso di informazioni privilegiate) e 187-ter (manipolazione del mercato) TUF.

In generale, i ragionamenti del nostro giudice delle leggi appaiono sempre più vicini agli schemi argomentativi delle Corti europee, caratterizzati da quell'approccio sostanzialistico proteso al superamento della «perimetrazione formalistica»⁸³ operata dal legislatore, così che dalle recenti decisioni della Corte costituzionale emerge una linea di tendenza nel senso della progressiva – benché non generalizzata – estensione alle sanzioni punitive formalmente extra-penali delle garanzie tradizionalmente riservate alla materia penale.

Il motivo ricorrente nelle pieghe delle pronunce del 2017⁸⁴, che sottolineavano la non necessaria coincidenza tra le garanzie convenzionali della materia penale e lo «statuto costituzionale» sostanziale delle sanzioni penali⁸⁵, sembra sfumarsi a favore di una valorizzazione della *visione di insieme* delle garanzie che debbano riconoscersi alle sanzioni punitive, garanzie delle quali i giudici costituzionali sottolineano spesso il comune portato, a prescindere dalla loro matrice.

⁸⁰ Cfr. Corte cost., [sentt. 96 del 2020](#); [223 del 2018](#); [68 del 2017](#); [276 del 2016](#); [104 del 2014](#); [196 del 2010](#).

⁸¹ Cfr. Corte cost., [sent. 63 del 2019](#).

⁸² Cfr. Corte cost., [sent. 121 del 2018](#), p. 15.3.

⁸³ Così M. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima e il principio di legalità costituzionale della pena*, in [Sistema Penale](#), 20 aprile 2021, par. 5.

⁸⁴ V. *supra*.

⁸⁵ Cfr. Corte cost., [sent. 68 del 2021](#), p. 7.



Il contributo fornito dalla Corte europea alla riqualificazione delle sanzioni amministrative in senso sostanzialmente penale ha del resto favorito un *autonomo* controllo di tali sanzioni ad opera della Consulta. Nella [sentenza n. 68 del 2021](#), che sarà presa ampiamente in esame nei prossimi paragrafi⁸⁶, la Corte costituzionale mostra una propensione all'estensione di garanzie tipicamente penali a misure extra-penali *sulla base di parametri costituzionali interni*, secondo un modo di ragionare che, significativamente, tende a ruotare intorno all'art. 3 Cost.

5. *L'estensione di una garanzia penalistica "interna" a una sanzione amministrativa nella sentenza n. 68 del 2021*

Con la [sentenza n. 68 del 2021](#), la Corte costituzionale supera un «tabù ordinamentale», riconoscendo la tangibilità del giudicato applicativo di una sanzione (formalmente) amministrativa dichiarata costituzionalmente illegittima⁸⁷.

Il rimettente – in qualità di giudice dell'esecuzione – era chiamato a pronunciarsi in merito all'istanza di eliminazione della sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida che era stata irrogata in via definitiva, ai sensi dell'art. 222, c. 2, cod. della strada, all'esito di un procedimento penale per il delitto di omicidio stradale ex art. 589 c.p.; sanzione che – successivamente all'irrogazione – era stata interessata da una declaratoria di incostituzionalità nella [sentenza n. 88 del 2019](#)⁸⁸.

Il giudice delle leggi viene chiamato a decidere della compatibilità dell'art. 30 c. 4 della l. 87/1953 con plurimi parametri costituzionali – gli artt. 3, 25 c. 2, 35, 41, 117 c. 1 (in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU) e 136 Cost. – «nella parte in cui la disposizione stessa non è applicabile alle sanzioni amministrative che assumano natura sostanzialmente penale ai sensi della Convenzione EDU»⁸⁹.

Il Tribunale di Milano ha dunque riproposto una questione di costituzionalità relativa all'art. 30, c. 4, della legge n. 87 del 1953, in modo simile (ma non del tutto assimilabile) a quanto era infruttuosamente avvenuto in passato, invitando i giudici delle leggi a rivedere le conclusioni

⁸⁶ V. i successivi paragrafi 5-5.2.

⁸⁷ Così M. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima cit.*, 1.

⁸⁸ Con la [sentenza n. 88 del 2019](#), la Corte ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 222, c. 2, quarto periodo, del d. lgs. 285/1992 (cod. della strada), nella parte in cui non prevede che, in caso di condanna, ovvero di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 c.p.p., per i reati di cui agli artt. 589-bis e 590-bis c.p., il giudice possa disporre, in alternativa alla revoca della patente di guida, la sospensione della stessa ai sensi del secondo e terzo periodo dello stesso c. 2 dell'art. 222 cod. strada allorché non ricorra alcuna delle circostanze aggravanti previste dai rispettivi commi secondo e terzo degli artt. 589-bis e 590-bis c.p.

⁸⁹ Cfr. Gip Trib. Milano, ord. del 4 febbraio 2020.



a cui erano pervenuti nel 2017⁹⁰ alla luce anche dei mutamenti giurisprudenziali intervenuti successivamente alla [sentenza della Corte costituzionale n. 43](#).

La Corte conclude per l'illegittimità costituzionale dell'art. 30 c. 4 della l. 87/1953, «*in quanto interpretato nel senso che la disposizione non si applica in relazione alla sanzione amministrativa accessoria della revoca della patente di guida, disposta con sentenza irrevocabile ai sensi dell'art. 222, comma 2, cod. strada*»⁹¹.

La tecnica decisoria dell'accoglimento non testuale della [pronuncia n. 68 del 2021](#) non chiarisce (almeno non in modo diretto, immediato e incontrovertibile) se la Corte abbia implicitamente accolto l'idea che la generalità delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali debbano godere del medesimo regime delle sanzioni penali per quanto concerne l'apertura del giudicato a seguito di sentenza di incostituzionalità o se ciò allo stato attuale sia stato ritenuto necessario esclusivamente con riguardo alla specifica sanzione (accessoria) della revoca della patente, sottoposta all'attenzione della Consulta. Circa l'estensione delle conseguenze applicative del *dictum* della Corte costituzionale sono dunque derivate in dottrina, complice la complessità argomentativa della sentenza, diverse interpretazioni⁹².

A nostro avviso, l'operazione di sostanziale ridimensionamento e delimitazione, ad opera della Corte, del *petitum* (cfr. in particolare il p. 5 del cons. in diritto) e, conseguentemente, del *decisum* alla particolare sanzione della revoca della patente non può considerarsi casuale (né imposta da altre ragioni) e deve anzi ricollegarsi proprio alle prospettive di impatto della sentenza, inserendosi idealmente in un quadro di modulabilità (e dunque di rigetto di automatismi e generalizzazioni) del regime – anche rispetto allo specifico problema della loro sorte *post-iudicatum* – di altre sanzioni amministrative punitive⁹³.

⁹⁰ Cfr. Corte cost., [sent. 43 del 2017](#), in relazione ad una sanzione amministrativa pecuniaria in materia giuslavoristica. La Corte si pronunciava a seguito di un incidente di costituzionalità sollevato nell'ambito di un giudizio di opposizione all'esecuzione di cartelle esattoriali per il pagamento di una sanzione applicata con sentenza irrevocabile sulla base di una norma dichiarata poi costituzionalmente illegittima per eccesso di delega (con conseguente reviviscenza delle più miti sanzioni amministrative previste dalla normativa anteriore), dichiarando non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 30, c. 4, l. 87/1953: la Consulta sottolineò l'assenza di una specifica garanzia convenzionale avente ad oggetto la revoca del giudicato e della sanzione illegittima, rientrando questa scelta nel margine di apprezzamento dello Stato; si faceva anche leva sulla peculiarità delle sanzioni amministrative, che sono prive, a differenza di quelle penali, di una fase esecutiva con controllo giurisdizionale della legalità della misura punitiva irrogata.

⁹¹ Cfr. Corte cost., [sent. 68 del 2021](#), p. 8, corsivi aggiunti.

⁹² Che, per ragioni di spazio, non si staranno qui a ripercorrere. Nel paragrafo 5.2. si proporrà la nostra soluzione interpretativa.

⁹³ Cfr. in quest'ordine di idee (e pur con valutazioni parzialmente critiche) la densa e molto stimolante analisi di V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l'assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, in [Nomos](#), 2/2021, 9.



Stante la rilevanza squisitamente costituzionale – e non anche convenzionale – di tale garanzia della materia penale⁹⁴, sorge un particolare interesse intorno alle ragioni che hanno determinato l'estensione della garanzia.

5.1. *Lo sviluppo argomentativo della sentenza*

La Corte costituzionale ripensa il suo precedente orientamento, ritenendo che non si possa negare la connotazione sostanzialmente punitiva della sanzione in esame⁹⁵. Nel fare ciò, richiama la giurisprudenza di Strasburgo (in verità risalente e quindi, di per sé, non una novità) sulla natura penale del ritiro o anche solo della sospensione della patente, come pure del divieto di condurre veicoli a motore, disposti a seguito dell'accertamento di infrazioni connesse alla circolazione stradale⁹⁶.

Il giudice delle leggi rileva poi come alla revoca della patente *ex art. 222, c. 2, cod. della strada* siano da attribuirsi connotati punitivi anche «in una prospettiva meramente “interna”», alla luce della «carica afflittiva particolarmente elevata» di tale misura⁹⁷. La Corte costituzionale si orienta così a censurare la qualifica di sanzione amministrativa, *per sostanziale aggiramento dell'art. 25 e violazione dell'art. 3*; dunque senza alcun richiamo all'art. 117 e ai vincoli europei, ma appunto solo per esigenze costituzionali interne (usando al più i criteri Engel solo come elementi ispirativi per valutazioni tutte proprie).

⁹⁴ Cfr. Corte cost., [sent. 68 del 2021](#), p. 2.3.

⁹⁵ Cfr. Corte cost., [sent. 68 del 2021](#), p. 6: «Non poter condurre veicoli per cinque anni può rappresentare – specie per un soggetto che, come il ricorrente nel giudizio *a quo*, esercita l'attività di autotrasportatore – una sanzione, in concreto, più temibile della stessa pena principale di un anno e sei mesi di reclusione, condizionalmente sospesa, che gli è stata inflitta per il reato commesso». Nella [sentenza n. 88 del 2019](#), invece, la revoca della patente era qualificata «misura preventiva» (p. 19). La natura afflittiva era stata anche esclusa nella [sentenza n. 22 del 2018](#): «la revoca della patente, nei casi previsti dall'art. 120 in esame, non ha natura sanzionatoria, né costituisce conseguenza accessoria della violazione di una disposizione in tema di circolazione stradale, ma rappresenta la constatazione dell'insussistenza (sopravvenuta) dei “requisiti morali” prescritti per il conseguimento di quel titolo di abilitazione».

⁹⁶ I giudici europei hanno posto in evidenza come sia «incontestabile che il diritto di condurre un veicolo a motore si rivela di grande utilità per la vita corrente e l'esercizio di una attività professionale», così che anche se la misura è considerata dal diritto interno come una misura amministrativa preventiva non appartenente alla materia penale, è giocoforza constatare il suo carattere punitivo e dissuasivo. Allora, il soggetto sanzionato ha diritto a che la misura punitiva venga riesaminata da un tribunale indipendente e imparziale stabilito per legge. Di conseguenza, diversi Stati membri sono stati condannati in casi in cui la legislazione relativa alla circolazione stradale precludeva un controllo giudiziario sulla legalità della sanzione irrogata. Cfr. Corte EDU, [Varadinov c. Bulgaria](#), 5 ottobre 2017; [Wagner c. Lussemburgo](#), 6 ottobre 2011.

⁹⁷ E della «spiccata capacità dissuasiva» della sanzione *de qua* (cfr. Corte cost., [sent. 68 del 2021](#), p. 6, corsivi aggiunti). Quest'ultimo indicatore appare però molto fragile: da esso si potrebbe infatti inferire che le sanzioni amministrative dovrebbero essere poco dissuasive per poter essere considerate tali... conclusione chiaramente assurda.



Va sottolineato positivamente il fatto che il giudice delle leggi abbia fornito un proprio autonomo contributo alla ridefinizione in senso penalistico di una sanzione amministrativo-punitiva enfatizzandone soprattutto la componente *afflittiva*, anche alla luce dei riflessi sulla vita personale e lavorativa della persona sanzionata; laddove la Corte EDU, in alcuni casi, ha affermato la natura penale di sanzioni pecuniarie di limitatissima portata afflittiva valorizzandone invece all'estremo, come si è visto, la ritenuta finalità "*punitiva*"⁹⁸.

Il tentativo della Corte costituzionale di affrancarsi, almeno in parte, dai criteri convenzionali (e ancor più, si direbbe, dal modo di utilizzarli) pare del resto rispondere anche ad un'esigenza di coerenza, se si considera che la stessa Corte aveva negato che i criteri Engel potessero essere meccanicamente utilizzati per estendere lo statuto penalistico "nazionale" al di fuori della materia formalmente penale⁹⁹.

Ove si concordi sul fatto che non si possa continuare ad applicare la sanzione punitiva quando il fatto non sia più previsto come illecito, o ad applicarla in misura più rigorosa di quella consentita da una legge mitigatrice sopravvenuta, dovrà «a maggior ragione» escludersi – in parallelismo rispetto alle sanzioni propriamente penali – che «taluno debba continuare a scontare una sanzione amministrativo-punitiva inflittagli in base ad una norma dichiarata costituzionalmente illegittima», trattandosi di una situazione certamente più grave di quella connessa ad un «semplice "ripensamento" [...] del legislatore», in quanto manifestazione di un «vizio genetico» della norma di riferimento¹⁰⁰. L'assimilazione è imposta da un'esigenza di ragionevolezza fondata sull'art. 3 Cost., tutta interna all'ordinamento nazionale: una volta esteso alle sanzioni amministrativo-punitive il regime di retroattività favorevole proprio di quelle penali, si rende *a fortiori* necessario equiparare le prime alle seconde sul più delicato fronte della legalità costituzionale.

Nelle parole della Corte, «l'esigenza che la pena risulti conforme a Costituzione lungo tutto il corso della sua esecuzione prevale sulle esigenze di certezza e di stabilità dei rapporti giuridici, a cui presidio è posto l'istituto del giudicato. L'esito del bilanciamento tra i contrapposti valori non può, peraltro, ribaltarsi per le sanzioni amministrative a connotazione punitiva»¹⁰¹.

Ancora sul piano della ragionevolezza, la Corte osserva che, mentre *in astratto* la sanzione formalmente penale appare sempre di maggior gravità – per i riflessi quantomeno potenziali sulla libertà personale e per la stigmatizzazione che ne derivano –, ponendo a raffronto le *situazioni concrete*, ben può risultare più afflittiva una sanzione amministrativa, anche in ragione dell'inoperatività di quegli istituti che della sanzione penale potrebbero evitare

⁹⁸ Cfr., Grande camera, [Öztürk c. Germania](#), cit., e Corte EDU, [Nykanen c. Finlandia](#), 20 maggio 2014, § 40.

⁹⁹ Cfr., in part., C. cost., [sent. 109 del 2017](#).

¹⁰⁰ Cfr. Corte cost., [sent. 68 del 2021](#), p. 7.

¹⁰¹ *Ibidem*.



l'effettiva esecuzione (come la sospensione condizionale)¹⁰². Invero, «non appare costituzionalmente tollerabile» che taluno debba rimanere soggetto più a lungo ad una sanzione inibitoria della guida di veicoli a motore, inflittagli in base a una norma dichiarata incostituzionale «all'indomani del passaggio in giudicato» della condanna, laddove «il condannato a una, anche modesta, pena pecuniaria, potrebbe giovare, finché non è eseguita, della sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale che ne mitighi l'importo»¹⁰³.

5.2. Le diverse letture e le possibili implicazioni della pronuncia

Tanto alcuni argomenti utilizzati dalla Corte nel rideterminare il *petitum*, quanto il ricorso ad un dispositivo interpretativo di accoglimento hanno suscitato in dottrina qualche perplessità, sebbene – come è stato ben evidenziato – sia possibile individuare solide e largamente condivisibili ragioni alla base del modo di procedere della Corte¹⁰⁴.

In effetti, se alla luce di un siffatto dispositivo sarà difficile negare all'art. 30, c. 4, l. 87/1953 ulteriori potenzialità interpretative, sugli attuali confini di queste ultime occorre riflettere attentamente, in ragione dei limiti invalicabili opposti dalla *littera legis* – a fronte della ribadita natura eccezionale della disposizione, che ne preclude in radice l'applicazione analogica¹⁰⁵ –,

¹⁰² Proprio su tali basi, il giudice delle leggi ha in più occasioni affermato come, a fronte di interventi di depenalizzazione, debba escludersi che la degradazione di un illecito penale ad illecito amministrativo renda di per sé di maggior favore il trattamento sanzionatorio, dovendosi piuttosto individuare «in concreto» il «regime complessivamente più favorevole per la persona, avuto riguardo a tutte le caratteristiche del caso specifico». Cfr. C. cost., [sentt. 68 del 2017](#); [223 del 2018](#); [96 del 2020](#). Il punto è di particolare rilievo, per ragioni su cui si tornerà nell'ultimo paragrafo (v. spec. la nota 164).

¹⁰³ Cfr. Corte cost., [sent. 68 del 2021](#), p. 7.

¹⁰⁴ In proposito si vedano la puntuale ricostruzione e le acute riflessioni di I. PELLIZZONE, *Afflittività della sanzione amministrativa punitiva dichiarata incostituzionale e legalità costituzionale della pena: prime prove per un'applicazione costituzionale della "frode delle etichette"*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2/2021, 697 ss.

¹⁰⁵ La natura eccezionale della disposizione sembra discendere, oltre e prima ancora che dal suo rapporto (comunemente ritenuto di tipo derogatorio) con quanto previsto dal comma precedente del medesimo articolo (profilo, questo, che in dottrina si è autorevolmente tentato di mettere in discussione: cfr. F. MODUGNO, *Giudicato e funzione legislativa. Introduzione*, in *Giur. It.*, 2009, 2815 ss. spec. 2818, seguito, sulla stessa linea, da V. GIANNELLI, *Sanzioni amministrative, res iudicata e incostituzionalità della legge applicata dal giudice*, in *Rivista AIC*, 1/2018, spec. 16 ss.), dal carattere di «principio generale» (ai sensi dell'art. 14 delle «preleggi») doverosamente riconoscibile al valore della stabilità del giudicato: indicative, in tal senso, appaiono le tortuose vicende che, solo in virtù del ricorso a espedienti molto particolari o, appunto, attraverso l'intervento additivo della Consulta, hanno condotto al progressivo (ma sempre circoscritto e tendenzialmente ben delimitato) superamento giurisprudenziale, prima che legislativo (ad opera della c.d. riforma Cartabia), di tale «dogma» – in particolare con la sent. [Corte cost. n. 113 del 2011](#) – a fronte di stringenti necessità collegate all'esecuzione di sentenze della Corte EDU (per una ragionata ricostruzione dell'intera tematica cfr., volendo, V. SCIARABBA, *Il giudicato e la CEDU. Profili di diritto costituzionale, internazionale e comparato*, Padova, 2012).



ma anche per la pericolosità del lasciare in ipotesi al giudice comune il compito di intervenire su un tema così delicato quale l'individuazione dei casi di possibile superamento del giudicato, con decisioni aventi necessariamente effetti solo "inter partes", e dunque con il rischio che si determinino delle disparità di trattamento¹⁰⁶.

Sarebbe del resto paradossale o comunque poco lineare che il giudice delle leggi, essendo in ipotesi intenzionato a riconoscere una generalizzata applicazione dell'art. 30, c. 4, l. 87/1953 a tutte le sanzioni amministrative sostanzialmente penali secondo i criteri Engel, abbia nondimeno optato per un dispositivo incentrato sulla sola sanzione ex art. 222, c. 2, cod. della strada, anziché seguire la via maestra indicata (nel dispositivo dell'ordinanza di rimessione) dal rimettente; strada che, per quanto discutibile sotto il profilo dell'enorme discrezionalità che ne sarebbe derivata in capo ai giudici comuni, avrebbe almeno avuto il pregio della chiarezza.

L'accorto intervento delimitativo del *petitum* pare una soluzione saggiamente orientata alla cautela; una delimitazione che, in qualche misura, sembra evocare una preoccupazione già emersa in precedenti pronunce (e alla quale si è già fatto cenno): quella di rischiare di introdurre «una nuova configurazione del complessivo trattamento sanzionatorio di tutti gli illeciti amministrativi, in un ambito in cui deve riconoscersi al legislatore un ampio margine di libera determinazione»¹⁰⁷.

Su un piano più generale, la sentenza in esame sembra potersi meglio comprendere alla luce del peculiare ruolo che la Consulta è chiamata a svolgere: interprete ultimo della Costituzione ma anche "moderatore" dei rapporti tra ordinamento interno e ordinamento internazionale (o, per quanto qui interessa, sistemi sovranazionali). E, in questa prospettiva, sembra innegabile che la Corte costituzionale sia il giudice più titolato e più attrezzato per compiere i delicati bilanciamenti tra esigenze politico-statuali (sulla base delle quali il legislatore può aver ritenuto opportuna la veste del diritto amministrativo per una determinata sanzione) ed esigenze giuridiche di diretta o indiretta matrice costituzionale (tali da imporre che quella specifica sanzione sia all'occorrenza equiparata – per certi aspetti – ad una pena in senso stretto); così come sembra innegabile che, in linea di massima, le sue decisioni, necessariamente improntate a una visione d'insieme o "sistemica" e al rispetto del principio di uguaglianza-ragionevolezza, siano quelle che maggiormente si premurano di essere "sostenibili" per l'intero ordinamento, potendo tra l'altro assicurare – più di qualsiasi altra – l'uniformità e la certezza del diritto.

Ciò considerato, appare pienamente comprensibile ed accettabile che la portata della sentenza sia limitata alla sanzione della revoca della patente, e che la Corte si sia riservata il compito di tornare a valutare l'opportunità dell'integrazione, caso per caso (a seconda delle specifiche caratteristiche delle misure sottoposte al suo vaglio), dell'elenco delle sanzioni

¹⁰⁶ Cfr. al riguardo le considerazioni di I. PELLIZONE, *Afflittività della sanzione amministrativa punitiva dichiarata incostituzionale e legalità costituzionale della pena* cit., spec. 704-705.

¹⁰⁷ Cfr. Corte cost., [sent. 193 del 2016](#), p. 4.5.



amministrative bisognose di essere equiparate, agli specifici fini in questione, alle sanzioni penali¹⁰⁸.

6. La geometria variabile della nozione di materia penale costituzionale

Ci si può a questo punto domandare se sia possibile adottare – in una prospettiva prettamente “funzionalista”¹⁰⁹ – nozioni diverse di materia penale *a seconda della garanzia* di cui nel caso concreto sia in discussione l’applicabilità. La risposta pare affermativa: proprio dal fatto che le diverse garanzie (tipicamente) “penalistiche” sono animate da differenti *ratio* discende l’esigenza (ove si voglia restare – è bene precisare – dentro lo schema generale di ragionamento da cui si è partiti) di una *valutazione differenziata* dell’estensione della nozione di materia penale rispetto a ciascuna di esse.

Il riconoscimento “selettivo” di specifiche garanzie di matrice penale – individuate sulla base di un’analisi e di una valutazione “costituzionalmente orientata” e in certo modo equitativa della fattispecie in esame, anche sulla base di raffronti con altre fattispecie più o meno simili a fini di maggior coerenza – si presenta come un modo di procedere adeguato all’esigenza di una protezione efficiente e concreta dei diritti degli individui, che possa sopperire a carenze di tutela ed evitare risultati per un verso o per l’altro incongrui. Sotto questa luce non dovrebbe allora stupire l’operazione “chirurgica” di estensione di una singola garanzia penale a una singola fattispecie compiuta nella [sentenza della Corte costituzionale n. 68 del 2021](#)¹¹⁰.

Si pensi alle garanzie dell’irretroattività e della determinatezza (protese alla tutela di libere scelte d’azione), da una parte, e della riserva assoluta di legge statale in materia penale (che risponde, evidentemente, al diverso intento di affidare le delicate scelte inerenti all’utilizzo dello strumento punitivo capace di incidere sulla libertà personale alla competenza esclusiva

¹⁰⁸ Cfr. ancora I. PELLIZZONE, *Afflittività della sanzione amministrativa* cit., 105, ad avviso della quale – «[s]ebbene non pare che su un piano costituzionale, alla luce della motivazione della decisione in esame, sussistano ostacoli insormontabili» a una diversa soluzione operativa (giacché, come ricorda M. SCOLETTA, *La revocabilità della sanzione amministrativa illegittima* cit., par. 6, «l’inquadramento sostanziale della natura giuridica delle sanzioni è valutazione interpretativa che non risulta essere sottratta ai giudici ordinari») – «[l]o spessore della certezza, assottigliato a causa del superamento del limite legislativamente posto, in quanto incostituzionale, dovrebbe [...] essere in parte recuperato attraverso il cono del giudizio accentrato di costituzionalità»; v. però anche, in proposito, le considerazioni di V. MARCENÒ, *Un altro passo verso l’assimilazione delle sanzioni amministrative sostanzialmente penali alle sanzioni penali. Il limite del giudicato cede ancora, ma solo a seguito di una valutazione sanzione per sanzione*, cit.

¹⁰⁹ Come “funzionalista” e puramente strumentale – lo si è iniziato a notare nell’introduzione e nel paragrafo 2.4 – sembra a conti fatti doversi considerare, a monte, l’intera “dottrina Engel”. Sul punto si tornerà per maggiori chiarimenti nel paragrafo 8 e, indirettamente, nel paragrafo 10.

¹¹⁰ V. par. 5.



del potere legislativo statale), dall'altra. Se si ritenesse che la materia penale debba intendersi in modo unitario, ad illeciti amministrativi che vengano ricondotti alla nozione di materia penale essenzialmente per l'esigenza di riconoscere con riguardo ad essi l'applicazione dei principi di irretroattività e di determinatezza, dovrebbero estendersi allora *tutte* le garanzie riconosciute con riguardo alle pene, con la conseguenza che si dovrebbe negare *tout court* la potestà "punitiva" delle regioni in materia di illecito amministrativo: nell'ottica di un'applicazione coerente e razionale delle garanzie, una nozione rigidamente unitaria di materia penale sembra dunque non poter essere accolta in quanto essa, nel quadro della ricostruzione generale entro cui andrebbe a collocarsi, condurrebbe ad esiti manifestamente irragionevoli e inaccettabili.

Da qui il riconoscimento, in qualche modo inevitabile alla contestuale luce delle premesse e delle esigenze cui non può non farsi fronte, della possibilità di addivenire a una ricostruzione «a geometria variabile» – come è stato efficacemente detto – della nozione di materia penale in considerazione della *ratio* che anima le diverse garanzie penalistiche¹¹¹.

¹¹¹ «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»: così F. MAZZACUVA, *Le pene nascoste* cit., 56 e 73. 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 secondo l'Autore è il fatto che la sanzione venga inflitta al precipuo scopo di arrecare una sofferenza al destinatario. 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 le garanzie (convenzionali e costituzionali) riconducibili alla logica del *principio di colpevolezza*, nella prospettiva del corretto equilibrio tra scopi dell'ordinamento e tutela della libertà di scelta e di autodeterminazione dell'individuo.

In F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso* cit., l'Autore immagina un «regime di tutela a cerchi concentrici», nel quale le garanzie sono applicate con il massimo rigore quando vengono in considerazione le sanzioni incidenti sulla libertà personale. Cfr. anche V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., in cui viene ripresa l'immagine di Viganò delle tutele a cerchi concentrici e la si rielabora sulla base di *tre sotto-insieme* 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 (ma, può aggiungersi, non senza possibilità di assumere rilievo a fini interpretativi e anche in funzione parametrica nei giudizi di legittimità costituzionale), 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 ricollegabili al diritto su cui la misura va ad incidere (*in primis* proporzionalità e base legale).



Non è pensabile, in questo quadro, l'elaborazione di *una sola* nozione costituzionale (e in fondo nemmeno convenzionale) di materia penale valida per tutte le garanzie. Piuttosto, per ogni garanzia penalistica si dovrà valutare, alla luce della sua *ratio*, quali siano i caratteri che la misura afflittiva deve possedere per rientrare nel suo ambito di tutela, secondo i fondamentali parametri generali della *finalità* della misura e della sua *gravità*, uniti con altri elementi da valorizzare a seconda della garanzia che viene in considerazione (si pensi al criterio del collegamento della misura con un procedimento penale)¹¹².

Una criteriologia utile alla riconduzione delle misure afflittive alla materia penale dovrebbe dunque differenziarsi *a seconda delle varie garanzie* processuali e sostanziali della materia penale. Per ognuna di esse, indagata la particolare *ratio*, andrebbero coerentemente individuati e definiti i tratti distintivi che una misura formalmente non penale dovrebbe possedere per entrare nel suo ambito applicativo. Come più ampiamente si dirà nell'ultimo paragrafo, una risposta scientificamente rigorosa (e al contempo soddisfacente in termini di implicazioni pratiche, dirette o indirette) al problema della declinazione della materia penale rispetto alle singole garanzie – o, più “a monte”, secondo quanto si andrà a chiarire, al problema della *ricostruzione costituzionalmente corretta dell'intrinseco ambito di applicazione di tali garanzie* – sembra dover dunque passare per un'indagine attenta delle finalità, ma anche delle concrete ricadute operative, proprie di ciascuna di queste ultime: indagine che ovviamente, per la sua ampiezza e per le specifiche competenze richieste, non è qui possibile neppure abbozzare, ma il cui sviluppo, in sede dottrinale prima ancora che giurisprudenziale, si ritiene particolarmente importante nell'attuale contesto e in prospettiva futura.

7. La graduabilità delle garanzie “penalistiche” convenzionali e costituzionali ove applicate a sanzioni formalmente non penali

Dopo il riferimento esplicito al «*hard core of criminal law*» dei giudici di Strasburgo in [Jussila](#)¹¹³, in sede europea non è stato compiuto alcuno sforzo significativo per precisare meglio i criteri di identificazione di questo nucleo di misure rispetto alle quali le garanzie si

In L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 234, si propone una soluzione che colloca all'interno del nucleo duro della materia penale tutte le misure (anche pecuniarie) *definite come penali dal legislatore*, a queste aggiungendo 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: a queste misure le garanzie del diritto penale devono essere applicate in tutto il loro rigore.

¹¹² Così L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., spec. 211.

¹¹³ Grande Camera, [Jussila c. Finlandia](#), cit.



devono applicare in tutto il loro rigore¹¹⁴, nonostante la graduazione delle garanzie a seconda che ci si trovi o meno di fronte ad una misura riconducibile al nucleo duro del diritto penale possa considerarsi in buona sostanza una costante della giurisprudenza europea¹¹⁵. Non avendo compiuto passi di rilievo nel precisare quali siano i confini del nucleo duro del diritto penale (o almeno quale sia il percorso da seguire per individuarli), la Corte EDU si affida piuttosto ad un giudizio equitativo per definire i termini della modulazione in senso restrittivo delle garanzie “penalistiche” per le misure che (secondo una sua preliminare deliberazione) ne giacciono al di fuori, in qualche modo (e non a caso) mescolando le due operazioni logiche.

L’auspicio è che la Corte europea possa meglio definire (presupposti e contorni del)la modulazione delle tutele che già veniva praticata e in certa misura esplicitata nella sentenza [Jussila](#) del 2006¹¹⁶, tuttavia non con una forza e chiarezza tale da esimere la Corte costituzionale italiana dall’affermare sin dalla [sentenza n. 196 del 2010](#) che dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, formatasi sull’interpretazione degli artt. 6 e 7 della CEDU, si ricaverebbe il principio secondo il quale «tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla *medesima disciplina* della sanzione penale in senso stretto»¹¹⁷. In sede europea urge dunque la elaborazione di una più ragionata articolazione a geometria variabile (per riprendere l’espressione prima richiamata) delle garanzie (tradizionalmente) “penalistiche” applicabili anche a(d alcune) sanzioni amministrative, tale da “lasciare alle spalle”, in modo definitivo e netto, la logica binaria del “tutto o niente”.

Invero, in virtù del suo ruolo di *leader* in materia di tutela sostanziale dei diritti, è fondamentale che la Corte di Strasburgo svolga un costante sforzo di riflessione e sistematizzazione intorno alle ragioni e alle modalità di un’estensione delle garanzie “penali” (o comunque nel sistema CEDU previste solo come tali: v. oltre) a sanzioni differentemente denominate, così che, tra l’altro, la sua giurisprudenza risulti più agilmente “maneggiabile”, riducendo il rischio che i riferimenti alla stessa effettuati da altri giudici, magari in modo

¹¹⁴ Cfr. Grande camera, [A. e B. c. Norvegia](#), cit., opinione dissenziente del 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, parametrato al carattere più o meno infamante della misura in questione.

¹¹⁵ Cfr. Grande camera, [Öztürk c. Germania](#), cit.; Corte EDU, [Bendenoun c. Francia](#), cit.; [Janosevic c. Svezia](#), cit.; Grande Camera, [Jussila c. Finlandia](#), cit.; Corte EDU [Segame SA c. Francia](#), cit.; Grande camera, [A. e B. c. Norvegia](#), cit.; Corte EDU, [Chap Ltd c. Armenia](#), cit.; Grande Camera, [Vegotex International S.A. c. Belgio](#), cit.

¹¹⁶ Cfr. Grande Camera, [Jussila c. Finlandia](#), cit., § 43: «*les garanties offertes par le volet pénal de l’article 6 ne doivent pas nécessairement s’appliquer dans toute leur rigueur (arrêts Bendenoun et Janosevic, précités, §§ 46 et 81 respectivement, dans lesquels la Cour a jugé que des autorités administratives ou des organes non judiciaires statuant en premier ressort pouvaient infliger des sanctions pénales sans enfreindre l’article 6 § 1*».

¹¹⁷ Cfr. Corte cost., [sent. 196 del 2010](#), p. 3.1.5.



pressoché automatico e poco consapevole, conducano ad esiti eccentrici o comunque incongrui.

Come visto, anche in una prospettiva prettamente costituzionale ha ben trovato spazio una graduazione delle garanzie in relazione alle misure che giacciono al di fuori del nucleo duro del diritto punitivo: si pensi alla [sentenza n. 43 del 2017](#), ove la Corte costituzionale ha fatto riferimento alla possibilità di applicare – rispetto a misure quali quelle in discussione – solo «il contenuto essenziale» del precetto costituzionale di cui all’art. 25, c. 2, identificato ai fini in questione nel principio di irretroattività¹¹⁸.

Inoltre, vale la pena ricordare come la Corte costituzionale adotti, in sostanza, nozioni diverse di materia penale a seconda che si tratti di applicare l’articolo 25 oppure l’articolo 27 Cost., di cui si nega la riferibilità a sanzioni che non siano qualificate come penali dal legislatore¹¹⁹.

Nella prospettiva differenziata che pare preferibile, l’ottica è quella di verificare – di volta in volta – se una certa garanzia “penalistica” si debba applicare ad una misura sanzionatoria non formalmente penale e con quali conseguenze: si tratta, in altri termini, di una questione di *ermeneutica delle singole garanzie* della materia penale, di cui occorrerà ricostruire accuratamente l’ambito di applicabilità. Maggiore sarà la somiglianza della misura afflittiva con la sanzione penale – in ragione anzitutto, può iniziare a precisarsi (alla stregua di perspicue indicazioni già ricavabili dalla giurisprudenza e dalla dottrina), della gravità del suo *impatto sui diritti fondamentali* – più forte sarà, evidentemente, l’esigenza che le due misure vengano assimilate anche in termini di garanzie riconosciute.

Nell’ambito della costruzione di un sistema punitivo che massimizzi il rispetto di tutti i vincoli e il raggiungimento di tutti gli obiettivi costituzionali (e perciò anche, ovviamente, di quelli sovranazionali), la (possibilità di) graduazione delle tradizionali garanzie penali ove applicate a sanzioni formalmente non penali si presenta come un compromesso soddisfacente tra le esigenze di certezza, efficacia, ma anche di ricorso al diritto penale solo quale *extrema ratio*, da una parte, e di necessaria tutela sostanziale e concreta dei diritti fondamentali dei soggetti (potenziali) destinatari di provvedimenti sanzionatori, dall’altra. Di grande utilità sarà allora, come meglio tornerà a dirsi nell’ultimo paragrafo, uno sforzo esegetico e ricostruttivo in vista della progressiva edificazione di un sistema coordinato e razionale di selettivo riconoscimento e modulata applicazione delle varie garanzie convenzionali e costituzionali alle numerose e variegate sanzioni e misure formalmente amministrative, o comunque non formalmente penali¹²⁰, che risultino però (...più o meno) *assimilabili* – in sé, ma soprattutto *sotto i diversi profili e ai diversi fini* che vengano di volta in volta in rilievo – alle sanzioni propriamente penali.

¹¹⁸ Cfr. Corte cost., [sent. 43 del 2017](#), p. 4.3.

¹¹⁹ V. il par. 3.1.

¹²⁰ Si rimanda in proposito a quanto precisato fin dall’introduzione (v. nota 8).



8. La presumibile ragione di fondo dell'approccio della Corte europea dei diritti dell'uomo e alcuni suoi profili contraddittori

La Corte europea dei diritti dell'uomo, con la sua ricca giurisprudenza sviluppata a partire dal [caso Engel](#), è stata senza dubbio pioniera nell'opera dell'estensione di tutele tipicamente penalistiche (e comunque tali nell'ambito del quadro normativo della Convenzione) al di là della materia penale propriamente intesa; e tale giurisprudenza, con il suo approccio "sostanzialistico", rappresenta ad oggi un imprescindibile punto di riferimento nella protezione effettiva dei diritti fondamentali per i giudici nazionali (e, ove vogliono e sappiano tenerne conto, per gli organi titolari di funzioni legislative e amministrative) degli Stati del Consiglio d'Europa, ma anche, nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione europea, per la Corte di Giustizia; nonché in certa misura, come si vedrà nel prossimo paragrafo, oltreoceano, per la Corte interamericana dei diritti dell'uomo¹²¹.

Ciò premesso, sembra fondamentale tornare a sottolineare come la metodologia sviluppata dalla Corte di Strasburgo in vista della riqualificazione di misure sanzionatorie in termini sostanzialmente penali ai fini del riconoscimento di determinate garanzie ritenute necessarie (anche) con riferimento a tali misure rappresenti molto spesso¹²², come si era già iniziato a dire in sede introduttiva, un *espediente* (invero piuttosto artificioso, e tuttavia non facilmente rinunciabile perché difficilmente sostituibile nel contesto normativo e ordinamentale in cui la Corte opera) che i giudici europei hanno escogitato per ovviare al problema di fondo discendente dal fatto che, nella lettera del testo convenzionale, una serie di garanzie che a ben vedere potrebbero e dovrebbero essere considerate come più generali espressioni di civiltà giuridica – non solo con riguardo allo specifico ambito della materia penale – sono invece previste esclusivamente con riferimento a quest'ultima.

¹²¹ Come appunto si dirà poco oltre, i giudici di San José fanno riferimento ai criteri riconducibili alla "dottrina Engel" della Corte di Strasburgo nel contesto della elaborazione di una (in qualche modo autonoma e molto interessante) teoria (ancora *in construens*) relativa all'applicazione di garanzie penalistiche a sanzioni (in senso lato) amministrative. Particolarmente indicativi sul punto sono i passaggi contenuti nella sentenza della Corte interamericana, [Baena Ricardo y otros vs. Panamá](#) del 2 febbraio 2001, § 128, e nel *Voto concurrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto*, in Corte interamericana, [Maldonado Ordoñez Vs. Guatemala](#) del 3 maggio 2016, §§ 12-13.

¹²² Ovvero in tutti quei casi non *pienamente* riconducibili al paradigma originario della "truffa delle etichette": vale a dire quei casi (sempre più numerosi) in cui non sarebbe corretto affermare che nella specifica misura sanzionatoria in esame siano *in tutto e per tutto* riscontrabili – salvo che per la sua arbitraria e, in qualche modo, intrinsecamente incongrua qualificazione formale – i caratteri tipici della materia penale, potendosi invece riscontrare solo *alcune* corrispondenze, somiglianze e analogie.



In effetti, non può negarsi che un buon numero di principi garantistici tradizionalmente, e forse un po' frettolosamente, considerati esclusivi della materia penale – si pensi in via puramente esemplificativa ai canoni di determinatezza e conoscibilità del precetto, o allo stesso divieto di interventi retroattivi in *malam partem* (almeno sotto questo profilo sostanziale) – in realtà coincidono con (o, se si preferisce, possono in sé essere visti come) più generali principi, come si diceva, di civiltà giuridica che da tempo, e a maggior ragione da quando l'intero ordinamento è stato pervaso dai valori personalisti e pienamente liberali della Costituzione repubblicana¹²³, travalicano (almeno *in potenza*) l'ambito del diritto penale¹²⁴.

Il *modus operandi* che invece, ai fini summenzionati, ricorre alla “costruzione teorica” della riconduzione di misure formalmente non penali alla *matière pénale*, per quanto in certo modo *imposto* (nel sistema della CEDU) dalla stringente circostanza poc'anzi ricordata, sembra destinato a entrare in contraddizione con i suoi stessi presupposti nel momento in cui – come è accaduto – si giunge (...possiamo dire *inevitabilmente*, onde evitare risultati paradossali) ad ammettere che, nella pratica, alle misure che per un motivo o per l'altro si arrivano a qualificare come “sostanzialmente penali” ai sensi dei criteri Engel non si estendano *tutte* le garanzie della sanzione penale, bensì solo *alcune*, nell'ambito di una modulazione (giustamente) parametrata alle peculiarità del caso concreto.

In quest'ordine di idee non può anzi fare a meno di notarsi come spesso la riconduzione (artificiosa) di una misura extra-penale alla *matière pénale* sia stata effettuata al fine di riconoscere garanzie *diverse e/o depotenziate* rispetto a quelle che in realtà vigono in ambito penale.

Si pensi ad esempio a quanto avvenuto allorché si è proceduto all'operazione di riqualificazione di una sanzione amministrativa in senso penale (al fine di ricondurla alla nozione di accusa penale di cui all'art. 6 della Convenzione) per poi però riconoscere, a seguito di tale operazione di riqualificazione, semplicemente il diritto a che la sanzione amministrativa in questione possa essere *riesaminata* da un tribunale indipendente e imparziale, anziché il diritto a che tale sanzione venga *disposta* direttamente ed esclusivamente da un giudice con tali caratteristiche.

Ebbene, come può agevolmente notarsi, il diritto di impugnare davanti a un giudice le sanzioni amministrative – come ogni altro atto amministrativo – è un diritto che nei Paesi giuridicamente più progrediti esiste da molto tempo¹²⁵; ma esso nel testo della Convenzione,

¹²³ E il discorso potrà chiaramente svolgersi in termini simili, *mutatis mutandis*, per molti altri Paesi che hanno beneficiato di evoluzioni costituzionali analoghe.

¹²⁴ Pur assumendo in quest'ultimo, per ovvie ragioni, un'importanza particolare e, per questo, un carattere di “assolutezza” che non si riscontra, allo stesso modo, negli altri ambiti: senza che però, ecco il punto, ciò giustifichi una altrettanto “assoluta” negazione di ogni loro ruolo in questi altri ambiti!

¹²⁵ Nella nostra Costituzione, la particolare enfasi su tale diritto può cogliersi dalla lettura congiunta degli articoli 24 c. 1, 28, 103 c. 1 e 113.



e in specie nel suo articolo 13, non trova adeguato riconoscimento¹²⁶, e di qui la necessità di seguire, per arrivare a concedere forme di tutela la cui necessità è comunque fortemente avvertita dai giudici della Corte di Strasburgo (provenienti, dal resto, proprio da quegli Stati in cui la garanzia di cui si discute, al pari di altre cui si potrebbe estendere il discorso, è tendenzialmente ben riconosciuta e spesso considerata irrinunciabile a livello costituzionale), quei percorsi alternativi e ben più tortuosi che abbiamo esaminato, con tutte le complicazioni e le sempre più evidenti difficoltà che ciò ha comportato e comporta.

Parrebbe più sensato, per affrontare questo problema (nonché, come si andava dicendo, diversi altri per i quali il ragionamento potrebbe valere allo stesso modo), riconoscere *in modo diretto*¹²⁷ il diritto a una tutela giurisdizionale contro le sanzioni amministrative (se non addirittura contro gli atti amministrativi in generale)... *in quanto tali*, piuttosto che complicare (e inquinare) il ragionamento, come oggi avviene, andando a qualificare come penale una determinata sanzione amministrativa per poi però riconoscere con riguardo ad essa delle garanzie che in realtà sono diverse e strutturalmente meno incisive di quelle previste per le vere e proprie sanzioni penali; corrispondendo invece, come si diceva, proprio a quelle che sono le garanzie tipiche *degli atti amministrativi* negli ordinamenti nazionali (o almeno negli ordinamenti nazionali più avanzati sotto questi profili)...In termini più generali, sembra allora che, ridimensionata la solidità e la portata teorica della dottrina Engel, più che seguire a ragionare ed operare in termini di (spesso artificiosa, forzata e puramente strumentale) riconduzione di misure amministrative alla materia penale allo scopo e con l'effetto ultimo, nella maggior parte dei casi, di mutuare solo *alcune* delle garanzie ritenute proprie di questa (o addirittura di riconoscere garanzie *diverse e/o* meno stringenti rispetto ad esse!)¹²⁸, sia a conti fatti preferibile procedere, in modo più lineare, a un ripensamento generale delle garanzie tipiche del diritto amministrativo sanzionatorio, "attingendo" in modo apertamente

Il diritto di ricorrere al potere giudiziario per ottenere tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti nei confronti di chiunque, incluse le autorità "pubbliche" riconducibili al potere esecutivo, può addirittura ricondursi idealmente (e ce lo confermano alcune significative previsioni della *Confirmatio Cartarum* del 1297) alla clausola 40 della *Magna Carta* del 1215 (nella cui clausola 39 può invece scorgersi, come è noto, l'embrione della garanzia della riserva di giurisdizione): in proposito, volendo, V. SCIARABBA, *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008, 3 ss..

¹²⁶ L'art. 13 della CEDU si limita infatti a prevedere che ogni persona i cui diritti e le cui libertà *riconosciuti nella Convenzione* (non dunque, sotto questo profilo, qualsiasi diritto o legittimo interesse) siano stati violati – anche in conseguenza della condotta di persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali (ovvero, può ritenersi, mediante atti amministrativi, ivi inclusi i provvedimenti avente carattere sanzionatorio) – abbia diritto a un ricorso effettivo *davanti a un'istanza nazionale* («an effective remedy before a national authority»), senza richiedere – come invece fa il più avanzato articolo 47 della Carta dei diritti fondamentali – che tale autorità abbia natura *giurisdizionale*.

¹²⁷ Cosa che, nel sistema della CEDU, potrebbe senz'altro farsi attraverso un protocollo emendativo o aggiuntivo.

¹²⁸ Indicativo in proposito, tra l'altro, è ciò che è emerso nel paragrafo 2.3.



selettivo (e differenziato a seconda dei diversi tipi di misure, attraverso accostamenti in senso lato analogici) alle tutele tradizionalmente ricollegate alla materia penale; o, ancor meglio, valorizzando in termini espansivi l'intrinseca potenziale portata applicativa di talune di queste¹²⁹. Operazione, quest'ultima, che la Corte costituzionale ha per esempio coraggiosamente e opportunamente compiuto nella già più volte citata [sentenza n. 196 del 2010](#) (cui si sono poi ricollegate più recenti decisioni, come la [n. 104 del 2014](#) e la [n. 276 del 2016](#)) laddove ha con nettezza affermato (p. 3.1.5 del *cons. in dir.*) che «l'art. 25, secondo comma, Cost. [...] – 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», ricordando altresì come già in passato essa avesse non solo «affermato che, per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto, sussiste “l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse” ([sentenza n. 447 del 1988](#)), ma anche precisato come la necessità “che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire” risulti pur sempre “ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione” ([sentenza n. 78 del 1967](#))»¹³⁰.

¹²⁹ Che, esattamente per questa via, «[a] ben guardare, la giurisprudenza della Corte costituzionale, ancorché con una certa *souplesse*, [sia] da tempo pervenuta a[d] approdi [...] nelle finalità e nella sostanza coincidenti con quelli dei giudici di Strasburgo, senza che la dottrina penalistica abbia avvertito alcuna ‘rottura’» è riconosciuto da F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs legalità ‘convenzionale’?*, [cit.](#), 6. Lo stesso A. si spinge ad osservare, sulla base di un esame di alcune recenti decisioni della Consulta (in buona parte coincidenti con quelle citate poco oltre nel testo), che, «[a] questo punto, la pretesa ‘novità’ del diritto europeo rappresentata dall'adozione di criteri *sostanziali* per la definizione della ‘materia penale’ si disvela come una novità soltanto apparente; o comunque come una novità già ampiamente assorbita, senza traumi, dalla nostra giurisprudenza costituzionale, in funzione di un complessivo *innalzamento* del livello di tutela di quelle garanzie e dei diritti fondamentali ad esse sottesi [...] senza alcun contraccolpo tellurico degno di nota, in una materia pure dominata dal principio di legalità» (*Ibidem*, 8, corsivi originali).

¹³⁰ Cfr., in proposito, F. BAILO, *Le sanzioni amministrative punitive e uno “statuto costituzionale” in costruens (tra battute d'arresto e rapide accelerate) nel dialogo tra le Corti*, [cit.](#), spec. 4 – ove si nota, ponendo l'attenzione su due importanti aspetti di ulteriore interesse nell'economia di questo lavoro, che le aperture con cui la Corte ha dato «copertura, ai sensi dell'art. 25, comma 2, Cost., a misure diverse dalle pene in senso stretto, erano state fatte *limitatamente al “contenuto essenziale”* del precetto costituzionale (il principio di irretroattività della norma sfavorevole) e “in riferimento a misure amministrative *incidenti su libertà fondamentali* che coinvolgono anche i diritti politici del cittadino”» (corsivi aggiunti, come nella successiva citazione) – e 6, ove si ricorda come, più di recente, «il Giudice delle leggi [abbia] rilevato che anche leggi regionali che stabiliscano sanzioni amministrative debbano garantire ai propri destinatari la conoscibilità del precetto e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie al cospetto del *diverso principio di determinatezza* delle norme sanzionatorie aventi carattere punitivo-affittivo, desumibile dall'art. 25, secondo comma, Cost.» (il riferimento è alla [sent. n. 134 del 2019](#), su cui v. A. CONTIERI, *Principio di legalità e sanzioni amministrative: la Corte conferma la propria giurisprudenza a*



Per molti versi sulla stessa linea (anche se con più o meno marcate concessioni a schematismi argomentativi più “tradizionali”) possono ricordarsi, sempre in via esemplificativa, le [sentenze n. 112 del 2019](#), [n. 185 del 2021](#)¹³¹, e, nel solco tracciato da queste, [n. 95 del 2022](#), con significative indicazioni circa l’ambito operativo e circa le importanti implicazioni del(l’affermata applicabilità a sanzioni amministrative del) *principio di proporzionalità*¹³²; nonché, con riguardo al principio *nemo tenetur se detegere*, la nota ordinanza (di rinvio alla Corte di giustizia) [n. 117 del 2019](#)¹³³ e la conseguente [sentenza n. 84 del 2021](#)¹³⁴.

9. Le garanzie del diritto amministrativo sanzionatorio nella giurisprudenza della Corte interamericana

Proprio nell’ordine di idee cui si è fatto riferimento nel precedente paragrafo, appare esemplare il ragionamento della Corte interamericana dei diritti umani¹³⁵, la quale applica

proposito di una legge della regione Abruzzo in materia di pesca, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2019, 1661 ss.).

¹³¹ Su cui, tra gli altri, R. PINARDI, *L’“horror vacui” nel controllo di costituzionalità su misure di carattere sanzionatorio* (note a margine di Corte costituzionale, sentenza n. 185 del 2021), in [Nomos](#), 2021, e S. PRANDI, *Pene fisse e proporzionalità nel quadro dei rapporti tra diritto amministrativo punitivo e diritto penale*, in *Diritto penale e processo*, 2022, 333 ss.

¹³² In proposito v. L. RODES, *L’illegittimità costituzionale della sanzione amministrativa pecuniaria per atti contrari alla pubblica decenza: dalla Consulta una nuova conferma dell’applicabilità del principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio anche agli illeciti amministrativi a carattere punitivo*, in [Sistema Penale](#), 30 maggio 2022. Con riguardo al principio di proporzionalità, è ora importante tener presente anche la circostanza che di esso, in quanto principio fondamentale contenuto nella Carta dei diritti fondamentali, la Corte di giustizia ha predicato la *diretta applicabilità*, con tutte le intuibili conseguenze che – con riguardo alle situazioni ricadenti nell’ambito di operatività del diritto europolitano – ciò può comportare (cfr. sent. 8 marzo 2022, causa C-205/20, su cui F. VIGANÒ, *La proporzionalità della pena tra diritto costituzionale italiano e diritto dell’Unione europea: sull’effetto diretto dell’art. 49, paragrafo 3, della Carta alla luce di una recentissima sentenza della Corte di giustizia*, in [Sistema Penale](#), 26 aprile 2022).

¹³³ Sulla quale v. in particolare A. RUGGERI, [Ancora un passo avanti della Consulta lungo la via del “dialogo” con le Corti europee e i giudici nazionali \(a margine di Corte cost. n. 117 del 2019\)](#), in questa [Rivista, Studi 2019/II](#), 242, e S. CATALANO, *Rinvio pregiudiziale nei casi di doppia pregiudizialità. Osservazioni a margine dell’opportuna scelta compiuta con l’ordinanza n. 117 del 2019 della Corte costituzionale*, in [Osservatorio AIC](#), 4/2019.

¹³⁴ Su cui, tra i tantissimi, v. S. CATALANO, *La vicenda decisa dalla sentenza n. 84 del 2021 della Corte costituzionale: un esempio di “buon dialogo” fra Corti*, in [Forum di Quaderni costituzionali](#), A. MARCHESELLI, [Il diritto al silenzio tra diritti fondamentali e doveri fondamentali in materia tributaria](#), in questa [Rivista, Studi 2021/II](#), 530, E. BINDI, *Diritto fondamentale al silenzio e poteri d’indagine di Banca d’Italia e Consob*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2/2021, 2, 1048 ss. e M. GRADI, *Il diritto al silenzio nel procedimento amministrativo sanzionatorio e nel relativo giudizio di legittimità*, *ivi*, 1061 ss.

¹³⁵ Come è noto, la Corte interamericana – istituita nel 1969 con la Convenzione americana dei diritti umani (nota anche come “Patto di San José”) – è uno dei tribunali regionali per la protezione dei diritti umani,



alcune garanzie tradizionalmente penali a fattispecie variamente nominate in cui lo Stato esercita a vario titolo il suo *ius puniendi*, omettendo il passaggio logico (per così dire, fittizio) della riqualificazione della misura in senso penale, e limitandosi all'applicazione delle garanzie "penalistiche" confacenti alla sanzione amministrativa in virtù della sua *somiglianza* (ma non perfetta coincidenza) con la sanzione penale.

In particolare, è nel 2001, con il caso [Baena Ricardo c. Panama](#)¹³⁶, che la Corte interamericana riconosce la necessità di estendere le garanzie penalistiche di cui al c. 2 dell'art. 8 («Diritto ad un processo equo» in materia penale) e dell'art. 9 («Irretroattività della legge penale») del Patto di San José a misure amministrative sanzionatorie.

Nella [sentenza Baena Ricardo](#), i giudici interamericani prendono le mosse dalla considerazione secondo cui il c. 1 dell'art. 8 della Convenzione prevede garanzie minime del giusto processo applicabili a qualsiasi procedimento variamente denominato che possa limitare i diritti del soggetto¹³⁷. Queste garanzie non sono però ritenute sufficienti se applicate alla sanzione disciplinare sofferta dai ricorrenti, giacché ad essa si riconosce *natura simile* alle sanzioni penali, entrambe essendo espressione, sostanzialmente non dissimile, dello *ius puniendi* statale, traducendosi allo stesso modo nell'imposizione di un "castigo", di un "pregiudizio aggiunto" che ricade su beni o diritti di titolarità del trasgressore come conseguenza di condotte illecite¹³⁸. È allora necessario, in un sistema democratico, massimizzare le cautele affinché anche le misure amministrative sanzionatorie siano adottate nel rigoroso rispetto dei diritti fondamentali degli individui e solo dopo un'attenta verifica della concreta esistenza di condotte illecite¹³⁹. Ricontrata la natura punitiva della sanzione amministrativa, sorge dunque l'esigenza di ricercare le garanzie applicabili alla stessa nelle disposizioni riferite alla materia penale di cui al c. 2 dell'art. 8 e all'art. 9 della Convenzione americana.

In questo quadro ricostruttivo, come può notarsi, non risulta determinante la qualificazione (...ma nemmeno, come si vedrà meglio poco oltre, necessaria la *riqualificazione!*) formale della

insieme alla Corte europea dei diritti dell'uomo e alla Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli, di più recente creazione (la sua prima decisione essendo stata pronunciata nel 2009).

¹³⁶ Cfr. Corte interamericana, [Baena Ricardo y otros vs. Panamá](#), cit., un caso di ricorso contro un licenziamento di 270 dipendenti pubblici e dirigenti sindacali, per aver partecipato a diverse proteste contro la politica governativa. I soggetti furono licenziati sulla base di una norma vaga, riferita alla partecipazione ad atti contrari alla democrazia e all'ordine democratico, applicata retroattivamente ai fatti attribuiti.

¹³⁷ *Ivi*, § 124.

¹³⁸ *Ivi*, § 106: «*las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de éstas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita*». Le medesime considerazioni sono riportate in Corte interamericana, [López Mendoza vs. Venezuela](#), 1 settembre 2011, § 111; [Maldonado Ordoñez vs. Guatemala](#), cit. § 89.

¹³⁹ Cfr. Corte interamericana, [Baena Ricardo y otros vs. Panamá](#), cit., § 106; [López Lone y otros Vs. Honduras](#), 5 ottobre 2015, § 257; [Maldonado Ordoñez vs. Guatemala](#), cit., § 89.



misura ai fini del riconoscimento delle garanzie di matrice penale della Convenzione americana, secondo un approccio sostanzialistico largamente (ma, per il motivo che si è iniziato ad accennare, non del tutto) coincidente con quello delle Corti europee¹⁴⁰.

Lo sviluppo argomentativo dei motivi per i quali è necessario riconoscere garanzie penalistiche al di fuori della sanzione penale appare però, nella giurisprudenza della Corte di San José, più snello rispetto a quello che riempie le pagine delle sentenze della Corte di Strasburgo. D'altronde – ecco il punto – la Corte interamericana *non procede alla riqualificazione della misura* in termini penali agli effetti della Convenzione, sul presupposto implicito della non necessità (forse della inopportunità), di tale operazione concettuale.

Ad ogni modo, le motivazioni impiegate dalla Corte interamericana si nutrono e beneficiano, per così dire, della medesima sostanza dei parametri che nella giurisprudenza di Strasburgo svolgono il ruolo determinante ai fini del riconoscimento delle garanzie. L'affermazione dei giudici interamericani circa la *natura della sanzione* in questione, simile a quella penale, altro non è, a conti fatti, che un'espressione del terzo (e tendenzialmente più rilevante) criterio Engel. In particolare, le osservazioni contenute nella [sentenza Baena Ricardo](#) circa l'espressione dello *ius puniendi* statale nella sanzione e la sua funzione oggettiva di diminuzione dei diritti della persona, rispecchiano il sotto-criterio della finalità punitiva utilizzato nel contesto europeo. Differente è però il quadro concettuale e dunque il *complessivo percorso logico* in cui le considerazioni si inseriscono: la Corte europea utilizza i rilievi sulla natura della sanzione amministrativa per indagare se essa sia da ritenersi "punitiva" (e dunque meritevole di essere riqualificata come sanzione sostanzialmente penale, con tutte le conseguenze del caso, andandosi poi però necessariamente a introdurre assai spesso degli "aggiustamenti al ribasso" proprio su quest'ultimo aspetto, onde evitare che la riqualificazione porti sempre ed automaticamente all'estensione dell'intero "arsenale" della garanzie penalistiche, nella loro pienezza); per la Corte interamericana, invece, la natura della sanzione amministrativa è *in re ipsa* punitiva proprio in quanto diretta a *sanzionare* (tale rilievo aprendo però la strada solo al riconoscimento, in radice parziale e selettivo, delle garanzie ritenute *necessarie per la tutela dei diritti coinvolti*).

In sintesi, la Corte interamericana effettua un controllo sulle misure amministrative sottoposte alla sua analisi sulla base delle seguenti premesse: ciò che è rilevante non è la categorizzazione della misura, ma piuttosto la possibilità che le stessa affetti un diritto attraverso un procedimento sanzionatorio (a tale possibilità ricollegandosi direttamente le

¹⁴⁰ Cfr. Corte interamericana, [Baena Ricardo y otros vs. Panamá](#), cit., § 129: «La justicia, realizada a través del debido proceso legal, como verdadero valor jurídicamente protegido, se debe garantizar en todo proceso disciplinario, y los Estados no pueden sustraerse de esta obligación argumentando que no se aplican las debidas garantías del artículo 8 de la Convención Americana en el caso de sanciones disciplinarias y no penales. Permitirle a los Estados dicha interpretación equivaldría a dejar a su libre voluntad la aplicación o no del derecho de toda persona a un debido proceso». Non a caso, i giudici interamericani *ivi* citano in nota la giurisprudenza della Corte europea in tema di necessità di andare oltre l'"etichetta" formale della misura assegnata dal legislatore.



conseguenze argomentative, in termini di riconoscimento delle garanzie ritenute adeguate); in questo contesto, la distinzione di base che si delinea è tra le situazioni che sono considerate esercizio dello *ius puniendi* (e che per questo possono aprire la strada al riconoscimento delle garanzie correlate a tale caratteristica) e quelle che sono definite, in genere, questioni civili¹⁴¹.

Con la sentenza [Maldonado Ordoñez c. Guatemala](#), pronunciata dalla Corte interamericana nel maggio del 2016¹⁴², si assesta la regola secondo cui al diritto disciplinare – sotto-branchia del diritto amministrativo sanzionatorio – vanno applicate *alcune* garanzie tradizionalmente ricondotte alla sanzione penale.

Vale la pena dedicare qualche cenno alla vicenda. La sig. Maldonado era stata destituita dal proprio incarico pubblico presso il *Procurador de los Derechos Humanos* nel dipartimento di Quiché, in Guatemala. Nella notifica dell’inizio del procedimento disciplinare a carico della sig.ra Maldonado mancava un pur minimo riferimento al rapporto tra i fatti e la norma ipoteticamente violata. Inoltre, gli addebiti erano mutati durante il procedimento. La Corte interamericana ha ritenuto dunque violato il diritto alla previa e circostanziata comunicazione dell’accusa di cui all’art. 8, c. 2, lett. b) della Convenzione americana¹⁴³. I mezzi per la preparazione della difesa della sig.ra Maldonado non erano stati adeguati, a causa della mancanza di chiarezza circa i motivi specifici per cui si era avviato il procedimento nei suoi confronti, in violazione dell’art. 8 c. 2, lett. c), della Convenzione¹⁴⁴. La Corte riscontra inoltre una violazione del principio di legalità di cui all’art. 9, in quanto la condotta per la quale la ricorrente era stata destituita non risultava tipizzata nella legge.

La pronuncia [Maldonado Ordoñez](#) è di fondamentale interesse ai fini delle tesi di fondo del presente lavoro in quanto in essa emerge come nei giudici interamericani fosse maturata una consapevolezza (espressa) circa la *graduabilità* delle garanzie tradizionalmente penali ove applicate a misure amministrative sanzionatorie. Per quanto riguarda, in particolare, le garanzie penalistiche dell’*equo processo* di cui all’art. 8, c. 2, i giudici affermano infatti che è *in ciascun caso* che dovranno essere determinate le garanzie minime da riconoscersi nell’ambito di un procedimento sanzionatorio non penale, *secondo la sua natura e portata*¹⁴⁵.

È dunque sulla base dell’analisi, casistica, della natura del procedimento in discussione e, come si diceva, del potenziale impatto della decisione sui diritti individuali, che i giudici

¹⁴¹ Cfr. J. I. RINCÓN CÓRDOBA, *El Derecho Administrativo sancionatorio en la jurisprudencia de la Corte Iberoamericana de Derechos Humanos*, in *Anuario Función Pública*, V, 2022, 91-134, spec. 93.

¹⁴² Cfr. Corte interamericana, [Maldonado Ordoñez vs. Guatemala](#), cit.

¹⁴³ *Ivi*, § 83.

¹⁴⁴ *Ivi*, § 84.

¹⁴⁵ *Ivi*, § 75: «Del recuento de la jurisprudencia que ha desarrollado la Corte hasta al momento, se entiende que ésta ha considerado que las garantías del artículo 8.2 de la Convención no son exclusivas de los procesos penales, sino que además pueden ser aplicables a procesos de carácter sancionatorio. Ahora bien, lo que corresponde en cada caso es determinar las garantías mínimas que conciernen a un determinado proceso sancionatorio no penal, según su naturaleza y alcance».



interamericani riflettono su quali garanzie debbano essere rispettate affinché la decisione non risulti arbitraria e possa invece considerarsi adottata sulla base di un “processo equo”, prescindendo senz’altro – può notarsi – dalla espressa riferibilità di alcune garanzie al solo procedimento penale¹⁴⁶.

Circa l’applicazione (modulata) del *principio di legalità* di cui all’art. 9 nel diritto disciplinare, la Corte interamericana riprende le considerazioni già espresse in [López Lone y otros c. Honduras](#): la forza, o meglio la “misura”, del vincolo dipende dalla materia regolata¹⁴⁷. Lo standard di precisione di una norma sanzionatoria disciplinare – si afferma – può differire da quello (più elevato) imposto dal principio di legalità in materia penale, posto che le esigenze di tutela variano in base alla *differente qualità dei beni giuridici protetti*¹⁴⁸. Si possono così utilizzare concetti giuridici aperti o indeterminati per tipificare infrazioni disciplinari, a patto che l’applicazione delle clausole aperte risponda a criteri oggettivi, coerentemente ricostruiti in sede giurisprudenziale o specificati dalla normativa interna¹⁴⁹. Inoltre, la motivazione dell’atto sanzionatorio deve indicare in dettaglio la violazione commessa e le sue circostanze, e nel procedimento di applicazione della sanzione devono essere posti in relazione l’infrazione e la misura sanzionatoria, in modo tale che possa escludersi qualsiasi elemento di arbitrarietà nella imposizione di quest’ultima¹⁵⁰.

Gli orientamenti della Corte interamericana sono condivisi dalle Corti di vari ordinamenti latinoamericani¹⁵¹ e possono rappresentare un valido metro di paragone con quelli della Corte europea.

¹⁴⁶ *Ivi*, § 79: «Atendiendo la naturaleza sancionatoria del proceso de destitución de la señora Maldonado a la que se ha hecho referencia y al resultado del mismo, en el cual fue adoptada una determinación que afectó los derechos de la presunta víctima, la Corte considera que las garantías procesales contempladas en el artículo 8 de la Convención Americana hacen parte del elenco de garantías mínimas que debieron ser respetadas para adoptar una decisión que no fuera arbitraria y resultara ajustada al debido proceso».

¹⁴⁷ Cfr. Corte interamericana, [López Lone y otros Vs. Honduras](#), cit., § 257: «la Corte considera que el principio de legalidad también tiene vigencia en materia disciplinaria, no obstante su alcance depende considerablemente de la materia regulada.».

¹⁴⁸ *Ibidem*: «La precisión de una norma sancionatoria de naturaleza disciplinaria puede ser diferente a la requerida por el principio de legalidad en materia penal, por la naturaleza de los conflictos que cada una está destinada a resolver». D’altronde non è possibile prevedere un catalogo completo di infrazioni applicabili alla relazione di impiego.

¹⁴⁹ Cfr. R. HUAPAYA TAPIA, [La influencia de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la demilitación de principios constitucionales comunes en materia de derecho administrativo sancionador para América Latina](#), in A. von Bogdandy, M. Morales Antoniazzi, Z. Sánchez Sánchez, J.C. Covilla Martínez (a cura di), [La interamericanización del derecho administrativo en América Latina. Hacia un *Ius Commune*](#), Querétaro, 2023, 159-198, spec. 175 e 183.

¹⁵⁰ *Ivi*, 183.

¹⁵¹ Per esempio, la Corte costituzionale colombiana afferma che i principi che regolano la materia penale – tra gli altri, di legalità (con i corollari della tipicità e della riserva di legge), proporzionalità, ragionevolezza, uguaglianza, presunzione di innocenza e responsabilità personale – si applicano *mutatis mutandis* al diritto



Certamente, appare necessaria una maggiore elaborazione di parametri certi ed efficaci che possano guidare l'interprete nell'opera di riconoscimento di determinate garanzie, finora riconosciute come esclusive della materia penale, alle sanzioni amministrative. Nel caso [Maldonado Ordoñez c. Guatemala](#), nell'opinione concorrente del giudice Sierra si rinvengono importanti riflessioni circa l'ambito dell'applicazione delle garanzie di cui al c. 2 dell'art. 8 della Convenzione interamericana a procedimenti non penali¹⁵². Il giudice pone specialmente l'accento sull'esigenza di valutare se dette garanzie si presentino come *adeguate e pertinenti* rispetto alla natura del procedimento in esame¹⁵³, rimarcando anzitutto l'esigenza, affinché le garanzie "penalistiche" possano considerarsi applicabili, che sia dimostrata la *natura sanzionatoria del procedimento*, ovvero la circostanza che attraverso di esso lo Stato vada a esercitare la sua potestà punitiva, sanzionando il soggetto per una sua azione o omissione riprovevole, tramite un meccanismo coercitivo¹⁵⁴, a ciò ricollegandosi la necessità di arginare il potere punitivo statale, espresso tradizionalmente (ma, appunto, non soltanto) nel processo penale, attraverso l'applicazione (più o meno piena, secondo quanto si andava dicendo) delle tutele predisposte nel c. 2 dell'art. 8 della Convenzione¹⁵⁵. Non dovranno infatti applicarsi in tutti i casi tutte le garanzie previste dal precetto convenzionale, né ad esse si dovrà riconoscere uguale portata in ogni processo di natura sanzionatoria¹⁵⁶. Quali garanzie tipiche della materia penale possano e debbano trovare applicazione a procedimenti di natura sanzionatoria, e con che rigore, dipenderà, lo si ribadisce, dalle peculiarità del caso esaminato: più intenso si profila l'esercizio del potere punitivo statale, maggiore sarà la necessità di arginarlo¹⁵⁷.

Nonostante tardi ad affermarsi una compiuta teoria generale sull'applicazione delle garanzie tradizionalmente penali al diritto amministrativo sanzionatorio, la giurisprudenza d'oltremare presenta comunque il pregio di una grande pragmaticità e coerenza (almeno, e parrebbe non soltanto) teorica. La Corte interamericana assume un concetto "ontologico" di sanzione, trasversale a qualsiasi dimensione dello *ius puniendi*, giungendo ad ammettere che *tutte* le sanzioni amministrative siano punitive (proprio in quanto predisposte *per sanzionare* il trasgressore). D'altronde, è ardua (e spesso risulta piuttosto artificiosa) l'opera che, con altro

sanzionatorio amministrativo con una certa flessibilità e minor rigore («*flexibilidad y menos rigurosidad*»): cfr. Corte Constitucional de Colombia, [C-044 del 2023](#), § 76-77; [C-713 del 2012](#); [C-406 del 2004](#); [C-530 del 2003](#). Anche la Corte costituzionale del Cile ha abbracciato la teoria dello *ius puniendi* unico, per la quale i principi penali sono applicabili con sfumature («*matices*») nel diritto amministrativo sanzionatorio (Tribunal Constitucional de Chile, sentt. [n. 2264 del 2013](#) e [n. 437 del 2005](#)).

¹⁵² Cfr. *Voto concorrente del juez Humberto Antonio Sierra Porto*, in Corte interamericana, [Maldonado Ordoñez vs. Guatemala](#), cit.

¹⁵³ *Ivi*, § 9.

¹⁵⁴ *Ivi*, § 10.

¹⁵⁵ *Ibidem*.

¹⁵⁶ *Ivi*, § 18.

¹⁵⁷ *Ivi*, § 2.



approccio, si prefigge la Corte di Strasburgo, vale a dire quella di verificare quali sanzioni possano ritenersi punitive (o afflittive) e quali invece no, attraverso un'enfatizzazione della loro diversa natura e della loro (...o delle loro) differenti finalità, alla stregua di una logica di fondo rigorosamente binaria: molto labile, invero, sembra il confine tra le due (presunte) categorie di situazioni (ammesso e non concesso, per l'appunto, che tale confine esista, che sia corretto o che comunque abbia un senso postularne l'esistenza).

Dalla generale premessa secondo cui *tutte* le sanzioni amministrative (in quanto sanzioni) sono per principio – come quelle penali – espressione (...più o meno intensa) dello *ius puniendi* statale, discende d'altra parte la consapevolezza dei giudici interamericani che *non tutte* le sanzioni amministrative debbano godere di garanzie *identiche* a quelle tipiche del diritto penale: le garanzie da applicarsi saranno soltanto (e con gli adattamenti suggeriti dalle circostanze) quelle necessarie nello specifico caso, in ragione della delicatezza dei diritti coinvolti. La Corte interamericana propone così un modello flessibile, che parte dalla natura intrinsecamente punitiva della sanzione per riconoscere e modulare – secondo un approccio manifestamente più aperto e articolato di quello in (via di principio) adottato dalla Corte europea – le garanzie attribuibili, senza rigidità e forzature qualificatorie.

Partendo da ricostruzioni concettuali differenti e conseguentemente procedendo con schemi argomentativi non coincidenti, la Corte interamericana e la Corte europea si stanno ad oggi muovendo, nella sostanza e nel complesso, in una stessa direzione, vale a dire quella della progressiva costruzione di uno statuto garantistico (...o meglio, e la differenza è cruciale, di più statuti garantistici) della sanzione amministrativa (... delle sanzioni amministrative). Un confronto tra le rispettive giurisprudenze sembra dunque di grande ausilio nella comprensione di quali siano gli artifici sacrificabili e quali siano gli effettivi obiettivi e le effettive possibilità di tutela nei due sistemi di garanzia.

10. Considerazioni (non) conclusive.

L'analisi e le riflessioni svolte nelle pagine precedenti, insieme ai convergenti spunti ricavabili dal confronto con l'approccio adottato, rispetto alla medesima tematica qui affrontata, dalla Corte interamericana dei diritti umani, inducono a chiudere il presente contributo riguardandone i risultati in una prospettiva che porta a considerarli, più che un punto d'arrivo, un punto di possibile (ri)partenza.

Sembra infatti potersi dire, alla luce di quanto è emerso nel corso del lavoro, che la principale sfida futura consisterà nel (trovare i modi migliori per) raggiungere un equilibrio in grado di evitare – attraverso l'utilizzo di coordinate teoriche, parametri e criteri valutativi chiari e ben definiti, che al contempo non sacrificino e anzi massimizzino la capacità di adattamento alle singole situazioni – sia l'eccessiva frammentazione casistica (in cui talora potrebbe forse



rischiare di scivolare il *modus operandi* privilegiato dalla Corte interamericana, ma in fondo anche quello non di rado adottato, di fatto e pur attraverso diversi e meno lineari percorsi argomentativi, dalla Corte di Strasburgo), sia l'irrigidimento binario, le forzature e le complicazioni derivanti da una pregiudiziale e drastica *contrapposizione* tra ciò che sarebbe (...sostanzialmente) *penale* e ciò che sarebbe invece (...a tutti gli effetti solo) *amministrativo*, o comunque *non penale* (alla stregua della "dottrina Engel", almeno nella sua versione meno "evoluta").

L'acquisita consapevolezza della necessità di abbandonare quell'approccio al contempo semplicistico e radicale che, ad esempio, aveva portato in passato la nostra Corte costituzionale ad affermare che «l'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale [...] trascina [...] con sé *tutte e soltanto* le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo»¹⁵⁸ induce a interrogarsi su quale sia la strada da seguire per addivenire a risultati ricostruttivi che, per un verso, risultino logicamente coerenti e "sostenibili" da un punto di vista dogmatico, sistematico e, per così dire, sistemico (alla luce anche delle complessive ricadute pratiche delle varie soluzioni ipotizzabili); e, per l'altro, siano idonei a scongiurare, come si accennava poc'anzi, quella eccessiva, disordinata frammentazione casistica che potrebbe derivare, e in parte è derivata in questi anni, dal (comunque inevitabile, come si è visto) sostanziale superamento della rigida e totalizzante contrapposizione binaria tra penale e amministrativo.

La via da percorrere, o meglio le vie da percorrere, destinate idealmente a incontrarsi muovendo da parti opposte nella stessa direzione, sembrano essenzialmente due¹⁵⁹.

¹⁵⁸ In questi termini, come si è visto, la Consulta si era espressa nella [sentenza n. 43 del 2017](#) (p. 3.4).

¹⁵⁹ Facendo salva ovviamente la necessità di adottare costantemente, "lungo la strada", le consuete cautele e le ulteriori articolazioni di ragionamento imposte dal dover far proprio, a seconda dell' "oggetto" (singola garanzia, o sanzione, o illecito, o procedimento) di cui di volta in volta ci si andrà occupando, il "punto di vista ordinamentale" ad esso adeguato, vale a dire i criteri interpretativi e/o valutativi e in genere le coordinate dogmatiche proprie dell'ordinamento "primario" di riferimento, risultando in questo senso perfettamente fisiologica ed anzi necessaria e per certi versi inevitabile, ad esempio, quell'operazione di "emancipazione" effettuata dalla Corte costituzionale nella [sentenza n. 68 del 2021](#) in vista di una soluzione *sulla base di parametri e criteri valutativi "interni"* (per quanto opportunamente *ispirati*, ma appunto solo *ispirati*, alla giurisprudenza europea) di una questione *vertente sull'ambito applicativo di una garanzia riconducibile* non ai vincoli convenzionali, bensì, appunto, *all'ordinamento interno*. Cfr., su questo fondamentale aspetto, le considerazioni di I. PELLIZONE, *Afflittività della sanzione amministrativa punitiva dichiarata incostituzionale e legalità costituzionale della pena: prime prove per un'applicazione costituzionale della "frode delle etichette"*, cit., 700, ove, oltre che di emancipazione, si ragiona anche di «applicazione interamente "autogestita" e accentrata dei criteri *Engel*». Più avanti, l'A. insiste con parole molto significative sull'importanza del fatto che nella [sent. n. 68](#) la Corte si sia spinta a valutare il grado di afflittività in concreto della misura di cui si discuteva (ovvero – e sul punto si tornerà poco oltre – l'entità dell'impatto della stessa sui diritti fondamentali di chi ne sia destinatario) «direttamente [...], mediante il parametro della ragionevolezza, e [...] utilizzando in modo per così dire accessorio la giurisprudenza della Corte edu, quasi a voler consacrare una sorta di appropriazione della teoria della frode delle etichette, la quale anche a livello costituzionale, di riflesso, acquisisce una sua autonoma dignità e diventa paradigma dello



Per un verso, appare necessario sviluppare maggiormente le indagini e le riflessioni sulle singole garanzie sostanziali e procedurali previste – rispetto a misure punitive o comunque afflittive (senza che in questa fase risulti rilevante l’“etichettatura” di tali garanzie, il loro collegamento – vero o presunto – con una specifica “materia”, sia essa individuata secondo criteri formalistici o sostanzialistici) nel sistema convenzionale, in quello dell’Unione europea e ovviamente nel nostro ordinamento, allo scopo di ricostruire nella maniera più accurata, per ciascuna di queste garanzie, non solo (e comunque prima di tutto) l’intrinseca *ratio*, ma anche le implicazioni, le ricadute operative, le controindicazioni e i rischi del suo mancato riconoscimento, come pure i prevedibili effetti collaterali, anche su un piano prettamente pratico, del suo riconoscimento (rispetto alle diverse situazioni che possano immaginarsi).

Per l’altro verso, si dovrebbe proseguire nel lavoro di analisi e “inquadramento” delle singole misure “afflittive” o, più in generale, incisive su diritti fondamentali¹⁶⁰, in maniera più approfondita¹⁶¹, articolata e “aperta” (rispetto a quanto spesso è avvenuto e ancora avviene): ovvero in maniera *non pre-indirizzata* – e dunque coartata, artificiosamente semplificata e sostanzialmente falsata – dalla fuorviante (e in qualche modo autoindotta, per ragioni

scrutinio di costituzionalità»; da ciò conseguendo (e anche questo rilievo risulta essenziale ai fini del discorso che si sta svolgendo in questa pagine) che «[o]ccorrerà verificare se questo tipo di impostazione, certamente innovativa, avrà un seguito e, in caso positivo, in che rapporto si porrà con la giurisprudenza CEDU, su cui certamente si basa e che la ha ispirata, non potendosi affatto escludere in futuro degli scostamenti tra gli orientamenti delle due Corti, che renderebbero non perfettamente sovrapponibili le tutele nazionali e convenzionali delle misure sostanzialmente penali, ora certamente più allineate che in passato» (*Ibidem*, 704).

¹⁶⁰ Che, in ultima analisi, proprio sulla attitudine di una qualsiasi misura ad incidere, più o meno pesantemente, sui diritti fondamentali dei suoi destinatari occorra prioritariamente fare perno allo scopo di correlare e commisurare nel modo più adeguato le varie garanzie sostanziali e procedurali potenzialmente riconoscibili è spesso riconosciuto (esplicitamente o, spesso, implicitamente) in sede giurisprudenziale oltre che in sede dottrinale. Un simile approccio, del resto, risulta pienamente coerente con la logica di fondo e con le più salienti acquisizioni tecniche del costituzionalismo moderno: basti pensare, in tal senso, agli istituti della riserva di giurisdizione e della riserva di legge (al di là, si vuol dire, della materia penale) e ai criteri ai quali, nella generalità delle Costituzioni (e poi nell’applicazione di queste ad opera delle Corti costituzionali), ci si è ispirati per definire l’ambito di applicazione di tali “meccanismi”, non a caso considerati e studiati, di norma, proprio nel loro ruolo di *strumenti di tutela dei diritti fondamentali* (oltre che – ammesso e decisamente non concesso che sia possibile separare le cose – per la loro funzione di invero e garanzia dei più basilari principi relativi alla separazione dei poteri, alla sovranità popolare e alla forma di governo).

¹⁶¹ Non limitandosi, anche qui, agli elementi direttamente risultanti dal quadro normativo, ed estendendo invece l’indagine e la riflessione anche ai risvolti pratici, alle prevedibili ricadute concrete e alle possibili conseguenze anche indirette, soprattutto in termini di “impatto personale”, delle singole misure (e, non di rado, degli stessi procedimenti finalizzati alla loro adozione), al contempo senza trascurare la doverosa considerazione delle molteplici e variegata esigenze (pubbliche, o di altri soggetti privati), spesso di rilievo costituzionale, che “stanno dietro” la previsione di sanzioni e misure repressive; e che impongono, per ciascuna di tali misure, di interrogarsi seriamente (e sempre includendo nell’analisi il profilo procedurale) anche su aspetti legati, per così dire, alla complessiva “efficienza” del sistema punitivo (espressione qui da intendersi, non dovrebbe servire preciarlo, nel senso più lato).



contingenti ma ampliamenti superabili) prospettiva di dover per forza inserire *una volta per tutte* tali misure (e, in correlazione ad esse, gli illeciti che ne sono all'origine e/o i procedimenti che conducono alla loro adozione) *in due sole categorie* – quelle, diciamo del “penale” e del “non penale” – e dal connesso fallace presupposto che dalla riconduzione all'una o all'altra categoria debba discendere il *riconoscimento o la negazione “in blocco”* di tutte quelle garanzie *pregiudizialmente* – anche se non sempre fondatamente¹⁶² – ritenute proprie ed *esclusive della materia penale*¹⁶³.

Dal parallelo svolgimento, o meglio dall'intreccio e dalla ricongiunzione di questi due percorsi di ricerca – procedendo, concretamente, a un più articolato e ragionato “accoppiamento” tra garanzie e misure (in senso lato) sanzionatorie alla luce della contestuale considerazione delle finalità e caratteristiche delle une e delle altre, quali accuratamente ricostruite in via preliminare – si dovrebbe giungere a un risultato finale consistente nella ricomposizione organica e coerente di una serie ben più numerosa – rispetto al tradizionale, a lungo dominante ma già in parte superato (sia pur a volte quasi inconsapevolmente) approccio dicotomico – di “regimi” di tutela: ciascuno ponderatamente correlato e puntualmente calibrato al rispettivo ambito applicativo e, dunque, ad esso più pienamente adeguato (da tutti i punti di vista adottabili: quello del possibile destinatario delle misure ma anche quelli, differenti se non contrapposti, legati ad interessi pubblici e/o ad altri diritti, bisogni e interessi individuali).

Il tutto mantenendo “ad ogni buon conto”, anche in questo (ipotetico) nuovo e più sofisticato scenario teorico, i necessari margini di elasticità e di adattamento alle specificità del singolo caso¹⁶⁴, imposti (se non altro) proprio da quei basilari principi di ragionevolezza e

¹⁶² Cfr. sotto questo specifico profilo quanto si è ricordato, in particolare, nel paragrafo 8.

¹⁶³ Se – o più che altro in che misura e in quali modi – questo secondo lavoro di analisi possa portare all'emersione di vere e proprie “categorie” di misure sanzionatorie (al solito in senso lato), includenti quelle misure caratterizzate dal presentare le *medesime esigenze di tutela* e conseguentemente il bisogno di essere “accoppiate” a un *medesimo insieme di garanzie* (al di là della possibilità, al contempo remota e tutt'altro che imprescindibile, di individuare e utilizzare per tali ipotetiche categorie di misure, e correlativamente di regimi, delle denominazioni...delle nuove “etichette”), lo si potrà in via definitiva scoprire, chiaramente, solo “in corso d'opera”. Quel che può però fin d'ora notarsi è che importanti studi già compiuti sulla base di visioni generali almeno in parte sovrapponibili a quella qui adottata sembrerebbero orientarsi proprio in questa direzione, sia pure ricorrendo, per il momento, a *poche e molto ampie* categorie (probabilmente suscettibili, si ritiene, di essere maggiormente articolate in futuro): cfr. ad esempio quanto si è in precedenza avuto modo di ricordare circa l'approccio di V. MANES, *Profili e confini dell'illecito para-penale*, cit., il quale, muovendosi sostanzialmente nella prospettiva avanzata da Francesco Viganò di una “tutela a cerchi concentrici”, ha indicato tre sotto-insiemi di misure, ciascuno corrispondente a un diverso e tendenzialmente omogeneo (...salva appunto la possibilità, come si diceva, di ulteriori articolazioni e modulazioni) corredo di garanzie; con approccio piuttosto simile, v. anche F. BAULO, *Le sanzioni amministrative punitive e uno “statuto costituzionale” in costruens* cit., e, per importanti spunti anche in quest'ordine di idee, i due volumi, più volte citati, di F. MAZZACUVA e L. MASERA.

¹⁶⁴ A tale esigenza sembrano tra l'altro ricollegarsi in modo piuttosto stretto quelle significative considerazioni della Corte costituzionale – su cui ci si è già soffermati nel par. 5.1 – volte a mettere in luce, in particolare



proporzionalità – e dai sottostanti valori personalistici che essi presidiano – cui si era fatto inizialmente riferimento¹⁶⁵. E il tutto accettando, sotto altro profilo, come pienamente fisiologica, in via di principio non particolarmente problematica e anzi per più versi opportuna la possibilità, cui si è già fatto cenno, che – operando la Corte costituzionale e la Corte di Strasburgo ciascuna “sul proprio terreno” , con non coincidenti riferimenti parametrici e schemi argomentativi (al pari, vale la pena precisare, della Corte di Lussemburgo, la cui voce pure in più occasioni ha avuto, e potrà avere, rilievo con riguardo a questa tematica) – si verifichino «degli scostamenti tra gli orientamenti delle due [...o tre] Corti, che renderebbero non perfettamente sovrapponibili le tutele nazionali e convenzionali [...e/o, dove queste possano venire in gioco, eurounitarie] delle misure sostanzialmente penali, ora certamente più allineate che in passato¹⁶⁶»¹⁶⁷. In chiusura, e tornando a ricollegarsi proprio alle considerazioni

nell’ambito di questioni connesse a interventi di depenalizzazione, l’eventualità che determinate sanzioni amministrative debbano addirittura ritenersi, per i loro effetti concreti, ancor *più afflittive* di (precedenti) sanzioni penali: con conseguente necessità di non cadere, ad esempio allo scopo di individuare la disciplina applicabile tra le due succedutesi nel tempo, nel “tranello” di ritenere che la “degradazione” di un illecito penale ad illecito amministrativo renda *per definizione* più favorevole (...realmente più favorevole) il nuovo trattamento sanzionatorio, laddove invece la possibilità che così non sia impone di indagare su quale sia *concretamente* il «regime complessivamente più favorevole per la persona, avuto riguardo a tutte le caratteristiche del caso specifico» ([sent. n. 68 del 2017](#), p. 8 in diritto).

Questo risoluto orientamento del giudice costituzionale – su cui v. ancora I. PELLIZZONE, *Afflittività della sanzione amministrativa punitiva dichiarata incostituzionale e legalità costituzionale della pena: prime prove per un’applicazione costituzionale della “frode delle etichette”*, cit., spec. 701 – appare di grande rilievo su un piano generale (come si era iniziato ad accennare) per la ragione che da esso può pianamente desumersi che la “presunzione assoluta” per cui le sanzioni penali sono più gravi di quelle amministrative – presunzione che, a livello sistemico, sta alla base del riconoscimento di una serie di garanzie solo con riguardo alla “pene” e dunque alla materia penale in senso stretto – è appunto solo una presunzione assoluta, il cui superamento come in molti altri casi potrebbe risultare doveroso, con tutto ciò che tale rilievo implica, già sulla base dell’art. 3 Cost: e del resto è proprio in riferimento all’art. 3 che, come si è giustamente e ripetutamente voluto rimarcare in dottrina (v. sempre I. PELLIZZONE, *op. cit.*, 701 e 702), è stata accolta la questione, relativa all’art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953, alla base della poc’anzi citata [sentenza n. 68](#), potendosi anzi scorgere proprio nella riconduzione del caso all’«alveo applicativo, anziché dell’art. 117, primo comma, dell’art. 3», la ragione principale del ribaltamento di esito rispetto alla precedente [sentenza n. 43 del 2017](#) (e ciò anche in considerazione e in coerenza col fatto, può aggiuntivamente notarsi, che la questione verteva – come si è poco sopra ricordato – su una garanzia di matrice prettamente interna e priva, almeno a prima vista, di una qualche pur indiretta “copertura” convenzionale).

¹⁶⁵ ...non dimenticando, per altro verso, il già più volte richiamato *caveat* che la Corte costituzionale ha formulato nella [sent. n. 196 del 2016](#) allorché ha ricordato come quello del trattamento sanzionatorio degli illeciti amministrativi sia «un ambito in cui deve riconoscersi al legislatore un ampio margine di libera determinazione».

¹⁶⁶ I. PELLIZZONE, *Afflittività della sanzione amministrativa punitiva* cit., 704.

¹⁶⁷ Sui motivi per i quali deve considerarsi fisiologica e tendenzialmente non problematica (spesso anche opportuna, non di rado proprio necessaria) la diversità di approcci tra le diverse Corti – in ragione, lo si ribadisce, di sottostanti differenze ordinamentali destinate inevitabilmente a incidere sul ruolo, sulle funzioni e sul modo di operare di queste – si rinvia senz’altro alla lucidissima ricostruzione di F. VIGANÒ, *Il nullum crimen conteso: legalità*



metodologiche dalle quali si erano prese le mosse, può cogliersi l'occasione per notare come il medesimo approccio analitico che ha guidato – si ritiene fruttuosamente – il presente lavoro sembra altrettanto fruttuosamente adottabile su altri terreni, nell'ambito dei quali pure si avverte la necessità di superare visioni rigidamente dicotomiche, conducenti a *insoddisfacenti ricostruzioni e contrapposizioni su base binaria*, spesso ispirate dalle, e intrappolate nelle, *logiche del “tutto o niente”, del “sempre o mai”*. Ciò è quanto ad esempio sembra potersi affermare con riguardo alla complessa questione, spesso affrontata in modo un po' superficiale e talora addirittura grossolano perfino in sede giurisprudenziale e legislativa, delle (modalità per affrontare nel modo di volta in volta più adeguato le cosiddette, vere o presunte) “discriminazioni a rovescio”¹⁶⁸, nonché con riguardo alla più generale e non meno complessa tematica, riportata alla ribalta dalla sentenza della [Corte costituzionale n. 269 del 2017](#) e dalle successive decisioni riconducibili al “filone” da essa inaugurato¹⁶⁹, dei metodi di risoluzione delle antinomie tra norme interne e norme comunitarie, ove la diretta o indiretta discussione tra molti degli Autori intervenuti nel dibattito sembra a volte aver assunto tratti vicini a quelli che caratterizzano il confronto tra coloro che fideisticamente hanno deciso di “tifare”, *in ogni caso*, per una determinata parte e, conseguentemente, si dedicano solo a sostenere tesi funzionali al sostegno di questa: laddove invece, come si è cercato di mostrare in altra sede, delle due principali posizioni/soluzioni “in campo” (disapplicazione della norma interna anticomunitaria da parte del giudice comune, previo eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ad opera di questi, da una parte; sottoposizione della questione alla Corte costituzionale per indiretta violazione degli artt. 11 e 117, c. 1 Cost., dall'altra), più che predicarsi la preferibilità *in termini assoluti*, sarebbe probabilmente utile cercare di indagare e individuare accuratamente, in primo luogo, *vantaggi e svantaggi a seconda delle diverse situazioni (...dei diversi tipi di situazione)* che possono concretamente porsi, con ampia varietà di esigenze e dunque di “soluzioni ideali”; nonché, in secondo luogo e ove possibile, eventuali *modalità di conciliazione*¹⁷⁰.

'costituzionale' vs legalità 'convenzionale'?, cit.; v. anche, in proposito, le considerazioni di I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?*, cit..

¹⁶⁸ Sul tema, anche per chiarimenti sui rilievi critici qui solo accennati, cfr. volendo V. SCARABBA, *Le 'discriminazioni a rovescio' per non applicabilità del diritto UE: profili costituzionali, legislativi e giurisprudenziali*, in P. Ivaldi, L. Schiano di Pepe (a cura di), [Uguaglianza e giustizia. Itinerario di una ricerca dottorale](#), Genova, 2023, 143-166; ulteriori riflessioni al riguardo – anche in collegamento all'altra tematica citata subito oltre nel testo – sono svolte in un contributo destinato a essere pubblicato a stretto giro, con il titolo *Le "discriminazioni a rovescio" e le diverse modalità di superamento delle antinomie tra norme interne e norme europee*.

¹⁶⁹ Dalle decisioni n. [20](#), [63](#), [112](#) e [117 del 2019](#) fino alle recenti [pronunce n. 181](#) e [210 del 2024](#) e [n. 1](#), [7](#), [21](#), [24](#) e [31 del 2025](#).

¹⁷⁰ Ci si permette di rinviare a questi propositi (anche relativamente all'ipotesi, a prima vista singolare, di conciliazione tra i due approcci operativi) all'analisi e alle riflessioni svolte in V. SCARABBA, *Cose da non trascurare nella ridefinizione del regime operativo del diritto, e dei diritti, di matrice europea*, in corso di pubblicazione in *Giurisprudenza costituzionale*.