

CULTURA PENALE E SPIRITO EUROPEO

ANTONIO CAVALIERE

Osservazioni intorno al concetto di “materia penale”, tra Costituzione e CEDU*

Il lavoro analizza il concetto di materia penale sia da un punto di vista *de lege lata* che *de lege ferenda*. Si sofferma in particolare sul concetto costituzionale di materia penale e sui diversi ‘binari’ penalistici. Una volta distinto il concetto costituzionale da quello convenzionale di materia penale, viene sottoposta a critica la giurisprudenza della Corte EDU e della Corte costituzionale in argomento.

Remarks on the concept of « criminal matter », between Constitution and ECHR

This paper analyses the concept of “criminal matter” in the criminal law in force, but also from a point of view de lege ferenda. It focuses on the constitutional concept of criminal matter and on the different kinds of criminal sanction. It proposes a distinction between constitutional and conventional notion of criminal matter and it criticizes the jurisprudence of the ECHR and of the Italian Constitutional Court on this subject.

SOMMARIO: 1. *Premessa.* - 2. *Diversi angoli visuali: le prospettive de lege lata e ferenda e la dicotomia formale/sostanziale.* - 3. *Intorno al concetto costituzionale di materia penale.* - 3.1. *La Costituzione e i ‘binari’ penalistici.* - 4. *Corte EDU e materia penale: dalla garanzia giurisprudenziale contro ‘frodi delle etichette’ alla frode delle etichette giurisprudenziale.* - 5. *La “materia penale” nella sentenza della Corte costituzionale n.24/2019.* - 6. *Conclusioni.*

1. *Premessa.* La recente discussione intorno alla definizione del concetto di ‘materia penale’¹ ripropone, sotto diverse spoglie, controversie risalenti in dottrina. Dietro l’affermazione apparentemente scontata, ricorrente nella manualistica, secondo cui diritto penale è il complesso delle disposizioni da cui dipende l’applicazione di una sanzione penale, si cela un ginepraio di problemi; dalla loro soluzione discende la distinzione tra l’illecito e la sanzione penale, da un lato, e quelli extrapenali dall’altro, siano essi amministrativi, disciplinari o civili. Già la stessa qualificazione delle misure di sicurezza e delle misure di

¹ Il presente scritto è destinato agli Studi in onore di Giovanni Grasso.

¹ In argomento, cfr. spec. *La «materia penale» tra diritto nazionale ed europeo*, a cura di Donini-Foffani, Torino, 2018; MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018; Fr. MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino 2017. Mi sia consentito rinviare pure a *Le vite dei migranti e il diritto punitivo*, in *Sist. pen.*, 2022, 4, par.3.3., con ult. rif. bibl. Per ragioni di spazio, i riferimenti bibliografici nel presente lavoro sono limitati all’essenziale.

prevenzione nel novero delle sanzioni penali – e, conseguentemente, all'interno della 'materia penale', come si vedrà meglio più avanti – non è incontroversa. In queste pagine, dedicate all'illustre Collega Giovanni Grasso, mi limiterò ad alcune considerazioni di fondo, senza alcuna pretesa di affrontare esaurientemente una tematica così complessa.

2. Diversi angoli visuali: le prospettive de lege lata e ferenda e la dicotomia formale/sostanziale. La questione può essere esaminata da angoli visuali che vanno distinti, pur rimanendo intimamente connessi. Innanzitutto, la si può analizzare da un punto di vista *de lege lata* oppure, come vedremo più avanti, *de lege ferenda*.

Inoltre, per stabilire se un certo illecito e/o una certa sanzione siano o meno penali secondo il diritto vigente, si può operare alla stregua di un criterio formale oppure sostanziale. Secondo il primo, illecito e sanzione penali sono quelli definiti tali dal legislatore: ed il riferimento ad un tale criterio formale è imposto dal principio di legalità, nella sua accezione – comprensiva, in particolare, della riserva di legge – di derivazione illuministica, sancita da diverse Costituzioni europee, tra cui la nostra. Nessun giudice può ravvisare un reato, ad esempio, in un illecito amministrativo e/o applicare una pena non prevista dalla legge per un determinato illecito; ma vale anche l'inverso, nel senso che nessun giudice può escludere che un illecito astrattamente previsto dalla legge come reato sia tale, ma, ad esempio, costituisca solo un illecito amministrativo.

Ciò non toglie l'importanza – ben nota fin da epoche lontane e riscoperta, in tempi relativamente recenti, da Franco Bricola nella sua celebre *Teoria generale del reato* – di fare riferimento, in aggiunta al concetto formale e non in sostituzione di esso, pure ad un concetto sostanziale di reato e, dunque, necessariamente anche di sanzione penale, in funzione critica della legislazione vigente. 'Sostanziale' – secondo quanto preciseremo meglio nel prossimo paragrafo – non nel senso di metagiuridico, ma di costituzionalmente orientato: un concetto, per così dire, *de Constitutione lata*, che orienti l'interpretazione e che possa anche condurre a dichiarare la *lex lata* contraria ai principi costituzionali e, in particolare, alle norme CEDU che, quali norme interposte richiamabili

alla stregua dell'art. 117 co. 1 Cost., finiscono per costituire parametri dello stesso giudizio di legittimità costituzionale. Sin dagli anni Settanta del secolo scorso, si è adottato un concetto che è stato definito “formale-sostanziale” di legalità e di reato², e ciò non può che valere pure per la sanzione penale.

Un concetto sostanziale, costituzionalmente orientato, di reato e di sanzione penale può fungere, in particolare, da criterio per dichiarare illegittima una norma incriminatrice: ad esempio, un illecito penale imperniato su una responsabilità oggettiva o, addirittura, per fatto altrui è illegittimo per violazione dell'art. 27 co. 1 Cost.; per quel che concerne il versante sanzionatorio, una pena incompatibile con l'art. 27 co. 3 Cost. è costituzionalmente illegittima.

Sotto un altro profilo, che è quello che più interessa l'attuale dibattito intorno alla nozione di materia penale, un concetto sostanziale di reato e di pena può servire, com'è noto, pure in chiave critica verso la qualificazione legislativa formale come extrapenale di un illecito, *rectius* – per ragioni che addurremo più avanti – di una sanzione che, in realtà, vada considerata quale penale: ciò allo scopo di evitare le ben note ‘frodi delle etichette’, strumentali all'esclusione dell'applicabilità a tali illeciti e sanzioni dei principi del diritto e del procedimento penale.

Proprio alla luce delle funzioni di garanzia del concetto sostanziale, costituzionalmente orientato, di illecito e sanzione penale, pare scorretta la ricorrente osservazione ‘pragmatica’ secondo cui la questione relativa alla qualificazione come penale o extrapenale di una certa sanzione – si pensi, ad esempio, alle varie forme di confisca – o di una certa forma di responsabilità – si consideri solo la questione della ‘natura’ della responsabilità degli enti da reato – sarebbe irrilevante, poco significativa o ‘astratta’. Per le stesse ragioni, non risulta condivisibile la disinvoltura dottrinale e/o giurisprudenziale con cui si pretende talora di risolvere quel problema affermando che una determinata sanzione costituisca un *tertium genus*, un ibrido, ad esempio, tra illecito penale ed amministrativo, al quale si applicherebbero, dunque, solo in parte – ma, viene subito da chiedersi, in quale parte, e perché? – i principi del diritto penale.

² Cfr. per tutti F. MANTOVANI, *Diritto penale. Parte generale*¹¹, Milano 2020, 21 ss.

Considerazioni analoghe valgono per quelle soluzioni dottrinali che, in modo sicuramente raffinato ed articolato, ‘costruiscono’ in via ermeneutica una differenziazione della rilevanza dei principi costituzionali, da cui fanno conseguire che a taluni illeciti e sanzioni si applicherebbero in parte i principi penalistici, in parte quelli di altri rami dell’ordinamento³. L’‘estro’ costruttivo giunge al punto di proporre di applicare a determinati illeciti un corollario sì e l’altro no dello stesso principio costituzionale – ad esempio, la riserva di legge no o solo in parte, la determinatezza sì -, sulla base della relativa *ratio*, così come delineata dal ‘diritto vivente’ o, magari, dal singolo interprete.

A mio avviso, tali soluzioni ‘pragmatiche’ e/o differenziate, oltre a minare la certezza del diritto attraverso una perniciosa creatività dottrinale/giurisprudenziale, possono, al di là delle intenzioni – apprezzabilmente rivolte all’applicazione ad illeciti extrapenali di alcuni principi o sottoprincipi (corollari) penalistici –, finire per risultare strumentali all’elusione, parziale o totale, delle garanzie relative alla materia penale, in rapporto ad illeciti e sanzioni che andrebbero qualificati come penali e, perciò, assoggettati a tutte quelle garanzie: in altri termini, quelle soluzioni possono perpetuare vecchie frodi delle etichette o supportarne di nuove.

La necessità del riferimento ad un concetto sostanziale di reato e di sanzione penale va, ad ogni modo, bilanciata con l’esigenza imprescindibile della certezza del diritto, connessa al concetto formale: l’individuazione del concetto ‘sostanziale’ è pur sempre rimessa ad un interprete (magari dottrinale) e la sua applicazione ad un giudice. Un’interpretazione costituzionalmente orientata e ancor più una prevalenza del concetto sostanziale, costituzionalmente o convenzionalmente fondato, su quello formale, sancita attraverso una pronuncia di illegittimità costituzionale o di incompatibilità con la CEDU, richiede, in tale prospettiva, solidità e controllabilità razionale del relativo impianto argomentativo.

In altri termini, non si può rimettere all’arbitrio dei giudici – neppure delle Corti supreme – il potere di stabilire che cosa sia materia penale e che cosa non lo sia: altrimenti, si tornerebbe ad un governo degli uomini anziché delle

³ Cfr. per tutti MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 205 ss., con ult. rif. bibl.

leggi, dei giudici costituzionali anziché della Costituzione. Che un tale profilo del problema possa essere meno avvertito nel Consiglio d'Europa, in relazione ai rapporti tra CEDU e Corte EDU, risulta evidentemente comprensibile, ma preoccupante, sul piano dei rapporti tra poteri e su quello della certezza del diritto: basta porre mente alle note oscillazioni della giurisprudenza di Strasburgo per rendersene conto. Anche sotto tale punto di vista, è necessario approfondire il concetto sostanziale di materia penale, per cercare di contribuire alla solidità ed alla controllabilità razionale delle relative decisioni giurisprudenziali. Il che costituisce, da sempre, un compito della teoria generale del reato, anche in connessione con la teoria della pena.

Da una prospettiva *de lege ferenda*, la questione della definizione di materia penale risulta preliminare a quella relativa alla scelta legislativa tra illecito/sanzione penale e amministrativo (o disciplinare) o civile: ciò risulta palese laddove si consideri che optare per una trasformazione di illeciti penali in amministrativi – oppure civili – dà luogo ad una frode delle etichette, ossia ad una ‘depenalizzazione’ apparente, se la sanzione scelta è, in realtà, sostanzialmente penale.

Connesso al problema della definizione di materia penale è quello, cui si è appena accennato, della fonte di tale definizione: ovvero, se quest'ultima vada rimessa all'interprete, alla stregua di parametri metagiuridici o di un'interpretazione della Costituzione e della CEDU o della CDFUE, oppure se, nella prospettiva della certezza del diritto, occorra che quel concetto venga precisato nella stessa Costituzione e/o nella CEDU. Quest'ultima possibilità non appare del tutto irrealistica: basti pensare all'art. 13 Cost., che collega determinate garanzie alla privazione della libertà personale, ovvero al bene giuridico su cui incide l'intervento dell'autorità, anziché al mero *nomen* di pena o misura. L'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale del concetto di “materia penale” può costituire, sotto tale profilo, la premessa culturale per una definizione normativa.

Anche in prospettiva di riforma, la questione della definizione di materia penale non può essere vista in modo tecnocratico o tecnicistico, come se si trat-

tasse di un mero problema di efficienza organizzativa o di ‘riparto di competenze’ tra settori ordinamentali e relativi apparati. Qualora si adottasse una tale visuale efficientistica, si potrebbe decidere arbitrariamente se qualificare una certa sanzione come penale o extrapenale, a seconda che si ritenga utile o ‘conveniente’ applicare determinati principi e regole ed impiegare un apparato della giustizia – civile, amministrativo o penale – invece di un altro. Si potrebbe, ad esempio, chiamare ‘amministrativa’ la privazione della libertà personale fino ad un anno e sei mesi, semplicemente perché ‘conviene’ non applicare i principi e le complesse regole del diritto e del procedimento penale e per sgravare l’amministrazione della giustizia penale: mi riferisco, evidentemente, al problema del cosiddetto ‘trattenimento amministrativo’ dei migranti, che la normativa euromunitaria autorizza fino a 18 mesi.

Ma l’applicazione di principi e regole distinti non può derivare da mere esigenze efficientistiche, bensì richiede un *ubi consistant*: l’individuazione di determinati illeciti e sanzioni quali penali ha una imprescindibile funzione di garanzia. La questione relativa alla materia penale nasce proprio per tale finalità: è una questione non ‘tecnica’ e di mera forma, ma ‘politica’, sostanziale, nel senso di teleologicamente orientata a scopi di tutela dei diritti fondamentali della persona destinataria – potenziale o attuale – della sanzione. E non si tratta di un assunto aprioristico od ‘ontologico’, bensì di un rilievo fondato sull’esperienza, passata e presente: ricondurre una determinata sanzione, applicata in un dato ordinamento, alla materia penale significa assoggettarla ai principi di tale materia, che si tratti di misure di prevenzione o di sicurezza, di privazioni della libertà personale o di sanzioni diverse, ma comunque incidenti su diritti fondamentali della persona.

La posta in gioco appare evidente, e ciò è confermato dal dato per cui il concetto di materia penale può essere – e viene tuttora – strumentalizzato in funzione esattamente opposta a quella, critica e garantistica, per cui è stato elaborato, ossia al fine di escludere – attraverso una determinata costruzione teorica, dottrinale o giurisprudenziale, di tale concetto – l’applicabilità ad un dato illecito e ad una data sanzione dei principi penalistici, sostanziali e processuali, che dovrebbero invece presiedervi.

Proprio per l'importanza della questione, va ribadito che quell'orientamento pragmatico secondo cui 'poco importa' la questione della qualificazione penale o amministrativa della confisca, delle misure di prevenzione, della responsabilità da reato degli enti, etc., si risolve nel dare 'carta bianca' al legislatore per svincolare da qualsiasi garanzia penalistica qualunque sanzione, per quanto grave possa essere; si tratti pure della privazione della libertà personale, della libertà generale di agire - si pensi a pesanti sanzioni interdittive perpetue - o dell'intero patrimonio (confisca generale dei beni).

3. *Intorno al concetto costituzionale di materia penale.* Un concetto di materia penale volto ad assicurare l'effettività del vincolo della legislazione ai principi penalistici non può essere ovviamente ricavato dalla legislazione stessa, ma dev'essere esterno ad essa: altrimenti non potrebbe svolgere alcuna funzione 'critica' delle opzioni del legislatore. Valgono qui, *mutatis mutandis*, le argomentazioni relative alla funzione critica del concetto di bene giuridico; e, per altro verso, si ripropone la considerazione - che dovrebbe risultare scontata, ma non lo è, come dimostra la recente discussione intorno alla 'riserva di codice' di cui all'art. 3-*bis* c.p. - secondo cui una norma di legge o un principio espresso dal legislatore ordinario non vincola lo stesso legislatore, che a tale norma o principio può successivamente derogare o che può addirittura abolirlo del tutto.

Un concetto 'critico' di materia penale può dunque - come è stato ben rilevato⁴ - o risalire ad un fondamento metagiuridico, ed in tal senso 'sostanziale', oppure ad uno giuspositivo, di rango superiore alla legislazione ordinaria: costituzionale o, per quel che qui interessa, convenzionale. Un concetto costituzionale o convenzionale di materia penale è, propriamente, un concetto 'formale', nel senso di giuspositivo; ma, in questa sede, lo definirei quale concetto 'sostanziale', da un lato perché ha una funzione di vincolo rispetto ad una qualificazione formale operata dal legislatore - o, magari, nei sistemi di *common law*, dalla giurisprudenza -; dall'altro perché tale concetto risponde ad esigenze te-

⁴ MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 195 ss.

leologiche, di scopo, ed in tal senso ‘sostanziali/materiali’. Un parallelo possibile, per intenderci, è quello con il concetto ‘materiale’ di colpevolezza, impiegato fin dagli anni Sessanta del secolo scorso dalla dottrina penalistica costituzionalmente orientata, in funzione critica di quel concetto formale, tecnicistico di colpevolezza che, per lungo tempo, in Italia ha supportato l’ammissibilità di forme di responsabilità oggettiva e la regola dell’assoluta inescusabilità dell’ignoranza della legge penale⁵.

Certamente, un concetto metagiuridico, che adotti cioè un punto di vista ‘esterno’⁶ non solo in rapporto alla legislazione ordinaria, ma anche alle norme CEDU ed alla stessa Costituzione, ha un valore giusfilosofico irrinunciabile: l’indagine intorno ad esso rappresenta una ricerca sui fondamenti del diritto penale, che non può né deve arrestarsi davanti ad alcuna opzione giuspositiva, neppure di rango costituzionale. Del resto, la riflessione sui fondamenti del diritto costituzionale è alla base della posizione di norme costituzionali: di quelle vigenti come di quelle che possono scaturire da eventuali – auspicabili o nient’affatto auspicabili – riforme. Le Costituzioni e gli stessi diritti umani sono prodotti della storia e della cultura e, dunque, oggetto di conquiste o di evoluzioni e, purtroppo, anche soggetti a pericoli di cadute o involuzioni⁷.

Tuttavia, un concetto ‘sostanziale’ metagiuridico di materia penale mancherebbe del necessario fondamento positivo e, dunque, di vincolatività; esso dipenderebbe dalle diverse concezioni giusfilosofiche, ad esempio ontologiche, giusrazionalistiche, storicistiche, o persino volontaristiche: «Penale è ciò che al sovrano piace definire penale». Senza, perciò, nulla togliere all’importanza della ricerca giusfilosofica intorno al concetto di pena e di materia penale, l’esigenza di reperire un concetto giuridicamente vincolante comporta la necessità di assumere a punto di partenza il dettato costituzionale.

Quest’ultimo, sul piano del diritto positivo, risulta sovraordinato non solo in rapporto alla legislazione ordinaria, ma anche alle norme CEDU, in quanto, notoriamente, ‘interposte’.

⁵ In argomento, cfr. per tutti PULITANÒ, *L’errore di diritto nella teoria del reato*, Milano, 1976, 58 ss., 71 ss.

⁶ FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 1989, 947 ss.

⁷ Sulla storicità dei diritti umani, cfr. per tutti BOBBIO, *L’età dei diritti*, Torino, 1990, VII ss., 5 ss.

Tuttavia, la Costituzione non definisce il concetto di “pena”; essa distingue, all’art. 25 co. 2-3, dall’essere punito, ossia dall’infrazione di una pena, l’essere sottoposto a misura di sicurezza, ma assoggetta anche l’infrazione della misura - sia pure con formulazione significativamente diversa dal principio di legalità e pare, con ciò, ricondurla alla ‘materia penale’. Si è reso e si rende, dunque, necessario interpretare la Costituzione per stabilire l’ambito di applicazione dei principi relativi all’“essere punito”, art. 25 co. 2, alle “pene”, 27 co. 3, alla “responsabilità penale”, art. 27 co. 1 ed allo stesso “processo penale”, art. 111 co. 3-4 Cost.

Sul piano metodologico, un’indispensabile premessa di tale lavoro ermeneutico consiste nell’impossibilità di interpretare la Costituzione alla luce di norme subordinate ad essa, quali sono quelle contenute in leggi ordinarie e nella stessa CEDU: quest’ultima contiene, va ribadito, norme ‘interposte’ tra leggi e Costituzione.

Non si può, dunque, sostenere - per riportare un esempio significativo - che le misure di sicurezza siano, secondo la Costituzione, sanzioni amministrative sulla base dell’argomento per cui tali sono definite e considerate nel codice Rocco. E neppure si può asserire che il “trattenimento amministrativo” dei migranti irregolari non rientri sostanzialmente, secondo i principi costituzionali, nella materia penale, solo perché il legislatore ordinario lo qualifica quale amministrativo. Vi possono essere, dunque, frodi delle etichette da parte del legislatore, miranti proprio a celare l’incostituzionalità delle relative norme.

Ma, per le ragioni appena illustrate, anche il dato per cui, secondo la CEDU, ovvero secondo l’interpretazione vincolante che ne dà la Corte EDU, una determinata sanzione non sia da ritenersi penale - è il caso, com’è noto, della misura di prevenzione della sorveglianza speciale secondo la sentenza De Tommaso c. Italia del 23 febbraio 2017 - non significa che essa non rientri nella materia penale secondo la Costituzione e, dunque, non vada assoggettata ai principi costituzionali relativi al diritto ed al procedimento penale.

Ciò premesso, che cosa sia diritto penale secondo la Costituzione - se, cioè, rientrino nella materia penale anche le misure di sicurezza e le misure di prevenzione o talune fra esse; la detenzione dei migranti, perché in sostanza di

detenzione si tratta; oppure la responsabilità da reato degli enti; o, magari, i trattamenti sanitari obbligatori (sic) – va inteso alla luce di un’interpretazione sistematica, teleologicamente orientata.

Preliminarmente, ed in via di sintesi, a me sembra che si ponga qui un’alternativa teorica di fondo: definire la materia penale in base alla sanzione oppure in base all’illecito. Alla stregua della prima impostazione, diritto penale è, come ritiene la richiamata definizione corrente, il complesso di regole da cui dipende l’inflizione di una sanzione penale. Alla stregua della seconda, il diritto penale andrebbe invece individuato sulla base dell’illecito: sarebbe cioè la gravità, la natura o qualità, la struttura intrinseca – ad esempio, necessariamente personale – dell’illecito a qualificare il diritto penale. Questa seconda impostazione – a mio avviso non sostenibile – pare essere presa in considerazione, si badi, dalla giurisprudenza della Corte EDU, soprattutto nella sentenza Engel, quale uno dei possibili criteri identificativi della materia penale.

Ebbene, dal punto di vista storico, si può ben supporre che le cose stiano così, ovvero che sia stata la ‘qualità’ dell’illecito – ad esempio in funzione della gravità dell’offesa a beni altrui o all’autorità, della irreparabilità del danno arrecato, della negazione del diritto “in quanto generale” anziché solo di un diritto altrui⁸, oppure, specie in una prospettiva premoderna, della centralità della volontà malvagia dell’autore – a fondare il ricorso alla pena, quale mero castigo o in vista di finalità di prevenzione relative ad un illecito considerato quale “reato” su basi ontologiche, giusrazionalistiche, volontaristiche etc.

Ma, sia da un punto di vista storico che da quello (ben più rilevante) teleologico, pare innegabile che i principi della materia penale siano nati in funzione di tutela della persona dall’esercizio del potere punitivo: ossia che il diritto penale, quale complesso di principi e regole relativi a tale esercizio, sia nato a partire dal dato per cui la sanzione penale incideva ed incide tuttora su beni fondamentali della persona. Com’è stato autorevolmente affermato, è dalle carni straziate delle streghe e degli eretici, dalla severità e crudeltà della sanzione penale, che nascono la riflessione del giusrazionalismo laico e, successivamente, illu-

⁸ HEGEL, *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (ed. 1832-1845), Frankfurt am Main, 1970, § 95.

ministica intorno alla legittimazione del potere punitivo e, dunque, tutto il complesso dei principi relativi alla funzione della pena, alle fonti legittime del diritto di punire - il principio di legalità in tutte le sue articolazioni - ed allo stesso illecito penale: materialità ed offensività, personalità della responsabilità⁹. Il dato da cui trae origine, storicamente e dal punto di vista degli scopi, il complesso di regole e principi che chiamiamo diritto penale è costituito dalla gravità della sanzione, dal suo incidere sui diritti fondamentali della persona: dalla vita - pena di morte - all'integrità fisica - pene corporali -, alla libertà personale - internamento in un carcere o altro luogo di 'custodia' - e alla libertà di agire - incapacitazioni, pene interdittive -, alla dignità - gogna -, all'intero patrimonio, si pensi alla confisca generale dei beni¹⁰. E lo stesso ordine di considerazioni vale per il diritto processuale penale: è dalla gravità della sanzione conseguente all'accertamento della responsabilità penale e, per altro verso, dalla gravità degli interventi sulla persona, praticati in epoca premoderna nel procedimento penale - si pensi solo alla tortura - che traggono origine i principi del diritto processuale penale moderno.

D'altronde, asserire che sia la 'natura dell'illecito' a determinarne la riconduzione alla materia penale risulta conciliabile soltanto con una concezione retributiva della pena, incompatibile con la vigente Costituzione; infatti, solo in quella prospettiva si può ritenere che, dato un illecito di una certa gravità o qualità ('offensiva' e/o 'personale'), esso vada necessariamente punito. Al contrario, alla stregua di un orientamento della pena a finalità di prevenzione generale e speciale, viene meno l'indefettibilità della stessa a fronte della realizzazione di un determinato illecito, per quanto grave, perché ciò dipende dalla necessità ed utilità della pena al fine di prevenire quel fatto¹¹.

Si potrebbe obiettare che, di fatto, la legislazione penale contempla - non solo nel nostro ordinamento - reati per cui sono previste sanzioni pecuniarie molto lievi, e ciononostante tali norme rientrano indiscutibilmente, per il principio di

⁹ MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore. Funzione della pena e sistematica teleologica*, Napoli, 1992, 17 ss.

¹⁰ MARINUCCI-DOLCINI, *Corso di diritto penale*,³ I, Milano, 2001, 5 ss.

¹¹ Come affermava già Grozio: cfr. in proposito MOCCIA, *Carpozov e Grozio. Dalla concezione teocratica alla concezione laica del diritto penale* (1979), rist. Napoli, 1988, 54-55.

legalità, nella ‘materia penale’. Tuttavia, a questo assunto si può replicare, in primo luogo, che la convertibilità della pena pecuniaria in pena limitativa della libertà, le limitazioni di libertà comunque connesse agli effetti penali di una condanna e lo stigma, gravemente lesivo della dignità della persona, legato al procedimento penale e alla condanna stessa, configurano, nel loro insieme, un intervento sulla persona tanto invasivo da imporre l’applicazione di tutti i principi penalistici. In secondo luogo, quella constatazione *de lege lata* costituisce allo stesso tempo, proprio alla luce di un concetto costituzionalmente orientato di materia penale incentrato sulla gravità della sanzione, un elemento da valorizzare *de lege ferenda*, nel senso della depenalizzazione di illeciti per i quali sia prevista una cornice sanzionatoria edittale così tenue – principalmente, una sanzione pecuniaria esigua – da non richiedere l’applicazione dei principi penalistici.

Per altro verso, si potrebbe obiettare che imperniare il concetto di materia penale sulla gravità della sanzione comporti la ‘condanna’, nei confronti del diritto penale, a perpetuare l’afflittività del proprio intervento, anziché diventare sempre più mite, nella prospettiva dell’integrazione sociale, valorizzando risposte non privative della libertà personale o, addirittura, forme di composizione dei conflitti e di giustizia riparativa che implicino radicalmente la rinuncia alla sanzione. Ad una tale critica risulta agevole rispondere che la questione va posta in termini diametralmente opposti. Naturalmente, l’orientamento costituzionale all’integrazione sociale comporta la più ampia rinuncia possibile al diritto penale, in una prospettiva di *extrema ratio*, e, pure all’interno di una scelta di intervento penale, la massima mitezza compatibile con le esigenze di tutela dei beni giuridici; e, dunque, sempre in virtù del principio di *extrema ratio*, la più ampia rinuncia possibile alla pena e alla misura di sicurezza detentiva. Ma, fino a quando sanzioni lievi o la rinuncia stessa alla sanzione saranno previste quali meri meccanismi discrezionali sostitutivi o sospensivi della pena principale o alternativi alla sua esecuzione – tutti affidati al ‘prudente apprezzamento’ del potere giudiziario o anche alla ‘volontà delle parti’¹² -, e fino a quando la

¹² Volontà che non può non considerarsi viziata, nel caso dell’imputato, a causa della minaccia nei suoi confronti rappresentata dalla condanna alla pena principale e, nel caso del condannato, a causa della

pena principale rimarrà la privazione della libertà personale o altra sanzione gravemente incidente sui diritti fondamentali della persona, ciò richiederà indefettibilmente l'applicazione dei principi penalistici. Se e quando, invece, si giungerà a prevedere quale unica sanzione principale per illeciti attualmente penali, ad esempio, la riparazione del danno oppure una lieve sanzione pecuniaria, non vi sarà più bisogno neppure di qualificare tali illeciti come penali – risultando disfunzionali o non necessari la stigmatizzazione e gli altri effetti della condanna penale – e si saranno fatti passi ulteriori verso un'auspicabile, più ampia rinuncia al diritto penale.

L'ordine di idee fin qui esposto, secondo cui è la gravità della sanzione a comportare la necessità di applicare i principi costituzionali relativi al diritto ed al procedimento penale, corrisponde ad un'interpretazione teleologico-sistemica della Costituzione. Com'è stato autorevolmente dimostrato¹³, dagli artt. 25, co. 2-3, e 27, co. 1 e 3 Cost. risulta chiaramente l'orientamento teleologico della Costituzione per una configurazione dell'intervento penale in termini di stretta necessità, proprio a causa della gravità della sanzione penale, che incide sui diritti inviolabili della persona di cui agli artt. 2 e 13 Cost. I principi costituzionali di stretta legalità, offensività, personalità della responsabilità, divieto di trattamenti contrari ad umanità e finalismo rieducativo presuppongono la necessità di porre argini a tutela di ogni essere umano da un intervento pesantemente invasivo nei confronti dei suoi diritti fondamentali. Molti di quei principi, riaffermati con forza nella Costituzione repubblicana del 1948 dopo la caduta del fascismo, costituiscono in realtà conquiste di civiltà coeve all'affermazione, sul piano teorico, dei diritti umani, prima con il giusrazionalismo laico e poi con l'Illuminismo. Tutto il complesso delle garanzie costituzionali del diritto penale sostanziale e processuale si intende solo a partire dall'idea della tutela della persona dall'inflizione della sanzione più grave a disposizione di un ordinamento e, prima ancora, da un procedimento che, secondo una celebre quanto fondata asserzione, è esso stesso 'pena'¹⁴. In particolare, è in considerazione

minaccia dell'esecuzione della pena detentiva.

¹³ BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D. I.*, XIX, Torino, 1973, 7 ss.

¹⁴ CARNELUTTI, *Lezioni sul processo penale*², I, Roma 1949, 48.

della gravità delle sanzioni penali, del loro incidere profondamente sui diritti fondamentali della persona, che si è ritenuto necessario sancire, all'art. 27 co. 3 Cost., il divieto assoluto di trattamenti inumani e il principio del finalismo rieducativo.

In altri termini, il *prìus* logico è l'esistenza della pena quale "arma a doppio taglio", strumento di tutela a sua volta lesivo di beni fondamentali, e il *posterius* è la sua finalizzazione a scopi di integrazione sociale, come concetto comprensivo di risocializzazione e prevenzione generale positiva¹⁵. A sua volta, però, tale *posterius*, tale finalizzazione, in quanto dover essere, reca con sé la trasformazione della pena in variabile dipendente: essa si legittima solo se e in quanto sia necessaria ed utile a finalità di prevenzione, e se non lo è dev'essere abolita, giacché una pena che non tenda alla rieducazione contrasta con l'art. 27 co. 3 Cost. Ecco perché la valorizzazione dei principi costituzionali relativi alla funzione della pena ha dato luogo ad un processo - positivo sebbene ancora alquanto limitato - volto alla sostituzione della pena detentiva.

3.1. *La Costituzione e i 'binari' penalistici.* La questione dell'estensione della materia penale - a dispetto di un certo 'nuovismo' dimentico della storia, finanche recente - si è posta da lungo tempo in relazione almeno ad alcuni dei diversi binari in cui pare articolarsi la 'penalità': in particolare, per le misure di sicurezza e per quelle di prevenzione.

La disputa circa la 'natura' penale o amministrativa di entrambe è stata sovente ammantata di giusrazionalismo e di ontologismo normativistico: essa si poneva quale ricerca di un'essenza o natura di istituti giuridici che, però, non crescono sulle piante e, quindi, non hanno 'natura', e per altro verso, operando nella realtà sociale, non sono neppure *a priori* in rapporto all'esperienza giuridica. Dietro quel velo normativistico, la disputa si fondava in realtà su opzioni ideologiche relative alla funzione delle sanzioni penali e, ancor prima, ai rapporti tra individuo ed autorità.

¹⁵ Cfr. per tutti ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Bd. I*, 4. Aufl., München, 2006, 85 ss.; MOCCIA, *Il diritto penale tra essere e valore*, cit., 83 ss.; v. pure FIANDACA, *Art. 27 co. 3*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, *Artt. 27-28*, Bologna-Roma, 1991, 222 ss., 266 ss., 272 ss.

I seguaci della concezione retributiva della pena, nel confronto con i sostenitori di teorie preventive, hanno sempre ritenuto che la pena, in quanto “afflizione”, si legittima a prescindere da qualsiasi scopo terreno; la pena di morte, le pene corporali, la pena detentiva etc. si fondano sulla legge, morale o ‘giuridica’, del taglione. Al fatto - o alla semplice volontà malvagia - deve corrispondere il giusto castigo.

Com’è noto, in particolare la Scuola positiva ha sviluppato, invece, l’idea per cui la pena si legittima solo quale strumento di prevenzione della pericolosità sociale. Una prevenzione, va ricordato, prevalentemente negativa - figlia di un’inquietante concezione ‘securitaria’ dell’esercizio del potere punitivo statale, il cui esito estremo è addirittura il *Lager*¹⁶ -, vale a dire intesa quale intimidazione e/o neutralizzazione individuale, fino alla morte o alla segregazione perpetua o, comunque, a tempo indeterminato. Essa si articola in *ante/prae*ter *delictum* e *post delictum*: e viene attuata, rispettivamente, mediante misure di prevenzione e misure di sicurezza. Per i seguaci di tale teoria, questa doveva essere la sola ‘materia penale’: la pena quale castigo privo di scopi doveva scomparire ed essere sostituita da un’unica sanzione penale, ossia dalla misura orientata a finalità di prevenzione, *ante* o *post delictum*. Per completezza, va ricordato pure che la concezione della ‘materia penale’ propria dei positivisti tendeva a relativizzare, sul piano delle fonti, il principio di legalità, in particolare *sub specie* irretroattività e determinatezza, sia del precetto - si pensi al concetto stesso di pericolosità sociale - che della sanzione - durata massima indeterminata -; e, sul piano della teoria del reato, tendeva a sminuire il ruolo del fatto, degradato a mero sintomo, sovente neppure necessario, di pericolosità soggettiva.

¹⁶ Cfr. ROXIN, *Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs* (1969), in *Strafrechtliche Grundlagenprobleme*, Berlin - New York, 1973, 66 ss., che rileva in chiave critica il ridottissimo ambito riconosciuto da F. von Liszt alla rieducazione e la prevalente identificazione della prevenzione speciale con la neutralizzazione, spinta in qualche caso fino ad eccessi che costituiscono «quasi un modello per pratiche da campo di concentramento, contrarie alla Costituzione» (67, nota 124). V. pure NAUCKE, *Die Kriminalpolitik des Marburger Programms 1882*, in *ZStW*, 1982, 525 ss., spec. 541 ss., 547.

Nel codice Rocco, l'arcinoto compromesso tra Scuole assume una connotazione che assegna alla pena una funzione retributivo-deterrente; al non imputabile non si può applicare una pena, il che, al di là delle consuete frodi delle etichette, significa che la pena, in quanto castigo, presuppone una volontà "intelligente e libera"; il non imputabile viene "prosciolto" e gli si applica una misura definita "amministrativa". Detto in altri termini: pena vera e propria è solo quella retributiva; la misura specialpreventiva, volta a prevenire la pericolosità sociale, non è pena e non è "materia penale". Se, poi, l'autore del fatto è imputabile o semimputabile, gli si applica sia una pena che una misura "amministrativa"; prima lo si castiga per il fatto, poi se ne 'amministra' la pericolosità sociale. Pene e misure di sicurezza hanno in comune il fatto quale presupposto - salve le ipotesi di quasi reato -, ma nel secondo caso solo in quanto sintomo di pericolosità: ed è come se nel codice penale e nella legislazione penale complementare, fin da allora, si fosse innestato un "codice delle misure amministrative" di prevenzione *post factum*.

La valenza repressiva del doppio binario è ormai ben nota ed incontrovertita. Mi preme però rilevare come l'introduzione delle misure di sicurezza quali sanzioni nominalmente amministrative sia servita - di regola, vista la residualità, per lungo tempo, della libertà vigilata - a rinchiudere una persona: a segregarla in un manicomio criminale, poi divenuto O.P.G. e, oggi, R.E.M.S., oppure in una casa di cura e custodia - ma, nella prassi, si è sempre trattato dell'identico luogo! -, o, ancora, in una colonia agricola o casa di lavoro, oppure in un riformatorio giudiziario, a tempo indeterminato, fino alla riforma del 2014.

In definitiva, il codice Rocco, con il pretesto della finalità preventiva anziché retributiva, e degradando la persona con il dichiararne la totale o parziale 'incapacità' - cioè riducendo un essere umano a mero fenomeno naturale 'determinato', come un animale o un vegetale o un macigno pericoloso o un fulmine, e quindi a mero 'oggetto' di neutralizzazione - contrabbandava la privazione della libertà personale a tempo indeterminato per mera 'amministrazione'. Insomma, la misura, per quanto gravemente afflittiva, non era "materia penale".

E neppure era ritenuto rientrante nella “materia penale” il sistema delle misure di ‘polizia’ *ante delictum*: perché, ancora una volta, gli si assegnava una funzione di prevenzione e non di retribuzione/castigo, per quanto si trattasse del confino e, successivamente, della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno e con ulteriori prescrizioni interamente rimesse all’Autorità e limitative anche della libertà personale, come l’obbligo di permanere nell’abitazione nelle ore notturne. La repressione delle ‘classi pericolose’ e del dissenso politico poteva aver luogo, così, con il pretesto della prevenzione della pericolosità, sulla sola base della riconducibilità ad un tipo d’autore - oziosi, vagabondi, proclivi a delinquere etc. - o del sospetto di reati.

Entrata in vigore la Costituzione repubblicana, per lungo tempo - e, in fondo, non si sa quanto consapevolmente, ancora oggi - la conservazione del doppio binario pene-misure di sicurezza e l’estromissione delle stesse misure di prevenzione dai principi e dalle garanzie riconosciute in relazione all’essere “punito”, art. 25 co. 2 Cost., alla “responsabilità penale”, art. 27 co. 1 Cost. ed alle “pene”, art. 27 co. 3 Cost. - ma anche dalla garanzia della presunzione di non “colpevolezza” fino alla “condanna” definitiva, art. 27 co. 2 Cost. - si sono fondate, sostanzialmente, sulla stessa premessa: le misure di sicurezza e di prevenzione, in quanto funzionali alla prevenzione della pericolosità, non sono diritto penale. Pena è solo quella definita tale dalla legge, e lo è perché, nella sua ‘essenza’, nella sua ‘logica’, essa è giusta retribuzione, castigo per il fatto commesso; la rieducazione è un mero obiettivo eventuale dell’esecuzione, ma non attiene all’essenza “afflittiva” della pena. Si è interpretata alla luce di tale aprioristico assioma pure la distinzione tra il co. 2 e il co. 3 dell’art. 25 Cost.: e così si è legittimata almeno in parte la retroattività delle misure di sicurezza, come pure la sua indeterminatezza sia nei presupposti - vedi pericolosità sociale -, sia nella durata.

A partire dagli anni Sessanta e dal dibattito teorico tedesco intorno al Progetto governativo di riforma del codice penale noto come *E(ntwurf)* 1962 ed all’*Alternativ-Entwurf* del 1966, a livello internazionale ed anche nel nostro Paese si è assistito gradualmente al superamento delle concezioni retributive della pena. In Italia, l’orientamento costituzionalistico del diritto penale ha comportato la

valorizzazione del finalismo rieducativo e l'adozione di concezioni della pena variamente orientate a finalità di prevenzione generale e speciale. È questo, com'è noto, un fattore decisivo dell'obsolescenza del doppio binario. Le pene, quali strumenti di tutela di beni giuridici, si legittimano in quanto siano orientate, oltre che alla prevenzione generale, quantomeno anche alla prevenzione speciale positiva *sub specie* reinserimento sociale. Ma, allora, in tal senso esse devono perseguire gli stessi scopi delle misure di sicurezza, la cui previsione ed applicazione, d'altro canto, servono pure a finalità generalpreventive, ossia di orientamento della generalità dei consociati, e non solo specialpreventive.

Va posto, però, chiaramente in evidenza che il superamento dell'alternativa tra pena come castigo e misura come strumento di prevenzione, vale a dire dei presupposti teorici del doppio binario, presupponeva pure un mutamento epocale sul versante delle misure di sicurezza: vale a dire, il riconoscimento che la finalità di prevenzione speciale che attraverso esse si persegue non può essere intesa in senso negativo, ovvero quale "neutralizzazione" della "pericolosità sociale", ma che, al contrario, pure le misure di sicurezza devono tendere alla rieducazione intesa quale risocializzazione o reinserimento sociale. Si tratta di un riflesso molto tardivo, tormentato e solo parzialmente tradottosi in riforme, di quel mutamento epocale che investiva, con una critica radicale, l'istituzione manicomiale e le altre istituzioni totali¹⁷. Così il riformatorio è divenuto ricovero in comunità, il "manicomio criminale" ospedale psichiatrico giudiziario e soprattutto, successivamente, R.E.M.S. Prima ancora, è stato un tale mutamento 'teleologico' nella considerazione giuridica delle misure di sicurezza ad ispirare le pronunce della Corte costituzionale, in particolare in materia di illegittimità dell'obbligatorietà del ricovero in O.P.G.¹⁸ e della previsione dell'internamento di minorenni¹⁹: perché quello era un luogo di segregazione neutralizzante, certamente non deputato al reinserimento sociale!

¹⁷ A partire dal lavoro di GOFFMANN, *Asylums* (1961), Torino, 2010, *passim*, per proseguire con la teoria e la prassi basagliana, cfr. tra i tanti lavori BASAGLIA, *L'istituzione negata*, Torino, 1970; per una magistrale, toccante ricostruzione del percorso di superamento del manicomio e per la felice sperimentazione di alternative, v. spec. DELL'ACQUA, *Non ho l'arma che uccide il leone*, Merano, 2015; ROTELLI, *L'istituzione inventata. Almanacco Trieste 1971-2010*, Merano, 2015.

¹⁸ Corte cost., 18 luglio 2003, n. 253; Corte cost., 29 novembre 2004, n. 367.

¹⁹ Corte cost., 24 luglio 1998, n.324; già Corte cost., 20 gennaio 1971, n. 1, aveva dichiarato illegittima

In effetti, un ulteriore fattore decisivo, a mio avviso, del superamento dei presupposti teorici del doppio binario consiste nella crescente consapevolezza della gravità della misura di sicurezza, del suo essere non meno ‘afflittiva’ della pena, del suo incidere sui diritti inviolabili della persona e del suo appartenere, perciò, al di là di perduranti frodi delle etichette, alla “materia penale”. È innanzitutto questo dato che ha fatto sì che sul sistema delle misure di sicurezza si abbattessero le pronunce di illegittimità citate e, ancor prima, quelle relative alle presunzioni di pericolosità sociale del minorenni e dell’infermo di mente²⁰. Ed è per questo che deve ritenersi indiscutibile il dato secondo cui non solo le pene in senso ‘formale’ e letterale, ma anche le misure di sicurezza, fintanto che conservino tale *nomen* e tale sostanza, «non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità e devono tendere alla rieducazione»: anche per esse deve valere l’art. 27 co. 3 Cost. Rappresenta, d’altronde, un pericoloso artificio parlare, nei confronti di un essere umano sottoposto a misura di sicurezza, specialmente detentiva, di “prosciolto”, perché in realtà è un condannato anche lui, in quanto gli viene inflitta una sanzione che, in sostanza, non è altro che una pena.

Ma allora, se la misura di sicurezza è sostanzialmente una pena, cade qualsiasi ragione pure per interpretare in modo differenziato il principio di legalità: anche le misure di sicurezza devono essere conformi a determinatezza ed anche per esse deve valere, senza limitazioni arbitrarie, il principio di irretroattività. La *ratio* di garanzia del principio di legalità di cui all’art. 25 co. 2-3 deve valere ugualmente per pene e misure: del resto, da tempo si è argomentato in senso speculare, ovvero ricavando la costituzionalizzazione del divieto di analogia per reati e pene dal riferimento “ai casi previsti dalla legge”, fatto nel co. 3 a proposito delle sole misure di sicurezza.

Considerazioni simili valgono pure per le misure di prevenzione *ante delictum*. Da un primo angolo visuale, il superamento della concezione della pena quale castigo la riconduce alla stessa finalità di prevenzione della criminalità propria

l’obbligatorietà del ricovero per almeno tre anni di minori di 14 anni in riformatorio giudiziario.

²⁰ In rapporto ai minori infraquattordicenni, Corte cost., 20 gennaio 1971, n. 1; relativamente agli ‘infermi di mente’ e ai ‘seminfermi’, rispettivamente, Corte cost., 27 luglio 1982, n. 139 e Corte cost., 28 luglio 1983, n. 249.

delle misure di prevenzione. Non si può più seriamente sostenere che le pene siano castigo, retribuzione, repressione: anch'esse, come le misure di prevenzione, si legittimano solo in quanto siano funzionali a scopi di prevenzione. Risulta, a mio parere, gravemente fuorviante l'affermazione secondo cui le pene avrebbero carattere "sanzionatorio" e le misure di prevenzione no: perché è evidente che la misura di prevenzione sia una conseguenza giuridica negativa, limitativa di diritti, inflitta ad una persona in relazione ad una fattispecie giuridica ad essa riferita e, dunque, una sanzione – sia pure 'preventiva' – per giunta certamente non poco 'afflittiva'²¹!

In realtà, anche dietro quella nomenclatura fuorviante si nasconde l'ormai improponibile dicotomia retribuzione/prevenzione: si vuole, cioè, sostenere che, a differenza della misura *ante delictum*, la pena sarebbe 'sanzionatoria' nel senso del castigo per il fatto commesso. Peraltro, pure sotto tale profilo, si riconosce diffusamente che i confini tra pena e misura siano labili, perché le

²¹ L'esclusione, da parte di BOBBIO, *Sanzione*, in *Nss.D.I.*, XVI, Torino, 1969, 536, delle misure preventive "di vigilanza" – tra cui l'illustre Autore include le "misure di polizia", incluso "il confino" – dal concetto di sanzione, in quanto si tratta di misure «predisposte allo scopo di prevenire la trasgressione» (532), mentre la sanzione sarebbe una «forma di *reazione* o di *risposta* ad una violazione», appare tributaria della stessa, fuorviante contrapposizione tra prevenzione e retribuzione. Tale contrapposizione, a mio avviso, è proponibile anche per le sanzioni positive, ossia quelle premiali, v. *ivi*, 533: infatti, il premio può essere preventivo rispetto ad una condotta, quale "incoraggiamento", oppure successivo alla stessa come "retribuzione", reazione alla condotta incoraggiata.

In realtà, come suggerisce la tradizionale classificazione delle sanzioni – citata da Bobbio *ivi*, 537 – in «sanzioni preventive-successive», la "reazione" dell'ordinamento può anche essere preventiva, nel senso di *ante factum*, e, nella misura in cui si tratta di una conseguenza giuridica sfavorevole imputata ad una persona per una condotta realizzata o anche soltanto temuta – foss'anche sulla base di un mero *status* soggettivo come quello di "ozioso" o vagabondo" –, come nel caso delle misure di prevenzione, va senz'altro definita quale sanzione. Mentre la distinzione tra sanzione preventiva e successiva – incentrata sul criterio temporale del momento in cui la sanzione interviene – appare chiara e corretta, l'idea secondo cui sanzione sarebbe solo una "risposta" "retributiva", in quanto reazione successiva, per un verso trascura che anche la sanzione preventiva presuppone una fattispecie, in rapporto alla quale rappresenta una risposta/reazione; per altro verso, non tiene conto del dato per cui la sanzione, quale "reazione/risposta", può non essere "retributiva", bensì rivolta al futuro ed in tal senso – cioè sul piano teleologico e non temporale – preventiva. Ad ogni modo, dal punto di vista che qui ci occupa, ossia quello della problematica legittimità di una sanzione preventiva *ante delictum*, negare in via di principio che di "sanzione" si tratti risulta alquanto pericoloso per i diritti della persona, conculcati dall'ordinamento mediante misure di prevenzione. Così come, per altro verso, risulta molto pericoloso per i diritti della persona negare che sia "sanzione" «l'internamento di un matto in un manicomio», cfr. *ivi*, 538.

misure di prevenzione, in quanto si atteggiino come ‘pene del sospetto’ di commesso/i reato/i, presenterebbero una componente ‘repressiva’ accanto a quella preventiva.

Da una seconda prospettiva, l’afflittività o meglio l’invasività delle misure di prevenzione, sebbene non corrisponda a quella di una pena detentiva, costituisce a sua volta, da sempre, la ragione che ha indotto la dottrina prevalente a sostenerne la natura sostanzialmente penale²². Nessuno dubitava che si trattasse di misure volte a prevenire la pericolosità, ossia della loro funzione (!), ma si è sempre fortemente dubitato che fosse legittimo sottrarle alle garanzie del diritto penale, proprio perché si tratta di misure gravemente limitative dei diritti fondamentali della persona, in particolare della libertà di circolazione e, in presenza di prescrizioni relative ad obblighi di dimora, pure della libertà personale. Anche in rapporto alle misure di prevenzione patrimoniali introdotte nel 1982 e via via modificate, le riserve si fondano sulla considerazione della lesività di un’ablazione che, estendendosi potenzialmente all’intero patrimonio del ‘prevenuto’, incide pesantemente sulla sua stessa personalità in ambito economico²³. Ed è doveroso precisare che ciò vale pure per quella forma di confisca ‘allargata’ originariamente prevista all’art. 12-*sexies* d.l. n.306/1992 e poi trasferita, con il d.lgs. n.21/2018, nell’art. 240-*bis* c.p.: infatti, mancando il nesso pertinenziale tra reato commesso ed oggetto della confisca – che si estende, anche in tale ipotesi, a tutte le componenti patrimoniali, sproporzionate al reddito o alle attività lecite dell’imputato, di cui egli non dimostri la lecita provenienza –, si tratta, in sostanza, di una misura di prevenzione camuffata da misura di sicurezza²⁴. È sanzionatoria ed ‘afflittiva’, ma è pure preventiva, *praeter delictum* o *praeter probationem delicti*; così è, anche se a taluno non pare.

Data l’incidenza delle misure di prevenzione su diritti fondamentali della persona, esse risultano gravemente sospette di illegittimità costituzionale, da un

²² Sul carattere “afflittivo” e “repressivo” delle misure di prevenzione, cfr. per tutti BRICOLA, *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionali della prevenzione* (1975), ora in *Politica criminale e scienza del diritto penale*, Bologna, 1997, 40 ss., 65 ss., spec. 68.

²³ Sulla concezione ‘personale’ di patrimonio, cfr. per tutti MOCCIA, *Tutela penale del patrimonio e principi costituzionali*, Padova, 1988, 62 ss.

²⁴ Per tutti cfr. NOBILI, *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Criminalità organizzata e risposte ordinamentali. Tra efficienza e garanzia*, a cura di Moccia, Napoli, 1999, 231-233.

lato perché sanzioni così invasive, sostanzialmente penali, conseguono non a fatti offensivi di beni giuridici, ma a meri ‘elementi di fatto’ indizianti; dall’altro, perché alla provenienza criminosa dei proventi viene sostituito, quale presupposto di una confisca potenzialmente generale dei beni, il mero indizio della ‘sproporzione’ in rapporto al reddito o all’attività leciti. Tutto ciò confligge con un diritto penale del fatto, nonché con la presunzione di non colpevolezza, costituzionalmente sancita, in considerazione dell’inversione dell’onere della prova. Riconoscere apertamente l’appartenenza delle misure di prevenzione alla materia penale significa superare l’ennesima frode delle etichette ed assoggettarle ai principi costituzionali del diritto e del procedimento penale.

Al di là delle misure di sicurezza e di quelle di prevenzione, esistono ulteriori ambiti e misure problematici dall’angolo visuale della riconducibilità alla materia penale, su cui mi soffermerò brevemente più avanti. Qui vorrei solo accennare alla dibattuta questione circa la ‘natura’ della responsabilità da reato degli enti, introdotta con il d.lgs. n.231/2001.

I principi costituzionali del sistema penale sono il portato di acquisizioni plurisecolari della civiltà del diritto, concepite in rapporto a sanzioni – e ad interventi processuali – lesive di beni e diritti fondamentali di persone fisiche, in ‘carne ed ossa’. I sostenitori di una responsabilità penale delle persone giuridiche – *rectius* degli enti -, invece, la propugnano perché la ritengono uno strumento utile e necessario di tutela di beni giuridici primari, non ritenendo sufficiente punire le persone fisiche e/o applicare all’ente sanzioni civili o amministrative. Occorrerebbero, dunque, la carica stigmatizzante della pena e del procedimento penale e sanzioni più severe in capo all’ente, ossia pesanti pene pecuniarie, confische dei beni ed interdizioni anche perpetue, fino alla ‘morte’ dell’ente stesso.

Ancora una volta, la gravità dell’intervento punitivo, dell’inflizione di una pena – o di una misura di sicurezza, autorevolmente prospettata quale sanzione penale ‘compatibile’ con la natura dell’ente²⁵ – ha suscitato le note discussioni intorno alla compatibilità di una responsabilità penale degli enti con i principi

²⁵ BRICOLA, *Il costo del principio “societas delinquere non potest” nell’attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1970, 958 ss.

di cui all'art. 27 co. 1 e 27 co. 3 Cost. Sul piano della personalità della responsabilità, al di là di artificiali 'immedesimazioni organiche', l'ente non agisce, ma risponde di fatti altrui; anche quando risponde 'per l'organizzazione', infatti, sono pur sempre persone fisiche, ossia i cd. soggetti apicali, coloro che 'organizzano'; e non potrebbe essere diversamente, perché una persona giuridica non si organizza certo da sé! La cd. colpa per l'organizzazione è colpa di organizzatori in carne ed ossa e non dell'ente. Sotto il profilo di cui all'art. 27 co. 3 Cost., si può rieducare una persona fisica; si possono rieducare un organizzatore, uno o più soggetti apicali, e persino gli azionisti di una società, ma non si può seriamente concepire la rieducazione di un ente, perché l'ente non agisce, non si 'riorganizza' per non commettere reati, non predispose ed attua *compliance programs*, ma lo fanno, per l'ente, delle persone fisiche, che decidono ed agiscono per esso. Il 'reinserimento sociale' di un ente dipende dal fatto altrui, cioè dei suoi 'riorganizzatori'.

Ma, al di là di tale discussione, in cui l'estro costruttivo di taluni studiosi tende a forzare il significato profondamente personalistico – direi umanitario – dei principi penalistici per adattarlo alle società commerciali, preme rilevare un altro dato, che a mio parere dovrebbe rivestire un ruolo primario nella discussione intorno alla qualificazione come penale della responsabilità degli enti: il complesso di quei principi è nato e si legittima a partire dal dato per cui la pena è lesione di beni giuridici primari di una persona fisica, ossia per la tutela di quest'ultima dal potere punitivo statale. Fintanto che a subire la pena sia un ente diverso da una persona fisica, non ha senso invocare quel complesso di principi, per la ragione scolpita da tempo nel detto "no body to kick, no soul to damn"²⁶.

Ha senso, invece, parlare di responsabilità penale a proposito delle sanzioni inflitte ad una persona giuridica, fintanto che esse colpiscono pesantemente e direttamente persone in carne ed ossa: ossia, indubbiamente, gli azionisti che subiscono ingenti perdite patrimoniali o, indirettamente, la possibilità di agire in ambito economico mediante l'ente. È in rapporto alle persone fisiche degli

²⁶ Cfr. in proposito VOLK, *Sulla responsabilità penale dell'impresa*, in *Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dottrina, politica criminale e processo*, Napoli, 1998, 182 ss., con ult. rif. bibl.

azionisti che le sanzioni penali inflitte all'ente possono risultare gravemente lesive, ed è perciò in rapporto ad essi che si pone il problema della compatibilità dell'inflizione di tali sanzioni con la personalità della responsabilità penale e con la funzione legittima di una pena. Il paradosso sta nel dato per cui il fatto è imputato all'ente, ma la pena inflitta all'ente colpisce necessariamente pure loro; ciò potrebbe essere legittimo solo ove il fatto di quelle persone fisiche che sono i vertici e gli organizzatori dell'ente possa imputarsi personalmente agli azionisti, e in vista di una rieducazione non dell'ente, ma, di nuovo, degli azionisti. Di qui, tra gli altri, il problema relativo alla responsabilità per fatto altrui degli azionisti di minoranza che si siano opposti a deliberazioni societarie criminose e che, dunque, non necessitino affatto di una rieducazione attuata sanzionando l'ente e, quindi, anche loro stessi.

Le osservazioni che precedono rimangono, naturalmente, meri spunti per l'analisi di un problema notoriamente complesso e controverso. Esse mirano soltanto all'obiettivo di confermare che a decidere della riconduzione di un complesso di regole alla "materia penale" sia la gravità della sanzione per la persona (fisica) che la subisce. E, sotto altro profilo, tendono a riaffermare l'idea secondo cui la questione circa la 'natura' penale o meno di una sanzione è decisiva in rapporto ai principi costituzionali applicabili - si pensi, ad esempio, alla compatibilità con l'art. 27 co. 2 Cost. dell'inversione dell'onere della prova prevista in rapporto alla responsabilità dell'ente dall'art. 6 co. 1 d.lgs. n.231/2001, secondo cui «se il reato è stato commesso dalle persone indicate nell'articolo 5, comma 1, lettera a), l'ente non risponde se prova che [...]» -: di conseguenza, costruire, per via dottrinale o giurisprudenziale, *tertia genera* tra responsabilità penale ed amministrativa genera incertezza del diritto e rischi di frodi delle etichette, ovvero di indebita (dis)applicazione di principi costituzionali penalistici posti a garanzia delle persone (fisiche).

4. Corte EDU e materia penale: dalla garanzia giurisprudenziale contro 'frodi delle etichette' alla frode delle etichette giurisprudenziale. Sulla base delle con-

siderazioni svolte, analizziamo i criteri adottati dalla Corte EDU per individuare la ‘materia penale’ ai fini dell’applicabilità delle garanzie della CEDU ad essa riservate.

4.1. Occorre anzitutto soffermarsi sulla nota sentenza *Engel ed altri c. Paesi Bassi* dell’8 giugno 1976; com’è noto, essa riguardava sanzioni formalmente disciplinari, ma private della libertà personale, inflitte a militari.

Al punto 81, la Corte afferma che la CEDU lascia agli Stati la libertà di prevedere come reato qualsiasi condotta che «non costituisca l’esercizio normale di uno o più diritti che essa protegge»²⁷. Il concetto convenzionale di materia penale, più avanti prospettato dalla Corte, non svolgerebbe, dunque, una funzione di limite alle incriminazioni. Per altro verso, se si tratta di materia penale, allora si applicano le garanzie penalistiche di cui agli artt.6-7 CEDU; ma il principio di legalità – sia pure nella versione convenzionale ‘attenuata’, senza riserva di legge né determinatezza legale²⁸ – costituisce proprio un limite alle incriminazioni. In realtà, la Corte intende affermare che la CEDU non pone limiti di contenuto alle norme penali, salvo il contrasto con “l’esercizio normale” dei diritti ivi protetti: purché si tratti di un’ipotesi di reato ‘prevedibile ed accessibile’ dai destinatari, qualunque condotta può rientrare nella materia penale. Certo, il livello di garanzie in tal modo delineato non è particolarmente avanzato, non comprendendo né l’offensività, né la personalità della responsabilità penale, né la selezione dei soli fatti di reato in rapporto ai quali possa essere proporzionato, utile e necessario un intervento punitivo orientato a scopi di rieducazione e prevenzione generale; ma non è questo il tema di cui intendiamo occuparci in questa sede.

La Corte prosegue affermando che la scelta opposta, ossia quella di non definire come reato un determinato fatto, soggiace, invece, a limiti più stringenti: il

²⁷ Tutte le traduzioni di passi delle sent. della Corte EDU sono di chi scrive, a partire dalla versione ufficiale inglese, confrontata, ove necessario, con quella francese, anch’essa ufficiale. Per i testi originali cfr. la banca dati <https://hudoc.echr.coe.int/>

²⁸ Sul punto sia consentito rinviare a *Radici e prospettive del principio di legalità. Per una critica del ‘diritto penale vivente’ interno ed europeo*, in *Ind. pen.*, 2017, 3, 680 ss. e bibliografia ivi richiamata.

legislatore non può eludere le garanzie penalistiche previste dalla CEDU definendo un certo illecito e una certa sanzione non penali, se essi rientrano sostanzialmente nella materia penale. «In breve, l'“autonomia” del concetto di “penale” opera, per così dire, a senso unico».

Al punto 82, la Corte indica i famosi tre criteri che definiscono il concetto convenzionale di materia penale. L'appartenenza formale della norma al diritto penale secondo il singolo Stato è un primo criterio, di valore solo relativo. Il secondo criterio, «di maggiore importanza», è «la vera natura dell'illecito [n.d.s.: *offence* nella versione ufficiale inglese, *infraction* nella versione parimenti ufficiale francese]». La Corte soggiunge che, alla stregua di tale criterio, se si tratta di violazioni della disciplina militare, lo Stato può qualificarle come illeciti disciplinari, anziché penali.

Il terzo criterio - dirimente nel caso Engel - è quello del «grado di severità della sanzione [inglese *penalty*, francese *sanction*] in cui la persona coinvolta rischia di incorrere». La Corte afferma: «In una società soggetta allo Stato di diritto, appartengono alla sfera “penale” privazioni di libertà suscettibili di essere imposte come punizione / a titolo repressivo [rispettivamente, *punishment / à titre repressif*], eccetto quelle che per la loro natura, durata o modalità di esecuzione non possono causare un pregiudizio significativo. Lo esigono la serietà della posta in gioco, le tradizioni degli Stati contraenti e l'importanza annessa dalla Convenzione al rispetto della libertà fisica».

Ebbene, in relazione al secondo criterio, quello della “vera natura” dell'illecito, valgono i rilievi critici esposti in precedenza. Non esiste un illecito ‘onticamente penale’, la cui sanzione, cioè, debba consistere necessariamente in una pena; il criterio di individuazione della materia penale deve consistere, dunque, non nella natura dell'illecito, ma nella sanzione. Una diversa idea presuppone una concezione retributiva della sanzione penale, alla cui stregua, dato un certo illecito, esiste un obbligo di castigarne l'autore, a prescindere da utilità e necessità della pena per scopi di prevenzione.

Sostanzialmente condivisibile risulta, invece, quello che secondo la Corte è il terzo criterio. Qui va notato come nella motivazione poc'anzi testualmente ci-

tata sia palesemente decisiva la gravità della sanzione, piuttosto che la sua finalità: la Corte sottolinea che quando è in gioco una significativa privazione della libertà “fisica” essa va considerata, per ragioni assiologiche e storiche, quale una pena. L’essere tale grave sanzione imposta “come una punizione” o “a titolo repressivo” costituisce una precisazione il cui rilievo appare piuttosto marginale nell’argomentazione. Ma, allo stesso tempo, va riconosciuto che tale precisazione costituisce un elemento di ambiguità: infatti, l’interprete si può chiedere – ponendo mente fin d’ora alle pronunce successive, di cui stiamo per occuparci – se le conclusioni della Corte, qui, sarebbero mutate qualora la privazione della libertà non fosse stata ritenuta imposta “a titolo repressivo”²⁹.

Un ulteriore aspetto problematico in rapporto al terzo criterio sta nel riferimento alla sola privazione della libertà “fisica” quale pena in senso sostanziale: se tale libertà può essere intesa nel senso di libertà di movimento senza impedimenti fisici, un serio problema si pone rispetto a norme qualificate come extrapenali, ma che prevedano sanzioni limitative della libertà di movimento senza coazione fisica – ad esempio, una detenzione domiciliare, magari anche sotto controllo elettronico, però senza impedimenti fisici all’allontanamento, ossia sbarre, porte chiuse e guardie armate – oppure sanzioni gravemente limitative di altri diritti fondamentali, ad esempio incapacitazioni/interdizioni perpetue, confisca generale dei beni, etc. Se, da un lato, l’*argumentum libertatis* risulta decisivo per ravvisare una pena in senso sostanziale, dall’altro si tratta di una delle condizioni – ma non dell’unica – in presenza delle quali la gravità della sanzione impone l’applicazione delle garanzie del diritto penale, se non si vuol incorrere in una frode delle etichette. Solo in tal senso appare condivisibile una critica all’*argumentum libertatis*³⁰.

Un ulteriore rilievo critico verso la configurazione del terzo criterio risultante dalle parole della Corte EDU concerne l’esclusione dalla materia penale di privazioni di libertà che siano ritenute, per entità, durata o modalità, ‘lievi’: in tal modo si apre, infatti, uno spazio discrezionale piuttosto indeterminato per

²⁹ In proposito v. l’attenta disamina di MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, cit., 33 ss., 57 ss.

³⁰ Diversamente, ossia per una critica più ampia v. FR. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, cit., 16 ss.

lesioni della libertà personale, considerate disciplinari o amministrative ed in tal modo bagattellizzate. A quali condizioni si può affermare che, ad esempio, l'incarcerazione per uno, due o tre giorni sia "non penale"? Si può considerare non penale la detenzione per 7 o 15 giorni, ma in un ambiente ampio e con libertà di stare all'aperto o al chiuso, come in qualche centro di permanenza per il rimpatrio (CPR)? A mio avviso, si tratta di una clausola pericolosamente vaga.

4.2. I criteri contenuti nella sentenza Engel sono stati implicitamente, ma piuttosto chiaramente modificati nella sentenza Öztürk c. Germania del 21 febbraio 1984, che costituisce tuttora il punto di riferimento fondamentale in tema, anche perché la motivazione è meno laconica a confronto con quella della sentenza Engel, ove l'affermazione del secondo criterio risulta apodittica.

Il ricorso del Sig. Öztürk alla Corte EDU concerneva solo la condanna al pagamento delle spese giudiziali per l'interprete, per un importo di 63,90 marchi tedeschi; tale condanna, peraltro, era accessoria a quella ad una sanzione amministrativa (*Bussgeld*) di 60 marchi, più altre spese, per un illecito formalmente amministrativo (*Ordnungswidrigkeit*) consistente nell'aver cagionato per colpa un incidente stradale. Il ricorrente lamentava la violazione dell'art. 6, § 3 lett. e CEDU, che sancisce il diritto all'assistenza gratuita di un interprete nel procedimento penale. Di qui la rilevanza della questione se il procedimento per l'applicazione della sanzione pecuniaria (*Bussgeld*) - anch'esso formalmente amministrativo, ma regolato in parte dal codice di procedura penale tedesco - e, ancor prima, se tale sanzione pecuniaria - e conseguentemente quella, meramente accessoria, del pagamento delle spese per l'interprete - rientrasse in realtà nella materia penale: in tal caso, il ricorrente sarebbe stato condannato illegittimamente al pagamento delle spese per l'interprete.

Al punto 50 della decisione, la Corte afferma di voler seguire i criteri fissati nella sent. Engel. Ma, in realtà, dopo aver riconosciuto, quanto al primo criterio, che si tratta formalmente di illecito, procedimento e sanzione amministrativi, quando passa ad applicare il secondo criterio 'Engel' - al punto 52 -, la

Corte lo modifica subito, definendolo così: «La vera natura dell'illecito, considerata anche in relazione alla natura della corrispondente sanzione».

Il Governo tedesco - v. ancora il punto 52 della sentenza -, per sostenere l'estraneità anche sostanziale della normativa alla materia penale, aveva fatto leva sulla 'natura' non penale degli illeciti, in quanto non lesivi di diritti ed interessi fondamentali, ma attinenti all'"ordine pubblico"; argomento, com'è noto, discutibile che, in particolare, sembra implicare che vi siano, invece, illeciti di 'natura' intrinsecamente penale. Per altro verso, il Governo adduceva quale argomento decisivo la levità delle sanzioni pecuniarie previste, non convertibili in privazioni di libertà; e rilevava l'importanza della decriminalizzazione intervenuta con la *Ordnungswidrigkeitengesetz*, sia in termini di riduzione della gravità della sanzione e dunque di minore intervento sui diritti della persona, sia dal punto di vista dell'efficienza della giustizia penale, sgravata da procedimenti relativi a fatti di scarsa offensività.

Nel fondamentale punto 53, la Corte EDU, per giustificare l'affermazione secondo cui l'illecito e la sanzione in questione rientrano in realtà nella materia penale alla stregua del secondo criterio 'Engel', adduce motivazioni - per usare un eufemismo - poco consistenti; su di esse, purtroppo, si basa sostanzialmente ancora oggi la sua giurisprudenza.

«In primo luogo, la Corte intende rilevare che, secondo il significato ordinario dei termini, rientrano generalmente nell'ambito del diritto penale illeciti che rendono il loro autore soggetto a sanzioni che mirano, *inter alia*, ad essere deterrenti/dissuasive [orig.inglese/francese: deterrent/dissuasif] e che consistono solitamente in sanzioni pecuniarie [fines/amendes] e in misure che privano la persona della sua libertà [n.d.s.: nel testo francese l'ordine è inverso, prima le sanzioni detentive, poi le 'amendes']». Ebbene, che le sanzioni amministrative, invece, non mirino, *inter alia*, ad essere deterrenti/dissuasive è una *petitio principii* alquanto irragionevole; d'altronde, che il fine delle sanzioni penali sia *inter alia* la deterrenza è affermazione non meno discutibile, almeno in quegli ordinamenti degli Stati contraenti nelle cui Costituzioni sono sanciti il finalismo

rieducativo e la dignità della persona, da cui, unitamente al principio di personalità della responsabilità penale, deriva il diritto di ogni essere umano a non essere trattato come mezzo per intimidire altri.

Va detto chiaramente: la concezione della pena fatta propria dalla Corte EDU nella sent. Öztürk è incompatibile con l'art. 27 co. 3 Cost. e con le altre Costituzioni europee che sanciscono il finalismo rieducativo e non “repressivo/deterrente” della pena.

Al di là di ciò, fintanto che sono in gioco, come nel caso delle *Ordnungswidrigkeiten* in questione, solo sanzioni pecuniarie, non s'intende come il riferimento a ciò in cui “solitamente” consistono le pene, ovvero in “fines/amendes” oltre che in sanzioni detentive, possa fungere da criterio discrezionale dirimente, visto che anche le sanzioni amministrative in gioco, “solitamente”, sono pecuniarie. Che una “fine/amende” debba essere necessariamente o “solitamente” penale è una pura invenzione giurisprudenziale, per giunta piuttosto irragionevole.

L'argomento immediatamente successivo addotto dalla Corte lascia, se possibile, ancor più perplessi: «In aggiunta, una condotta illecita [misconduct/maquement] del tipo di quella del Sig. Öztürk continua ad essere considerata reato nell'ampia maggioranza degli Stati contraenti, come lo era nella Repubblica federale di Germania» prima della riforma. Dunque, rientra nella materia penale ciò che la maggioranza degli Stati considerano tale; compresa la stessa Germania ‘di una volta’ (!), che, dunque, non sarebbe libera di trasformare sostanzialmente un illecito penale in amministrativo, perché tutti gli altri Stati lo considerano reato e come tale lo puniscono! Risulta davvero difficile intendere in modo più positivista, ed in tal senso formale, un sedicente criterio ‘sostanziale’ di materia penale: penale sarebbe ciò che gli Stati contraenti, a maggioranza, considerano penale, e, inversamente, ‘non penale’ ciò che definiscono non penale, anche se ricorrendo proprio a frodi delle etichette.

Un ulteriore passaggio argomentativo della Corte è sintetizzato nelle seguenti parole della motivazione: «Soprattutto, il carattere generale della regola e lo scopo della sanzione, che è sia deterrente che punitivo / sia preventivo che

repressivo [n.d.s.: qui i testi orig., entrambi ufficiali, inglese e francese divergono significativamente: “deterrent and punitive”/ “préventif et répressif”, laddove deterrente e preventivo sono qualificazioni ovviamente ben diverse, potendo la prevenzione essere anche generale positiva, oppure speciale, positiva o negativa...], bastano a mostrare/stabilire [show/établir] che l’illecito in questione era, ai sensi dell’art. 6 della Convenzione, di natura penale».

La Corte ritiene, dunque, che l’essere una regola rivolta alla generalità dei consociati dimostri che essa attiene alla materia penale, evidentemente perché pone mente alle norme disciplinari rivolte ai soli militari, di cui alla sent. Engel; ma omettendo, in modo quantomeno singolare, di considerare che anche norme di diritto civile o amministrativo possono essere egualmente rivolte alla generalità dei consociati... e che, al contrario, norme penali possono riferirsi solo a destinatari specifici, in quanto titolari di particolari qualifiche soggettive (reati propri): il preteso criterio discretivo della generalità è, dunque, assolutamente inutilizzabile per definire il concetto di materia penale.

Inoltre, l’argomento cui si è accennato, secondo il quale sarebbe la funzione deterrente/preventiva e punitivo/repressiva a distinguere la pena dalla sanzione amministrativa - la Corte aggiunge, nello stesso capoverso, “per consuetudine” [customary/d’habitude] -, oltre a suscitare le riserve già esposte in rapporto alla pretesa esclusività deterrente della pena, assume qui una connotazione retribuzionistica. La pena avrebbe natura “repressiva”, seppure in aggiunta alla funzione preventiva; avrebbe una componente di castigo ed una deterrente. Risultano evidenti, insieme, l’assonanza con la concezione retributivo-deterrente della pena propria del codice Rocco - e, non va dimenticato, risalente, sul piano del diritto penale europeo, all’epoca premoderna dello “splendore dei supplizi”³¹ - e, d’altro canto, il contrasto con quella fatta propria invece dalle Costituzioni italiana e di altri Stati europei. Per di più, si tratta ancora una volta di una libera creazione giurisprudenziale della Corte EDU, motivata con meri rinvii a “tradizione” e “consuetudine”, perché la CEDU non contiene alcuna statuizione intorno alla funzione della pena; salvo il divieto di pene crudeli, inumane e degradanti - di cui all’art. 3 CEDU - che, peraltro, costituiscono,

³¹ FOUCAULT, *Sorvegliare e punire. Nascita della prigione* (1975), Torino, 1976, 35 ss.

per antica “tradizione” - anche se non esclusiva, si pensi ad ideologie e prassi di ‘neutralizzazione’ - proprio una conseguenza dell’assegnazione alla pena di quella funzione repressivo/deterrente che la Corte le assegna in quanto *proprium* della “materia penale”!

La Corte EDU, più avanti, respinge la tesi del Governo tedesco secondo cui, trattandosi di offese lievi, esse esulerebbero non solo formalmente, ma anche sostanzialmente dalla materia penale: infatti, secondo la Corte, è comune esperienza che gli illeciti penali possano essere anche lievi, in particolare quelli contravvenzionali, e dunque la gravità/levità dell’illecito non è criterio discretivo della materia penale. In tal modo, la Corte, come ho accennato, sostituisce il secondo criterio Engel della “natura dell’illecito” con quello del carattere repressivo/deterrente della pena. Ma, come si è avuto modo di vedere, pure tale criterio risulta inidoneo a distinguere la pena dalla sanzione amministrativa.

Nel successivo punto 54, la Corte conclude nel senso che «dal momento che la contravvenzione commessa dal Sig. Öztürk era penale ai sensi dell’art. 6 della Convenzione, non occorre esaminarla anche alla luce del criterio finale stabilito più sopra [n.d.s.: il terzo criterio Engel]. La relativa mancanza di gravità della sanzione in gioco [...] non può privare un illecito del suo carattere intrinsecamente penale». Dunque, quando un illecito è punitivo/repressivo e preventivo/deterrente, è penale, per quanto lieve sia la sanzione. In tal modo, la Corte, non si sa quanto consapevolmente, finisce per chiudere ogni spazio alla previsione di illeciti e sanzioni amministrative: pare, infatti, difficilmente contestabile che le sanzioni amministrative pecuniarie siano ‘punitive’ e non - ad esempio, magari - ripristinatorie, e che anch’esse si legittimino in quanto utili per scopi di prevenzione generale (e speciale). In modo esattamente opposto a quanto ritenuto dalla Corte, è proprio la gravità della sanzione ciò che fonda la necessità - al di là di frodi di etichette incentrate sulla pretesa finalità “non punitiva” della sanzione stessa - di riconoscere le garanzie convenzionali e, al di sopra di queste, costituzionali della “materia penale”.

Certamente, l’estensione - a mio avviso indebita ed eccessiva - ad opera della Corte EDU del concetto di materia penale ad ogni sanzione ‘punitiva’, qualunque ne sia la gravità, poteva e può essere volta ad assicurare il riconoscimento

di garanzie che, previste solo per la materia penale, andrebbero, invece, previste pure in rapporto ad illeciti e sanzioni amministrative. In ciò risiedono le buone ragioni anche di taluni orientamenti dottrinali analogamente espansivi del concetto di materia penale, su cui tornerò più avanti. Risulta eloquente, al riguardo, proprio l'ipotesi del diritto all'assistenza gratuita di un interprete di cui al caso *Öztürk*: ci si può chiedere, infatti, perché mai tale diritto debba essere riconosciuto solo in materia penale e non anche in materia amministrativa. Altra questione, sia detto incidentalmente, è se tale diritto debba essere garantito, gratuitamente, solo ai non abbienti – come l'art. 24 co. 3 Cost. impone in rapporto ad «ogni giurisdizione», si badi, non solo penale! – o a chiunque.

Tuttavia, il problema del riconoscimento di principi e garanzie individuali nel diritto sanzionatorio amministrativo non può essere affrontato attraverso la distorsione concettuale consistente nel trasformarlo tutto in “materia penale”. Per altro verso, il ricordato orientamento dottrinale tendente a differenziare l'ampiezza della materia penale e l'applicazione di singoli corollari dei principi penalistici – secondo una *ratio* da individuarsi, di volta in volta, per via ermeneutica -, se sul piano dei contenuti, del merito, può dar luogo a discriminazioni arbitrarie, sul piano del metodo comporta, per il suo strutturale rimettersi allo “spirito delle leggi” individuato dall'*opinio doctorum* o mediante il “prudente apprezzamento del giudice”, una caduta verticale in termini di certezza del diritto e, dunque, di garanzie.

La gravità delle conseguenze dell'orientamento della Corte EDU, però, appare in tutta la sua evidenza in rapporto all'ipotesi inversa rispetto a quella affrontata nella sentenza *Öztürk*: laddove, cioè, la sanzione, formalmente non penale secondo uno o più Stati, sia tuttavia grave, ovvero lesiva di diritti fondamentali della persona, eppure la si ritenga non “punitiva/repressiva” e deterrente/dissuasiva e, perciò, neppure sostanzialmente appartenente alla “materia penale”. Qui il rischio di frodi delle etichette avallate dalla stessa Corte risulta concreto ed inquietante. Con il pretesto secondo cui una misura di prevenzione personale, oppure una diversa misura privativa della libertà personale o incidente sull'intero patrimonio non sarebbe “punitiva/repressiva”, e dunque penale, si

rischia di sottrarre sanzioni gravissime alle garanzie del diritto e del procedimento penale.

Si pensi, ancora una volta e in riferimento alla giurisprudenza della Corte EDU, alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, aggravata da prescrizioni come quella di non allontanarsi dalla propria dimora; alle confische di prevenzione ed ‘allargata’; alle misure di sicurezza nominalmente ‘amministrative’, ma anche personali o addirittura detentive; alla detenzione ‘amministrativa’ di migranti irregolari nei CPR; alla contenzione fisica, formalmente amministrativa e ‘sanitaria’, di persone ritenute “pericolose” per sé o per altri.

Ecco perché, se da un lato è auspicabile che la Corte EDU modifichi i propri criteri di individuazione della materia penale, dall’altro va ribadito che il concetto costituzionale di materia penale è sovraordinato in rapporto a quello convenzionale: anche qualora la Corte EDU escluda dalle garanzie proprie della materia penale alcuni illeciti e sanzioni, ciò non può comportare automaticamente che tali illeciti e sanzioni siano sottratti ai principi costituzionali del diritto e del processo penale. Detto in altri termini: se una legge penale è contraria alla CEDU quale complesso di norme interposte, essa è contraria anche a Costituzione *ex art. 117 Cost.*, ma, all’inverso, il fatto che una legge penale sia conforme alla CEDU non significa che essa sia pure conforme alla Costituzione, che ha rango sovraordinato rispetto alla CEDU e contiene principi e garanzie che la CEDU, come interpretata dalla Corte EDU, non prevede.

4.3. Il rischio di frodi delle etichette avallate dalla stessa Corte EDU si presenta, in particolare, nella nota sent. De Tommaso c. Italia del 23 febbraio 2017 ed ancor più nelle pronunce ivi richiamate, in rapporto alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, inasprita da prescrizioni inclusive dell’obbligo di permanenza domiciliare nelle ore notturne. Tale rischio è stato rilevato – sia pure, comprensibilmente, con toni piuttosto *soft* – già nella nota *parcially dissenting opinion* del giudice Pinto De Albuquerque, riportata in appendice alla sent. De Tommaso, al punto 9: «Finora, Strasburgo ha fornito uno scarso aiuto a contrastare questa frode delle etichette».

Per comodità del lettore, riporto integralmente il punto 1 della sent. De Tommaso: «La Corte osserva anzitutto che l'aspetto penalistico dell'art. 6 § 1 della Convenzione non è applicabile, dal momento che la sorveglianza speciale non è comparabile ad una sanzione penale, e dato che il procedimento concernente il ricorrente non comprendeva la determinazione di un'«accusa penale» ai sensi dell'art. 6 della Convenzione (v. *Guzzardi*, citata *supra*, § 108, e *Raimondo*, citata *supra*, § 43). Resta da stabilire se l'art. 6 § 1 della Convenzione sia applicabile nel suo aspetto civile».

Al riguardo, va anzitutto osservato che il dato per cui il procedimento non sia qualificato formalmente come penale non dovrebbe avere alcuna rilevanza ai fini della decisione se la sorveglianza speciale attenga alla materia penale, perché si tratterebbe di un criterio formale, tanto quanto la denominazione della sanzione quale pena. In altri termini, la tesi secondo cui una sanzione è penale quando viene applicata all'esito di un procedimento penale, pur riflettendo un risalente e diffuso orientamento formalistico, è assolutamente improponibile se si è alla ricerca di un concetto sostanziale, convenzionale o costituzionale di materia penale; altrimenti, il legislatore potrebbe arbitrariamente sottrarsi alle garanzie del diritto e del procedimento penale definendo come amministrativo un determinato procedimento o, il che è lo stesso, devolvendolo alla giurisdizione amministrativa. Si potrebbe addirittura giungere a rimettere al giudice amministrativo o, perché no, civile, il potere di infliggere pene detentive - ad esempio, nella vergognosa ipotesi della prigione per debiti - e, a causa dell'attribuzione a quel giudice anziché a quello penale, chiamarle 'pene amministrative' o 'civili'!

In secondo luogo, l'affermazione secondo cui «la sorveglianza speciale non è comparabile ad una sanzione penale» risulta motivata solo *per relationem*, ossia mediante il mero rinvio a punti delle sent. *Guzzardi c. Italia* del 66 novembre 1980 e *Raimondo c. Italia* del 22 febbraio 1994, a loro volta piuttosto ermetici e rinviati, rispettivamente, alle sent. *Engel* (cfr. sent. *Guzzardi*, punto 108) e *Guzzardi* (cfr. sent. *Raimondo*, punto 43). Si tenga presente che nella sent. *De Tommaso* la Corte dà atto dell'applicazione giudiziale, nel caso og-

getto di ricorso, delle seguenti prescrizioni: «Non lasciare il Comune di residenza, non allontanarsi da casa tra le 22 e le 6, non partecipare a pubbliche riunioni e non usare telefoni o strumenti di comunicazione radio». L'interrogativo che vorrei sottoporre al lettore è: una sorveglianza speciale così rigida è forse una sanzione amministrativa?

A tale interrogativo, il giudice Pinto De Albuquerque risponde apprezzabilmente di no - ai punti 33 ss. della sua *dissenting opinion* -; egli riconosce che si tratti di sanzione sostanzialmente penale, facendo leva non soltanto, ma, a mio avviso, soprattutto sul criterio Engel della gravità della sanzione, ritenuta condivisibilmente lesiva di libertà personale e dignità. Anche in rapporto al criterio della funzione della pena e della misura di prevenzione, l'argomentazione del giudice dissenziente mi pare del tutto corretta, laddove egli sinteticamente afferma, al punto 37, che «queste misure avevano uno scopo di prevenzione generale e speciale, come ogni normale sanzione penale». Tuttavia, qui egli omette di confrontarsi criticamente ed in modo approfondito con l'orientamento contrario della Corte EDU, che, come abbiamo visto, tende ad opporre prevenzione e repressione, assegnando a tale criterio un ruolo centrale e finendo, così, per mettere in secondo piano la gravità della sanzione; ed in tal modo contribuisce ad una grave frode delle etichette.

In effetti, la sent. Guzzardi - la prima cui la sent. De Tommaso rinvia - riguardava una sottoposizione a sorveglianza speciale sull'isola dell'Asinara, accompagnata da prescrizioni severe. In considerazione delle modalità esecutive, la Corte EDU - dopo aver opportunamente rilevato, al punto 93, la difficoltà di distinguere, se non su un piano meramente quantitativo, tra "limitazione" e "privazione" della libertà - al punto 95 riconobbe che, nel caso di specie, si era trattato di misura privativa della libertà personale, ai sensi dell'art. 5 CEDU. Essa rilevò inoltre - al punto 100 - che tale privazione non era basata su una condanna, ai sensi dell'art. 5 § 1 lett. a CEDU: «L'assegnazione del Sig. Guzzardi ad una residenza non costituiva una pena volta a reprimere un'infrazione concreta, ma una misura preventiva presa sulla base di indici che denotavano una propensione alla delinquenza»; ed aggiunse «che ai fini della Convenzione non potrebbe esservi "condanna" senza la statuizione legale di un'infrazione,

penale o, se del caso, disciplinare (sent. Engel ed altri)». Di conseguenza, non rientrando quella privazione della libertà personale né nell'ipotesi giustificativa di cui alla lett. a dell'art. 5 § 1, né nelle altre ivi contemplate, la Corte nella sent. Guzzardi ravvisò la violazione dell'art. 5 § 1 CEDU (punto 104).

Tuttavia, nel punto 108, la Corte negò la violazione dell'art. 6 CEDU, con la seguente laconica motivazione: «La Corte ritiene che anche ai sensi della Convenzione non si trattasse di decidere della “fondatezza” di un’“accusa in materia penale” (sent. Engel ed altri [...])».

Dunque, secondo la sentenza Guzzardi, aveva avuto luogo un'illegittima privazione di libertà personale, senza una vera “condanna”, né penale, né disciplinare; ma non si trattava di materia penale alla stregua dei criteri Engel. Se ci si chiede il perché di tale ultima affermazione, dato che la Corte nella sent. Guzzardi riconosce la privazione della libertà personale, pare doversi rispondere che l'esclusione della materia penale non si fonda sul terzo criterio Engel, quello della gravità della sanzione; in tal senso depongono sia il rigore, rilevato dalla Corte EDU, delle prescrizioni che accompagnavano la sorveglianza speciale nel caso Guzzardi, sia lo stesso tenore letterale della sentenza, da cui non si evince assolutamente alcun elemento che possa indicare una ‘levità’ della privazione della libertà personale nel caso concreto. L'esclusione dalla materia penale della sorveglianza speciale accompagnata dalle prescrizioni di cui al caso concreto pare fondarsi, dunque, sul rilievo – addotto dalla Corte al diverso fine di escludere la presenza di una “condanna” – secondo cui non si trattava di una “pena”, e neppure, aggiungiamo, di una sanzione disciplinare, mancando un’“infrazione”, bensì di una mera “misura preventiva o di sicurezza”, come la Corte testualmente afferma in un altro passo del punto 100. Quindi, l'argomento decisivo si fonda sul secondo criterio Engel, declinato, però, in modo simile alla sent. Öztürk, nel senso che ciò che distingue la pena da altre ‘misure’ è la funzione repressiva/punitiva e deterrente; invece, una misura specialpreventiva, per di più basata su meri indizi di pericolosità, non è pena.

In tal modo, al di là di ogni indagine sulle insondabili intenzioni della Corte, si perviene ad un esito problematico: ossia quello di escludere dalla materia pe-

nale e, dunque, dalle garanzie convenzionali del diritto e del procedimento penale sanzioni privative della libertà personale - o magari pure 'soltanto' di altri diritti fondamentali, come quelli alla libertà di circolazione, di corrispondenza e di riunione - sulla base dell'argomento costituito dalla loro finalità di prevenzione della pericolosità. Ma ciò costituisce un'evidente frode delle etichette, conseguita attraverso una motivazione del tutto insufficiente, e tuttavia sostanzialmente riconducibile all'idea, già sottoposta a critica, secondo cui la pena è retribuzione/deterrenza e non ha finalità specialpreventive. La Corte pare non rendersi neppure conto della gravità dell'affermazione secondo cui viola l'art. 5 CEDU, ma non rientra nella materia penale - e, dunque, nelle garanzie di cui, in particolare, agli artt. 3, 6 e 7 CEDU - una privazione della libertà personale a titolo di misura di 'prevenzione', che la Corte stessa riconosce non essere basata su un fatto, bensì su meri indizi di pericolosità e, perciò, inflitta senza una vera e propria 'condanna' per un'infrazione.

Tale 'grave leggerezza' della Corte costituisce un precedente che pesa come un macigno sulla successiva giurisprudenza; infatti, nella citata sent. Raimondo, la Corte liquida in poche battute la questione se la sorveglianza speciale rientri nella materia penale: «La Corte ritiene che la sorveglianza speciale non si possa accostare ad una pena, perché la prima mira ad impedire la commissione di condotte criminali» (punto 43, ove, ciò detto, ci si limita a rinviare alla sent. Guzzardi). Viene subito da chiedersi: e la seconda, la pena, a che cosa mirebbe, invece? Stupisce, anche stavolta, l'insostenibile debolezza e superficialità dell'argomentare di una Corte istituita per la salvaguardia dei diritti dell'uomo. Va peraltro rilevato che, in un'altra significativa pronuncia, è la stessa Corte EDU a ridimensionare il criterio distintivo della funzione repressiva vs. specialpreventiva, affermando: «In effetti gli obiettivi della prevenzione e della riparazione si conciliano con quello della repressione e possono essere considerati come elementi costitutivi della nozione stessa di pena»³².

³² Corte EDU, Welch c. Regno Unito del 9 febbraio 1995, § 30; sentenza puntualmente richiamata da G. GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in www.sistema-penale.it, 14 febbraio 2020, 15, in senso critico verso la rigida distinzione prevenzione/repressione, con particolare riferimento alla Corte cost. n. 24/2019, su cui mi soffermerò più avanti.

Tuttavia, sulle stesse fragili basi poste dalle sent. Guzzardi e Raimondo la Corte EDU si ‘sostiene’ nella sent. De Tommaso. In quest’ultima pronuncia, certamente, la Corte perviene, com’è noto, all’esito del tutto condivisibile e di grande rilievo di condannare l’Italia per la grave indeterminatezza sia dei presupposti applicativi, sia delle prescrizioni relative alla sorveglianza speciale. Ma ciò avviene senza riconoscere che la sanzione applicata rientri nella materia penale, ossia sulla mera base della violazione dell’art. 2 del Protocollo n.4 CEDU (punto 79 ss.) e dell’art. 6 CEDU riguardato, però, solo dall’unico “versante” ritenuto applicabile, ossia quello “civile”.

In rapporto all’art. 2 Prot. 4, la Corte, al fine di escludere che nel caso oggetto del ricorso ricorra una violazione della libertà personale, protetta dall’art. 5 CEDU, cita adesivamente - cfr. sent. De Tommaso, punto 84 - una serie di precedenti in cui, diversamente da quanto affermato nella sent. Guzzardi, si è ritenuto che le modalità meno severe della sorveglianza speciale inducessero a ravvisare solo una privazione della libertà di circolazione, e non pure della libertà personale. Come è stato puntualmente rilevato nella ricordata *partially dissenting opinion* di Pinto De Albuquerque al punto 14 ss., si tratta di una posizione intimamente contraddittoria e dunque insostenibile, posto che in tutti i casi richiamati si trattava, sostanzialmente, delle stesse modalità di sorveglianza, ovvero dell’applicazione, oltre all’obbligo di soggiorno, di prescrizioni quali il divieto di frequentare determinati luoghi, di partecipare a riunioni etc. e, soprattutto, l’obbligo di permanenza domiciliare notturna, applicato per lungo tempo - nel caso De Tommaso, per ben 221 giorni! -: quest’ultimo, di per sé, è già sicuramente una privazione della libertà personale analoga alla detenzione domiciliare, ritenuta dalla stessa Corte EDU, in numerose pronunce, rientrante nell’ambito di tutela dell’art. 6 CEDU. L’unica differenza tra il caso Guzzardi e gli altri consisteva nel ridotto spazio di libertà di movimento di cui il prevenuto poteva fruire all’Asinara e nel suo sostanziale isolamento. Tuttavia, nella sent. De Tommaso la Corte afferma che anche una limitazione della ‘sola’ libertà di circolazione, di natura non penale, dev’essere caratterizzata da prevedibilità e, dunque, stabilita in norme chiare e precise.

Naturalmente, in ambito CEDU una stretta legalità, comprensiva di riserva assoluta di legge e determinatezza legale, non viene in considerazione neppure quando si tratta di materia penale, come comunque non è, secondo la Corte EDU, in rapporto alla sorveglianza speciale. Viene richiesta, invece, una prevedibilità e, quindi, una determinatezza non della legge, ma del diritto, anche se quest'ultimo è posto da fonte subordinata alla legge oppure meramente giurisprudenziale. Ebbene, per la Corte EDU né la l. n.1423/1956, né la Corte cost., quando è stata chiamata a pronunciarsi in materia, hanno precisato sufficientemente presupposti e contenuto delle misure di prevenzione; la Corte EDU pone in particolare evidenza – sent. De Tommaso, punti 119 ss. – che la Corte cost. non ha adempiuto il compito di precisare quei presupposti e quel contenuto, ritenendo, evidentemente, che ad essa spetti il compito di ‘determinare’ per via giudiziale il contenuto di leggi indeterminate e che, qualora ciò avvenga, la precisione/prevedibilità richiesta sia garantita.

«125. La Corte, pertanto, conclude che la l. n.1423/1956 era formulata in termini vaghi ed eccessivamente ampi. Né i soggetti cui le misure di prevenzione erano applicabili (art. 1 della legge del 1956) né il contenuto di alcune di tali misure (artt.3 e 5 della legge del 1956) erano definiti dal diritto con sufficiente precisione e chiarezza. Ne consegue che la legge non soddisfaceva i requisiti di prevedibilità stabiliti nel *case-law* di questa Corte».

Orbene, a mio avviso si può e si deve indubbiamente valutare in termini estremamente positivi il fatto che la Corte EDU abbia condannato l'Italia per l'assoluta indeterminatezza di quella disciplina; indeterminatezza che avrebbe dovuto comportare, ben prima, una dichiarazione di illegittimità della stessa ad opera della nostra Corte costituzionale. D'altro canto, però, per le ragioni già illustrate, va rilevato che la Corte EDU, con tale pronuncia, ribadisce e consolida una grave frode delle etichette in materia di misure di prevenzione personali, fondatamente contestata nella ricordata *partially dissenting opinion*. E tale ‘consolidamento’ giurisprudenziale si è immediatamente ripercosso, come stiamo per vedere, sull'ordinamento italiano.

5. *La “materia penale” nella sentenza della Corte costituzionale n.24/2019.*

5.1. Nella sent. del 24 gennaio 2019, n.24, in tema di sorveglianza speciale e confisca di prevenzione, la Corte costituzionale, nel *considerato in diritto*, trae da una ricostruzione storica della disciplina delle misure di prevenzione «le coordinate essenziali per chiarire quali siano le garanzie che, dal punto di vista costituzionale e convenzionale, circondano le misure di prevenzione personali» (punto 9.7.).

Cito testualmente: «9.7.1. - Anzitutto, la circostanza che, ai fini dell'applicazione di una misura di prevenzione personale, sono comunque necessari elementi che facciano ritenere pregresse attività criminose da parte del soggetto, non comporta che le misure in questione abbiano nella sostanza carattere sanzionatorio-punitivo, sì da chiamare in causa necessariamente le garanzie che la CEDU, e la stessa Costituzione, sanciscono per la materia penale.

Imperniate come sono su un giudizio di persistente pericolosità del soggetto, le misure di prevenzione personale hanno una chiara finalità preventiva anziché punitiva, mirando a limitare la libertà di movimento del loro destinatario per impedirgli di commettere ulteriori reati, o quanto meno per rendergli più difficoltosa la loro realizzazione, consentendo al tempo stesso all'autorità di pubblica sicurezza di esercitare un più efficace controllo sulle possibili iniziative criminose del soggetto. L'indubbia dimensione afflittiva delle misure stesse non è, in quest'ottica, che una conseguenza collaterale di misure il cui scopo essenziale è il controllo, per il futuro, della pericolosità sociale del soggetto interessato: non già la punizione per ciò che questi ha compiuto nel passato».

Risulta evidente che la Corte cost. fonda l'esclusione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali sulla loro finalità preventiva, anziché "sanzionatorio-punitiva". Ma, in tal modo, essa si espone agli stessi rilievi critici svolti nelle pagine precedenti in rapporto alla giurisprudenza della Corte EDU. Infatti, anche le pene e le misure di sicurezza, nel nostro ordinamento costituzionale, si legittimano sulla base del perseguimento di finalità di prevenzione. Entrambe hanno un contenuto di privazione di diritti fondamentali, ma non perseguono la "punizione" fine a sé stessa, che corrisponderebbe ad una funzione

retributiva; sotto tale punto di vista, è ormai notoriamente superata la base teorica del doppio binario consistente in una diversa funzione – retributivo-deterrente – della pena, rispetto a quella specialpreventiva della misura di sicurezza³³. Pene e misure di sicurezza devono entrambe tendere alla prevenzione generale e speciale positiva, *sub specie* risocializzazione.

Ma anche le misure “di prevenzione”, espressamente orientate a finalità, in particolare, specialpreventive, hanno un contenuto ‘afflittivo’, di privazione di diritti fondamentali, che mi pare grave definire “conseguenza collaterale”, soprattutto quando l’effetto collaterale che viene ad essere ‘bagattellizzato’ dalla Corte è niente di meno che la privazione della libertà personale, come la Corte riconosce nella sent. n.24/2019 in rapporto alla sorveglianza speciale con prescrizioni inclusive del divieto di allontanarsi dall’abitazione nelle ore notturne. La Corte, qui, trascura in modo inquietante la gravità della sanzione, pervenendo all’esito – gravido di conseguenze – di escludere in blocco le garanzie penalistiche dalle misure di prevenzione. E addirittura arriva a negare che tali misure abbiano carattere “sanzionatorio”: affermazione insostenibile, come si è visto in precedenza.

Ma c’è di più: data la gravità della sanzione e vista la comune finalità preventiva di pene, misure di sicurezza e misure di prevenzione, si conferma che l’unico, vero carattere distintivo di queste ultime non è altro che il loro essere *ante o praeter delictum*: il loro basarsi su meri “elementi di fatto” indizianti condotte delittuose e sintomatici di quella pericolosità soggettiva, “delle persone”, “per la sicurezza pubblica”, richiesta dall’art. 6 d.lgs. n.159/2011 per l’applicazione della sorveglianza speciale. In altri termini, il *proprium* delle misure di prevenzione non è altro che l’imposizione di una sanzione privativa di diritti fondamentali su basi incompatibili con un diritto penale del fatto ed in particolare con i principi costituzionali di legalità ed offensività: sotto tale profilo, la sent. n.24/2019, negando che le misure di prevenzione attengano alla materia penale, compie un passo indietro di quarant’anni, dal momento che, come ricordato dalla stessa Corte nella sua ricostruzione storica, con la sent. n.177/1980 la previsione relativa ai “proclivi a delinquere” era stata dichiarata illegittima

³³ Cfr. per tutti FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*⁸, Bologna, 2019, 764, 871.

proprio in relazione al principio penalistico di legalità riferito alle misure di sicurezza, di cui all'art. 25 co. 3 Cost., richiamato, allora, dalla Corte unitamente all'art. 13 Cost.

Strettamente connessa alla violazione di principi costituzionali del diritto penale è quella del diritto di difesa e della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 co. 2 Cost.; quest'ultimo principio, riferito soltanto al diritto penale, viene completamente ignorato dalla sent. n.24/2019, evidentemente ancora sulla base del presupposto – da tempo e fondatamente contestato dalla dottrina penalistica prevalente – per cui le misure di prevenzione non attengono alla materia penale. Va posto nel debito rilievo che, come è stato segnalato da autorevole dottrina, attenta alle relazioni tra diritto penale e processuale penale³⁴, la presunzione di non colpevolezza osta ad inversioni dell'onere della prova incorporate nella stessa fattispecie: in tali casi, è attraverso norme di diritto penale sostanziale che viene violato *ab origine* quel principio del procedimento penale. Ed è quanto accade nelle misure di prevenzione.

Infatti, le due 'fattispecie' di prevenzione sottoposte al vaglio della Corte nella sent. n.24 sono, rispettivamente, quelle attualmente contenute nell'art. 1 d.lgs. n.159/2011: «a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose». In entrambe le ipotesi, la misura di prevenzione risulta fondata sul "doversi ritenere" qualcosa, sulla base di meri "elementi di fatto", di indizi, cosicché il prevenuto subisce la sanzione senza che occorra la prova della sua colpevolezza/responsabilità per un fatto di reato.

La Corte, al punto 12.1., ricorre deliberatamente ad un espediente concettuale, quello di distinguere – ovvero di «eliminare ogni equivoca sovrapposizione tra» – «il concetto di tassatività sostanziale, relativa al *thema probandum*, e quello di cosiddetta tassatività processuale, concernente il *quomodo* della prova».

³⁴ VOLK, *Criminalità economica: problemi criminologici, politico-criminali e dommatici*, in *Sistema penale e criminalità economica*, cit., 50 ss.

«Non sono, dunque, conferenti in questa sede i pur significativi sforzi della giurisprudenza - nella perdurante e totale assenza, nella legislazione vigente, di indicazioni vincolanti in proposito per il giudice della prevenzione - di selezionare le tipologie di evidenze (genericamente indicate nelle disposizioni in questione quali “elementi di fatto”) suscettibili di essere utilizzate come fonti di prova dei requisiti sostanziali delle “fattispecie di pericolosità generica”». Per la Corte, dunque, la questione relativa a che cosa siano e come si provino gli “elementi di fatto” è questione che non attiene al principio di tassatività, o meglio di determinatezza del diritto penale sostanziale: in tal modo, “processualizzando” un elemento fondamentale della fattispecie di pericolosità, la Corte ritiene di superare in parte la critica fondatissima, contenuta nella sent. della Corte EDU De Tommaso, secondo cui non è tuttora chiaro in che cosa consistano tali “elementi di fatto” e ciò rende indeterminata ed imprevedibile la fattispecie di prevenzione, in misura intollerabile persino per delle norme extrapenali, quali sono, per la Corte EDU, quelle in tema di misure di prevenzione.

La Corte costituzionale, in altri termini, ‘legge’ le fattispecie di pericolosità presupposto delle misure di prevenzione come se fossero scritte come segue: «a) coloro che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose». Gli elementi testualmente riferiti al “doversi ritenere sulla base di elementi di fatto” vengono, invece, artificiosamente estromessi dalla fattispecie, nel vano tentativo di occultarne il carattere di (fattispecie di) sospetto³⁵; anche sotto tale profilo, si coglie un regresso a confronto con la sent. n.177/1980, laddove la Corte aveva analizzato sotto il profilo dell’indeterminatezza della fattispecie - anziché ‘declassificarli’ a meri indici probatori attinenti alla “tassatività processuale” - anche e soprattutto gli ‘elementi di fatto’ costituiti, in relazione ai proclivi a delinquere, dalle “manifestazioni cui abbiano dato luogo”. Oltretutto, così procedendo, la

³⁵ Di «indeterminatezza del sospetto come elemento di fattispecie» e di fattispecie di prevenzione «strutturate sul “sospetto”» - e perciò incostituzionali per violazione sia del principio di determinatezza che della presunzione di non colpevolezza di cui all’art. 27 co. 2 Cost. - parlava, condivisibilmente, già BRICOLA, *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, cit., 51 ss. (spec. 52), 68-69.

Corte, nella sent. n.24/2019, trasforma le fattispecie di prevenzione in disposizioni relativi ad una sorta di delinquente abituale o professionale, che proprio non si vede come possano dirsi estranee alla materia penale, dal momento che la finalità ‘preventiva’ della misura, va ribadito, non esclude affatto l’attinenza a tale materia.

L’esclusione dalla “materia penale” delle misure di prevenzione, operata dalla Corte cost. sulla scia della giurisprudenza della Corte EDU ed in particolare della sent. De Tommaso, fa sì che la Corte possa escludere, in rapporto alle citate fattispecie di pericolosità, l’applicabilità del principio penalistico di determinatezza. La Corte cita, al riguardo, la propria recente giurisprudenza, secondo cui la determinatezza è requisito che deve caratterizzare la legge penale ed il cui difetto non è rimediabile dalla giurisprudenza: «L’esistenza di interpretazioni giurisprudenziali costanti non val[e], di per sé, a colmare l’eventuale originaria carenza di precisione del precetto penale» (sent. n. 327/2008); e nessuna interpretazione può «surrogarsi integralmente alla *prævia lex scripta*» (sent. n.115/2018). Tuttavia, per la Corte, le misure di prevenzione non attonano al diritto penale: di conseguenza, non sono soggette alla determinatezza legale, ma possono essere ‘tassativizzate’ dal ‘diritto vivente’.

Si palesa, così, uno degli effetti perversi dell’esclusione delle misure di prevenzione dalla materia penale. Infatti, sulla base del presupposto per cui le misure di prevenzione, essendo “non penali”, possono essere rese “prevedibili” dalla giurisprudenza, la Corte perviene alla conclusione differenziata secondo cui l’art. 1 n.1 l. 27 dicembre 1956, n. 1423 - nel testo vigente sino all’entrata in vigore del d.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 -, che rende applicabili le misure di prevenzione ai soggetti che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, dediti a traffici delittuosi, è illegittimo, perché permangono, in giurisprudenza, due diversi orientamenti sul significato di tale espressione; mentre, al contrario, «la Corte ritiene che, alla luce dell’evoluzione giurisprudenziale successiva alla sentenza de Tommaso, risulti oggi possibile assicurare in via interpretativa contorni sufficientemente precisi alla fattispecie descritta dell’art. 1, numero 2)» (punto 12.2.), cosicché la ‘tassativizzazione’ giurisprudenziale renderebbe legittima l’imposizione di misure di prevenzione personali e patrimoniali a coloro

che, sulla base di elementi di fatto, debba ritenersi che vivono abitualmente di proventi delittuosi. Una ‘tassativizzazione’, ricordiamo, che non è richiesta per il requisito degli “elementi di fatto”, che vengono considerati attinenti al diritto processuale – “non penale”, ma magari amministrativo! -, per cui, secondo la Corte, si può ben continuare a non sapere in che cosa consistano.

La Corte cost., in riferimento all’art. 1 n.2 l.n.1423/1956, conclude al punto 12.3. che «la descrizione normativa in questione, anche se considerata alla luce della giurisprudenza che ha tentato sinora di precisarne l’ambito applicativo, non soddisfa le esigenze di precisione imposte tanto dall’art. 13 Cost., quanto, in riferimento all’art. 117, comma primo, Cost., dall’art. 2 del Prot. n. 4 CEDU per ciò che concerne le misure di prevenzione personali della sorveglianza speciale, con o senza obbligo o divieto di soggiorno; né quelle imposte dall’art. 42 Cost. e, in riferimento all’art. 117, comma primo, Cost., dall’art. 1 del Prot. addiz. CEDU per ciò che concerne le misure patrimoniali del sequestro e della confisca».

Ma, per un verso, appare assai dubbio che una ‘tassativizzazione’ giurisprudenziale soddisfi il requisito dei “casi e modi previsti dalla legge” richiesto dall’art. 13 Cost.; pare che la Corte interpreti tale disposizione come se si riferisse a “casi e modi previsti dalla giurisprudenza”!

Per altro verso, l’argomentazione della Corte cost., che condiziona la legittimità costituzionale delle due ipotesi alla precisazione del significato di testi legali imprecisi ad opera della giurisprudenza, conduce ad esiti paradossali. Infatti, innanzitutto nulla esclude che il contrasto giurisprudenziale tra due orientamenti intorno al concetto di “traffici delittuosi” potesse essere, in un futuro magari prossimo, agevolmente risolto dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione; la legge è stata dichiarata incostituzionale, in un certo senso, perché la giurisprudenza non l’aveva ‘ancora’ tassativizzata! Per altro verso, nulla esclude, data la vaghezza del testo legislativo, l’insorgere di futuri contrasti giurisprudenziali in rapporto alla fattispecie di prevenzione ritenuta legittima perché ‘tassativizzata’ dalla giurisprudenza: si pensi ad un elemento come l’“abitualmente”, in rapporto al quale potrebbero emergere contrasti interpretativi, così che la

norma oggi ‘tassativizzata’ potrebbe essere ‘detassativizzata’ dalla stessa giurisprudenza: in tale ipotesi, la Corte costituzionale dovrebbe allora dichiarare illegittima la norma di legge, perché la giurisprudenza si è evoluta, dando luogo a grave incertezza?

5.2. Nella sent. n.24/2019, la Corte è chiamata a vagliare pure la legittimità costituzionale dell’applicabilità alle stesse persone di cui agli artt.1, nn.1 e 2, l. n.1423/1956, della confisca di prevenzione. Ebbene, nel punto 10.3. ss., anche di tale forma di confisca la Corte esclude l’attinenza alla materia penale, con un *iter* argomentativo espressamente riferito, peraltro, pure alla cd. confisca “allargata” di cui all’art. 240-*bis* c.p. Infatti, entrambe vengono ricondotte al *genus* - individuato dalla stessa Corte nella sent. n.33/2018 - della «confisca dei beni di sospetta origine illecita»: origine presunta sulla base di indizi - tra i quali è prevista come sufficiente la mera sproporzione tra i beni di cui si ha la disponibilità ed il reddito o l’attività svolta - nonché della mancata giustificazione della provenienza dei beni da parte del prevenuto o dell’imputato. Secondo la Corte, si tratta «di uno strumento di contrasto alla criminalità lucrogenerica ormai largamente diffuso in sede internazionale», caratterizzato «sia da un allentamento del rapporto tra l’oggetto dell’ablazione e il singolo reato, sia, soprattutto, da un affievolimento degli oneri probatori gravanti sull’accusa». Ebbene, al momento di stabilire (10.4.) «quali siano i principi costituzionali e convenzionali che ne integrano lo specifico statuto di garanzia», la Corte costituzionale sostiene che «nell’ottica del sistema, l’ablazione di tali beni costituisce non già una sanzione, ma piuttosto la naturale conseguenza della loro illecita acquisizione, la quale determina [...] un vizio genetico nella costituzione dello stesso diritto di proprietà in capo a chi ne abbia acquisito la materiale disponibilità»; infatti, non è compatibile con la funzione sociale della proprietà «l’acquisizione di beni *contra legem*, sicché nei confronti dell’ordinamento statale non è mai opponibile un acquisto inficiato da illecite modalità» (Cass., sez. un., n. 4880 del 2015)».

La Corte prosegue affermando che «il sequestro e la confisca del bene medesimo non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta; bensì,

più semplicemente, quello di far venir meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in maniera non conforme all'ordinamento giuridico». «In assenza di connotati afflittivi ulteriori, la finalità dell'ablazione patrimoniale ha, in tale ipotesi, carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene. Quest'ultimo potrà, così, essere sottratto al circuito criminale, ed essere invece destinato – quanto meno ove non sia possibile restituirlo a un precedente titolare, che ne fosse stato illegittimamente spogliato – a finalità di pubblico interesse».

Il percorso argomentativo seguito dalla Corte lascia, ancora una volta, perplessi. In primo luogo, appare sorprendente l'affermazione secondo cui l'ablazione patrimoniale non costituirebbe una sanzione (!), ma una “naturale conseguenza”; l'ablazione, infatti, non germoglia da una pianta, ma è disposta da una norma dell'ordinamento giuridico, quale conseguenza giuridica negativa che colpisce colui che dispone, di fatto, di uno o più beni. L'artificio consistente nel negare che si tratti di sanzione risulta semplicemente insostenibile. In realtà, con tale espediente concettuale la Corte tende a due obiettivi connessi: essa vuole, da un lato, sminuire l'afflittività dell'ablazione patrimoniale, affermando che si tratti di beni che, fin dall'inizio, non spetterebbero al prevenuto o al condannato, e, dall'altro, intende sostenere, in realtà, che si tratti – pur sempre – di una sanzione, ma non penale, perché avente funzione o finalità “ripristinativa”. Ma, in quanto al primo obiettivo, anche se, in ipotesi, fosse dimostrato che i beni di cui il condannato viene privato non gli spettano secondo le regole dell'ordinamento, rimarrebbe il dato dell'ablazione, che può avere, nelle ipotesi di confisca in questione, una portata economica ingente, fino all'intero patrimonio di una persona: ripeto, proprio non si comprende come si faccia a negare che si tratti di una sanzione, oltretutto di gravità indeterminata e, dunque, potenzialmente pesantissima. L'obiettivo realmente in discussione è, piuttosto, il secondo, cioè quello di sancire che si tratti di sanzione non penale.

Per giungere a tale risultato, cioè quello – di portata dirompente sul piano delle garanzie individuali – di escludere completamente l'applicazione di tutti e ciascuno dei principi del diritto e del procedimento penale, in rapporto sia alla

confisca di prevenzione che a quella ‘allargata’, la Corte fa leva ancora una volta sul criterio della finalità non “punitiva/repressiva” dell’ablazione, la cui incisività sui diritti della persona viene, come si è visto, bagattellizzata negando finanche che si tratti di “sanzione”. In altri termini, il criterio ‘Engel’ della gravità della sanzione viene messo completamente fuori gioco, facendo leva sull’altro criterio e puntando sulla finalità “ripristinativa” della sanzione. Il risultato sarebbe – è bene esplicitarlo in modo più dettagliato – che per la confisca “di presunzione” (di prevenzione o ‘allargata’) non varrebbero i principî di riserva di legge, determinatezza/tassatività, irretroattività, e neppure il principio della responsabilità per il “fatto commesso”, art. 25 Cost., insomma, lo stesso diritto penale del fatto; non varrebbero il principio di personalità della responsabilità, la funzione rieducativa della pena, e, sul piano processuale, la presunzione di non colpevolezza – e dunque la necessità della prova della responsabilità «al di là di ogni ragionevole dubbio» e non secondo il criterio del «più probabile che non» – e i principî specificamente penalistici del giusto processo, art. 111 Cost., primo fra tutti il principio del contraddittorio.

Incidentalmente, va osservato che la Corte evita di fare riferimento ad una funzione risarcitoria-riparativa della confisca, usando una terminologia leggermente diversa – funzione “ripristinativa” -, perché naturalmente la confisca – sia quella di cui all’art. 240 c.p., sia quella “di presunzione”, nelle due *species* individuate dalla Corte – si distingue dal risarcimento o dalla riparazione verso il danneggiato dal reato. D’altronde, per definizione, il *genus* della confisca di prevenzione ha senso solo laddove non vi sia la prova della provenienza criminosa dei beni e, dunque, manchi la prova che siano stati commessi reati e che vi siano, in assoluto, dei danneggiati da reato, ancor prima della prova relativa a chi essi siano. Si può affermare che, in fondo, nelle ipotesi di cui si discute lo Stato venga a sostituirsi, sulla base del sospetto di reati, ai sospetti danneggiati. Ma la confisca *de qua* sembra essere intesa dalla Corte piuttosto in termini di mera ‘nazionalizzazione’ dei beni di sospetta provenienza illecita.

Al di là di ciò, la tesi secondo cui l’ablazione non sarebbe “punitiva”, nonostante la sua innegabile afflittività e pur fondandosi sul sospetto di reati, risulta naturalmente sostenibile solo se vale anche per la confisca in generale, ossia,

anzitutto quella ‘comune’ di cui all’art. 240 c.p. Bisognerebbe in altri termini affermare, per coerenza, che tale misura di sicurezza non è una sanzione penale, perché anch’essa – almeno in relazione al profitto, al prodotto o al prezzo del reato – ha funzione “ripristinativa” in rapporto a beni che presentano un “vizio originario del titolo acquisitivo della proprietà”. Infatti, l’unica reale differenza, di non poco conto, tra confisca comune e “di presunzione” consiste proprio... nella presunzione – ossia nel commiato dal diritto penale del fatto e dalla presunzione di non colpevolezza –; lo riconosce, sia pure in termini alquanto eufemistici, la Corte, allorché parla di “allentamento” del nesso pertinenziale tra bene oggetto di ablazione e reato commesso, mentre in realtà si tratta di un nesso del tutto assente, perché i beni si presumono derivare da altri reati, la cui realizzazione è oggetto di un mero sospetto.

Dunque, bisognerebbe chiedere alla Corte se anche la confisca del profitto, prodotto o prezzo, di cui all’art. 240 c.p., e tutte quelle speciali obbligatorie e/o per equivalente, sono sanzioni “non penali”. Ma anche la stessa confisca di cose che servirono o furono destinate a commettere il reato potrebbe dirsi “non penale”, giacché è rivolta a finalità “preventive” e non “punitive”.

A mio avviso, è di nuovo la contrapposizione tra finalità ripristinatoria e punitiva, come già quella tra prevenzione e punizione, a risultare insostenibile. Da un lato, la confisca, quale sanzione ‘ripristinativa’ dello *status quo ante*, realizza una privazione di beni di entità anche ingente, che può giungere nella confisca ‘presuntiva’ fino all’intero patrimonio di cui taluno disponga, e dunque ha valenza indubbiamente afflittiva/invasiva. Dall’altro lato, non diversamente da qualunque sanzione penale, il ‘ripristino’ mediante l’ablazione patrimoniale ha un’indubbia funzione preventiva, sia in termini di prevenzione generale che speciale, in quanto comunica il messaggio secondo cui *crime does not pay*: eventuali profitti illeciti vengono confiscati, e ciò vale come contropinta alla spinta criminosa, secondo la più classica formulazione delle teorie dell’intimidazione o deterrenza, che è, quantomeno dall’Illuminismo ad oggi, una giustificazione della sanzione penale. Ed è la stessa Corte a finire per riconoscere – non saprei dire quanto consapevolmente – natura deterrente alla confisca, al-

lorché, nel punto 10.4.2., richiama adesivamente la sent. della Corte EDU Gogitidze contro Georgia del 12 maggio 2015, in cui si afferma che una ipotesi di confisca senza condanna ha *ratio* «compensatoria e preventiva», e quest'ultima viene intesa esplicitamente nel senso che tale confisca in via ai soggetti colpiti da tale sanzione il “chiaro segnale” che le «condotte illecite [...] non potranno assicurare loro alcun vantaggio economico (paragrafi 101-102)». Ma, come abbiamo visto in precedenza, per la Corte EDU la finalità deterrente è caratteristica della sanzione penale!

Ad ogni modo, anche se l'argomentazione della Corte costituzionale fosse riferita soltanto ad una finalità “riparatoria/compensativa/ripristinativa” della confisca, non ne deriverebbe *eo ipso* l'esclusione della confisca stessa dalla materia penale: come pose in evidenza già Claus Roxin decenni orsono, la riparazione del danno può fungere, infatti, da sanzione penale, in una prospettiva di prevenzione generale e speciale positiva³⁶. E, simmetricamente, il fatto che una sanzione civile presenti una finalità ‘punitiva’ non la rende “penale”, come dimostra l'esistenza dei cd. *punitive damages*, introdotti anche nell'ordinamento italiano con il d.lgs. n.7/2016, in materia di depenalizzazione. Com'è ormai fin troppo evidente, il criterio della finalità punitiva/repressiva – anziché preventiva o riparatoria –, inteso quale identificativo della materia penale, fa acqua da tutte le parti.

Le acrobazie argomentative della Corte costituzionale nella sent. n.24/2019 danno luogo, com'è stato magistralmente rilevato, ad una «pesante, evidente ed eclatante “frode delle etichette”»³⁷, mirante ad un unico, inconfessabile obiettivo: escludere l'intero sistema delle misure di prevenzione dalle garanzie del diritto e del procedimento penale e conservare, così, un intero sistema di pesanti sanzioni del sospetto.

³⁶ ROXIN, *Risarcimento del danno e fini della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1987, 3 ss.

³⁷ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, cit., 23. In senso critico, v. pure MAUGERI-PINTO DE ALBUQUERQUE, *La confisca di prevenzione nella tutela costituzionale multilivello: tra istanze di tassatività e ragionevolezza, se ne afferma la natura ripristinatoria (C. Cost. 24/2019)*, in *www.sistemapenale.it*, 29 novembre 2019, 59 ss., con ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

5.3. Come ho accennato in precedenza, risulta preoccupante l'inversione metodologica operata dalla Corte costituzionale, allorché poggia l'interpretazione del concetto costituzionale di materia penale sulla giurisprudenza della Corte EDU. Ciò contrasta con il dato, riconosciuto dalla stessa Corte cost. nella sent. n.49/2015 - richiamata da un'ulteriore pronuncia di cui stiamo per occuparci brevemente - del «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU» (sent. Corte cost. n.25/2019, punto 13). Una conseguenza di tale rango superiore della Costituzione in rapporto alla CEDU è quella secondo cui, anche se la Corte EDU esclude dalle garanzie della materia penale una determinata norma o un intero sottosistema di norme - nel caso *de quo*, quello delle misure di prevenzione -, ciò non comporta affatto che tale norma o sottosistema non vada considerato materia penale ed assoggettato ai relativi principi secondo la nostra Costituzione. Ciò corrisponde anche al significato indiscusso del cosiddetto garantismo multilivello ed al principio di cui all'art. 53 CEDU, secondo cui «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte contraente [...]». Talora, invece, si assiste, in dottrina e giurisprudenza, ad una sorta di 'costituzionalizzazione sostitutiva', per cui le garanzie CEDU si sostituiscono, in modo strisciante, a quelle costituzionali. Rientrano in tale distorsione ermeneutica quelle letture del principio di legalità che riducono la legalità stessa a prevedibilità/accessibilità e, di conseguenza, riconoscono ampi spazi al diritto giurisprudenziale 'vivente'. Ma vi rientra anche e proprio l'interpretazione del concetto di "materia penale" alla luce della CEDU e della relativa giurisprudenza 'creativa', anziché della Costituzione.

Segni di inversione del «predominio assiologico della Costituzione sulla CEDU» si intravedono pure nella sent. Corte cost. n.25/2019 appena citata, che dichiara illegittimo l'art. 75 co. 2 d.lgs. n.159/2011 nella parte in cui «prevede come delitto la violazione degli obblighi e delle prescrizioni inerenti alla misura della sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno ove consistente nell'inosservanza delle prescrizioni di "vivere onestamente" e di "ri-

spettare le leggi”». Infatti, nonostante la Corte abbia affermato quel “predominio”, essa fonda l’illegittimità di cui sopra sulla violazione di norme CEDU, quali parametri interposti ai sensi dell’art. 117 Cost., dichiarando «assorbito il parametro interno dell’art. 25 secondo comma Cost.».

6. *Conclusioni.* Dalle considerazioni svolte si può ricavare la conclusione per cui un concetto sostanziale di materia penale, funzionale ad evitare frodi delle etichette volte ad escludere l’applicazione dei principi costituzionali del diritto e del procedimento penale, deve fondarsi sulla gravità della sanzione. La sanzione penale costituisce da sempre l’intervento statale più invasivo, che aggredisce beni fondamentali della persona: non più, per lo meno in Italia ed Europa, direttamente la vita e l’integrità fisica - pena di morte e pene corporali -, ma pur sempre la libertà personale, “inviolabile” secondo l’art. 13 Cost., attraverso le sanzioni detentive. Queste ultime incidono pure - non va mai dimenticato - sulla salute psicofisica di chi le subisce, specie se sono di lunga durata, o addirittura sull’intera esistenza di una persona, come nell’ergastolo. Ebbene, una sanzione privativa della libertà personale non può mai definirsi ‘amministrativa’: l’*argumentum libertatis* mantiene in tal senso intatto il proprio valore. Tale argomento, viceversa, non può essere impiegato per escludere in assoluto che rientri nella materia penale una sanzione che, pur non restringendo la libertà personale, consista nella privazione di altri diritti inviolabili della persona, costituzionalmente garantiti. Un’interdizione legale perpetua ed anche una confisca generale dei beni, ad esempio, sono interventi talmente invasivi sulla libertà di agire e sul patrimonio da poter rientrare nella materia penale, allo scopo di tutelare tali beni della persona da sanzioni fortemente invasive.

Certamente, quando non si tratta di interventi su vita, integrità fisica e libertà personale, i confini della materia penale, da stabilire alla stregua del criterio della gravità della sanzione, non possono essere fissati in maniera precisa una volta per tutte, ma presentano la stessa storicità e relatività che caratterizza i diritti umani. Ad esempio, una sanzione interdittiva di lunga durata dall’esercizio di una professione, una ineleggibilità/incandidabilità, una confisca può essere - a seconda delle epoche e dei diversi luoghi - considerata sanzione penale

o extrapenale. Ma costituisce un indubbio progresso, sul piano della tutela dei diritti umani, sottoporre ai principi del diritto e del processo penale sanzioni fortemente invasive di libertà e beni fondamentali della persona, e, specularmente, rappresenta un preoccupante regresso la sottrazione di tali sanzioni alla materia penale attraverso frodi delle etichette.

In tal senso, ha costituito un'indubbia conquista della scienza penalistica italiana del secondo Novecento il riconoscimento della sostanziale attinenza alla materia penale delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione: perché, al di là della - pretesa - dicotomia tra prevenzione della pericolosità e retribuzione della colpevolezza, si tratta di sanzioni gravemente invasive di beni fondamentali della persona.

In particolare, una sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, accompagnata da una nutrita serie di prescrizioni di comportamento attinenti anche alla libertà di circolazione, è condivisibilmente parsa talmente grave - anche a prescindere dalla previsione di obblighi di permanenza domiciliare che danno luogo, in sostanza, a forme di semidetenzione, perché si tratta pur sempre di un "confino"! - da dover essere sottoposta ai principi penalistici, con la conseguenza della sua sospetta illegittimità costituzionale in quanto sanzione sostanzialmente penale, ma *ante o praeter delictum*. Anche la confisca dei beni di sospetta provenienza illecita è stata condivisibilmente ritenuta da ampia parte della dottrina sanzione sostanzialmente penale, in particolare allorché finisce per 'allargarsi' fino a poter abbracciare l'intero patrimonio di una persona: e ricondurre tale sanzione al diritto penale significa riconoscerne l'incostituzionalità per contrasto con il diritto penale del fatto e con la presunzione di non colpevolezza.

Come ho accennato in precedenza, l'ordine di idee fin qui illustrato potrebbe essere ulteriormente sviluppato - ma non è possibile farlo in questa sede - in rapporto ad altre sanzioni e/o misure cautelari o preventive che, a causa del loro incidere - per giunta pesantemente - sulla libertà personale, vanno considerate sostanzialmente penali, al di là di ulteriori frodi delle etichette. Mi riferisco, in particolare, in primo luogo al cosiddetto "trattenimento amministrativo" dei migranti in centri di permanenza e rimpatrio (CPR) che sono, in realtà,

luoghi di detenzione, oltretutto per alcuni versi peggiori delle carceri; ed in secondo luogo a quei trattamenti sanitari obbligatori che consistono nella contenzione meccanica o farmacologica di una persona. Essi vengono motivati con finalità sanitarie o “terapeutiche”, laddove in realtà non hanno alcunché di terapeutico – perché legare o annichilire una persona non è una cura! – ma vengono disposte al fine di prevenire auto- e soprattutto temute eteroaggressioni *ante factum*³⁸.

Per altro verso, dalle considerazioni svolte deriva la conclusione secondo cui, quando una sanzione non incide su vita, integrità fisica e libertà personale, e non incide gravemente neppure su altri diritti fondamentali e beni della persona, essa non andrebbe considerata sostanzialmente penale. Ad esempio, una lieve sanzione pecuniaria – come quella in discussione nel caso Öztürk – non è “sostanzialmente penale”, indipendentemente dalla finalità riparatoria, preventiva, punitiva etc. D'altronde, il legislatore non dovrebbe, neppure formalmente, impegnare il diritto e il procedimento penale quando intende prevedere fin dal principio, sul piano edittale, sanzioni esigue: sia perché, in rapporto ad esse, non si giustifica l'apparato di garanzie proprio del sistema penale, sia perché la previsione di illeciti penali con sanzioni bagattellari finisce per ‘bagattellizzare’ lo stesso diritto penale e mina gravemente, attraverso l'ipertrofia penalistica, l'efficienza dell'amministrazione della giustizia penale. In ciò risiedono

³⁸ Per la riconduzione, in chiave critica, delle misure coattive applicabili agli “alienati” al *genus* delle misure di prevenzione cfr. già BRICOLA, *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, cit., 42, 83-84, 93 ss. In rapporto all'asserita funzione “sanitaria” del t.s.o., va riaffermato che terapeutica è la libertà, e non certo l'essere legati ad un letto di contenzione o imbottito di sostanze neurolettiche (DELL'ACQUA, *Il miraggio del farmaco*, in *La medicalizzazione della vita*, AUT AUT, 340, 2008, 93 ss.; ID., *Un gene per la potatura delle istituzioni totalizzanti*, in www.forumsalutementale.it, 26 febbraio 2016; LAING, *Considerazioni sulla psichiatria*, in *Crimini di pace*, a cura di Basaglia-Ongaro Basaglia, Torino, 1975, 352). Il t.s.o. – ma dovrebbe piuttosto parlarsi di t.s.c., ovvero di trattamento coercitivo, che è cosa diversa da quello semplicemente “obbligatorio” (v. spec. MORANA, *La salute nella Costituzione italiana*, Milano, 2002, 185 ss.; TRIPODINA, *Commento all'art. 32 Cost.*, in *Commentario breve alla Costituzione*, a cura di Bartole-R. Bin, Bari, 2008, 331 ss.) – ha, in realtà, una funzione assimilabile a quella di una misura di prevenzione in rapporto al pericolo dell'aggressione di altri o di sé stessi (in tal senso cfr. spec. LANDOLFI, *L'aporia della coercizione terapeutica per “malattia mentale” in un ordinamento liberal-democratico: analisi del t.s.o. nella prospettiva delle misure praeter delictum*, in *Dir. pen. cont.*, 2018, 5, 5 ss.), misura la cui legittimità è diffusamente e fondatamente contestata (*ex multis* DODARO, *Coercizione in psichiatria tra sicurezza dei luoghi di cura e diritti fondamentali del paziente*, in *Il nodo della contenzione*, a cura di Rossi, Merano, 2015, *passim*).

le antiche ed ottime ragioni della depenalizzazione; e in rapporto a ciò la Corte EDU, con la sentenza Öztürk, ha dato luogo ad un grave fraintendimento.

La preoccupazione di parte della dottrina, da ultimo anche sulla scia della Corte EDU, nel senso dell'estensione delle garanzie della materia penale all'illecito amministrativo va senz'altro apprezzata, fintanto che si tratta, in realtà, di contrastare depenalizzazioni 'apparenti': si pensi solo alla trasformazione in illecito formalmente amministrativo degli atti osceni di cui all'art. 527 c.p. come modificato dal d.lgs. n.8/2016, laddove è prevista la sanzione amministrativa pecuniaria da 5.000 a 30.000 euro. Una 'depenalizzazione' che introduca pesanti sanzioni pecuniarie o interdittive amministrative dà luogo alla classica frode delle etichette: ma allora non si tratta di estendere al diritto amministrativo i principi penalistici, bensì di riconoscere che si tratta di sanzioni sostanzialmente penali.

Un'altra ragione per cui in dottrina si tende ad estendere al diritto amministrativo i principi relativi alla materia penale consiste nella carenza di garanzie in materia di illeciti e sanzioni amministrativi. Tuttavia, a tale carenza si dovrebbe reagire valorizzando le implicazioni dei principi costituzionali in quella materia, a partire dagli artt.23, 24 e 97 e dai principi di cui all'art. 111 Cost. che valgono per qualunque procedimento, non solo penale, come, ad esempio, in materia di diritto all'assistenza di un interprete. L'impostazione tendente, invece, a dilatare il concetto di materia penale applicando, così, ad illeciti formalmente ed anche sostanzialmente extrapenali i principi - o, discrezionalmente e "secondo la *ratio*", solo alcuni principi - penalistici dà luogo, al di là delle migliori intenzioni, a due distorsioni già brevemente segnalate. Da un lato, si 'ripenalizzano' interamente o parzialmente degli illeciti extrapenali, vanificando interventi di autentica depenalizzazione; dall'altro e soprattutto, utilizzando criteri distintivi problematici come quello della finalità preventiva vs. punitiva allo scopo dichiarato di includere anche gli illeciti extrapenali "punitivi" nella materia penale, si finisce invece per estromettere da tale materia, come abbiamo visto, norme che prevedono sanzioni pesantemente incidenti sulla persona, ma di cui si afferma che non avrebbero finalità "punitive".