

# LA NATURA DELLE SANZIONI RISERVATE AD UNA CERCHIA RISTRETTA DI DESTINATARI NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE EDU

*Paulo Pinto de Albuquerque, Giuseppe Losappio*

SOMMARIO: 1. Le frizioni tra natura e scopo della sanzione all'origine della nozione di materia penale convenzionale. – 2. Dalle sanzioni disciplinari alla progressiva affermazione della “dottrina” delle cerchie ristrette di destinatari (/degli status particolari). – 3. L'intersezione *double face* con la dottrina dello “scopo”. – 3.1. Cerchia ristretta di destinatari e scopo non punitivo. – 3.2. Misure *erga omnes* e scopo. – 4. Paradigmi delle mutazioni e mutazioni del paradigma. – 5. Quale diritto penale convenzionale per quale diritto penale nell'Europa della convenzione?

## **I. Le frizioni tra natura e scopo della sanzione all'origine della nozione di materia penale convenzionale**

Molteplici sono stati – come ha di recente osservato Giovanni Grasso – gli «esempi della portata dirompente che la giurisprudenza della Corte EDU può avere (ed ha) sul nostro ordinamento»<sup>1</sup>. Tra gli altri, uno «dei portati più significativi dell'incorporazione della Convenzione europea nell'orizzonte culturale del penalista italiano è probabilmente rappresentato dall'idea secondo cui ciò che è “penale” non dipende dalla qualificazione formale – dall'etichetta – attribuita dal legislatore nazionale ad un dato illecito, a una sanzione o a un procedimento»; conta, piuttosto, la «sostanza di tale illecito, sanzione o procedimento»<sup>2</sup>. Quale specifica declinazione della regola di giudizio per cui gli articoli della Convenzione devono essere interpretati e applicati in modo che il riconoscimento dei diritti della Carta

<sup>1</sup> G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *Gli effetti della giurisprudenza della Corte EDU sull'ordinamento italiano: prospettive di diritto penale sostanziale*, in *IP*, 2020, p.44.

<sup>2</sup> F. VIGANÒ, in ID., F. PALAZZO, *Diritto penale. Una conversazione*, il Mulino, Bologna, 2018, p. 60.

sia concreto ed effettivo<sup>3</sup>, la Corte EDU, con la sentenza “Engel”<sup>4</sup>, ha sancito che non è penale solo ciò che il legislatore qualifica formalmente tale ma è penale anche ciò che ha sostanzialmente carattere “punitivo”. Di conseguenza l’autonomia degli Stati di delimitare il concetto di “*criminal*” opera “*one way only*”. Le legislazioni locali sono sottratte al sindacato convenzionale quando attribuiscono ad una misura la qualificazione penalistica<sup>5</sup> ma non vale la reciproca. Se così non fosse, senza un’interpretazione autonoma, gli stati sarebbero liberi di infliggere sanzioni, sia pure diversamente denominate, derogando di fatto alle garanzie convenzionali<sup>6</sup>. All’opposto, per rendere effettiva la protezione del *volet pénal*, la Corte “*must remain free to go behind appearances*” e rendere una propria valutazione se una certa misura ricade (appunto) “*in substance to a penalty*”<sup>7</sup>.

È una ricostruzione che «amplia i margini di discrezionalità» del giudice (ad ogni livello) ma allo stesso tempo riconosce «all’individuo un plus di garanzie»<sup>8</sup>.

L’integrazione di questo approccio “sostanzialistico” con la tautologica ma tranquillizzante definizione formale del diritto penale – che ruota intorno alla duplice corrispondenza secondo cui il reato è l’illecito punito con la pena, la pena è la sanzione del reato – è stata realizzata dalla Corte con il progressivo affinamento dei criteri originariamente enunciati dalla sentenza “Engel”<sup>9</sup>: (i) la connessione tra l’affermazione della responsabilità (penale) e la misura di cui si discute; (ii) la procedura che ha condotto al provvedimento; (iii) il suo carattere del provvedimento stesso nel diritto interno; (iv) la natura, lo scopo e (v) la gravità della sanzione.

In linea di principio, secondo la Corte ciascun test è autonomo ed autosufficiente anche se non può essere escluso il ricorso ad un approccio cumulativo «*where separate analysis of each criterion [did] not make it possible to reach a clear*

<sup>3</sup> Engel e altri c. Olanda, ricorsi nn. 5100/71 (e altri), 8 giugno 1976. Senza negare l’importanza della sentenza, come ha notato la stessa giurisprudenza della CEDU, nel caso “Engel” la Corte non ha inventato la “materia penale”, quanto, piuttosto ha esteso all’art. 7 della Convenzione, indirizzi giurisprudenziali già maturati con riferimento all’art. 6. Così A e B c. Norvegia, ricorsi nn. 24130/II e 29758/II, 15 novembre 2016, § 105.

<sup>4</sup> Si tratta di un approccio che trascende l’ambito degli artt. 6 e 7. La Corte «*does not consider itself bound by the legal conclusions of the domestic authorities as to whether or not there has been a deprivation of liberty, and undertakes an autonomous assessment of the situation*»: Khlaifia più altri c. Italia, ricorso n. 16483/12, Grande Camera, 15 December 2016.

<sup>5</sup> Engel e altri c. Olanda, cit., § 80.

<sup>6</sup> G.I.E.M. S.R.L. e altri c. Italia, ricorsi nn. 1828/06 (e altri) 28 giugno 2018, § 216.

<sup>7</sup> Welch c. Regno Unito, ricorso n. 17440/90, 9 febbraio 1995, § 27.

<sup>8</sup> G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *Gli effetti della giurisprudenza della Corte EDU sull’ordinamento italiano*, cit., p. 53.

<sup>9</sup> Engel e altri c. Olanda, cit., § 80.

*conclusion as to the existence of a criminal charge*<sup>10</sup>. Questa premessa non implica affatto che tutti gli indici siano sullo stesso piano. Senza mai cristallizzare a chiare lettere vere e proprie gerarchie, la giurisprudenza convenzionale non fa mistero che alcuni criteri hanno un peso specifico maggiore. Occorre considerare, soprattutto, che nelle pieghe delle motivazioni e ancora più nelle combinazioni di argomentazioni (costanti) e dispositivi (divergenti) si specificano quelle che sembrano le “autentiche” parole chiave della giurisprudenza convenzionale in tema di “materia penale”. È una filigrana, a tratti molto diversa dalla narrazione “principale”, dove i sub-test risultano di fatto decisivi e le enunciazioni di equivalenza/autonomia sono smentite dall’attribuzione della preminenza assoluta a taluni indici. È una trama che va ben al di là delle considerazioni della letteratura penalistica cui è parso «evidente» che non tutti i criteri hanno il medesimo valore euristico<sup>11</sup> e delle stesse decisioni che hanno posto l’accento sulla «*very nature of the offence... factor of greater importance*»<sup>12</sup>, a scapito della «gravità della misura» di per sé ritenuta non decisiva<sup>13</sup>.

Le radici profonde degli ambigui chiaroscuri di questo ordito risalgono al confronto delle opinioni dissenzienti, diametralmente in contrasto con le conclusioni della sentenza “Engel”, dove distinse le infrazioni disciplinari, per le quali di regola non si profila la materia penale<sup>14</sup>, da quelle miste (da considerare, al contrario, penali), che sussistono quando l’illecito può essere punito con una sanzione anche di natura penale o con una sanzione disciplinare ed una penale<sup>15</sup>.

Da un canto, contro la prima parte del “dispositivo” il giudice Zeika, pur riconoscendo che non tutte le restrizioni della libertà personale imposte ad un militare hanno natura penale, affermava che le garanzie degli artt. 5, 6 e 7 della Convenzione devono presidiare l’applicazione della detenzione imposta in relazione ad un’accusa “penale”, senza che per contro assuma rilievo la circostanza che il tribunale competente (non) sia (penale ma) civile. In termini corrispondenti, Thór Vilhjálmsson evidenziava che il carattere “ovviamente” punitivo della

<sup>10</sup> A e B c. Norvegia, cit., § 105.

<sup>11</sup> Es. F. PALAZZO, in F. VIGANÒ, ID., *Diritto penale*, cit., pp. 63 e 107 («decisivo e realmente determinante» è solo il parametro della «natura e della gravità della sanzione», mentre gli altri «hanno un ruolo orientativo e integrativo»)

<sup>12</sup> Engel e altri c. Olanda, cit., § 80.

<sup>13</sup> Welch c. Regno Unito, ricorso n. 17440/90, 9 febbraio 1995, § 32; Del Río Prada c. Spagna, Ricorso n. 42750/09, 21 ottobre 2013, § 82.

<sup>14</sup> “Arresti semplici” e “aggravati”.

<sup>15</sup> “Arresti provvisori di rigore” e “assegnazione ad una unità di disciplina” per un periodo compreso dai tre ai sei mesi in un luogo di detenzione dove era prevista l’esecuzione anche di sanzioni penali militari.

restrizione della libertà di movimento (rispetto a quella degli altri militari) cui era sottoposto il ricorrente (De Wit) costituisce un indizio inconfutabile della natura penale della misura.

La cruna dell'ago della questione viene delineata con particolare chiarezza nella *dissenting opinion* del giudice Cremona che, pur considerando le «*special characteristics and exigencies of military life*», affermava l'intima natura penale di una punizione che implichi un'indiscutibile privazione della libertà «indipendentemente dalla sua durata. In questo caso la natura stessa della punizione sovrasta la considerazione dell'elemento temporale... è mia convinzione che, data questa premessa, il pregiudizio implicato dalla privazione della libertà personale, non può essere qualificato mediante il concetto quantitativo di 'non apprezzabilità'».

All'opposto, contro la seconda parte del dispositivo, il giudice Verdross muoveva dalla premessa che la detenzione in caserma e l'incarcerazione di un civile o di un militare in una prigione sono situazioni fondamentalmente differenti. Nel secondo caso, il condannato è completamente segregato dal suo ambiente di vita mentre il militare arrestato per motivi disciplinari rimane all'interno dei confini "spaziali" del luogo dove presta servizio e in ogni momento può essere riammesso allo svolgimento delle sue mansioni. Ciò non significa che ogni forma di detenzione disciplinare imposta dalla competente autorità militare sfugga alla supervisione della Corte, come nel caso di violazione dell'art. 3 della Convenzione ovvero di "reclusione" che per durata o gravità sovrasti la "*norm generally admitted by the member States of the Council of Europe in the matter of disciplinary sanctions*". Ancora più netta in tal senso è la posizione dei giudici O'Donoghue e Pedersen. Ciò che motiva il dissenso è, soprattutto, la considerazione della radicale differenza tra l'obbligo dei cittadini in generale di obbedire alla legge e la posizione speciale del personale militare di obbedire al codice disciplinare, "*vital and integral constituent*" del corpo di cui sono membri: la particolare importanza della disciplina in una forza armata ci portano a ritenere – ribadirono O'Donoghue e Pedersen – che sussista un "un obbligo specifico e concreto prescritto dalla legge" a carico dei membri della forze armate. Di conseguenza gli illeciti disciplinari, concernenti solo la violazione di obblighi militari, che la legge locale non qualifica come reati, non sono assistiti dalle garanzie dell'art. 6. In altri termini, un illecito disciplinare resta tale, quale che sia la sanzione, se la legge nazionale non lo qualifica reato, mentre un reato integra la "materia penale" anche se la violazione ha carattere sostanzialmente disciplinare.

## 2. Dalle sanzioni disciplinari alla progressiva affermazione della “dottrina” delle cerchie ristrette di destinatari (/degli status particolari)

Quest'ultima *dissenting opinion* è (almeno in un primo momento) rimasta senza seguito nella parte in cui poneva (pro quota) in discussione la “dottrina” della “*one way autonomy*”, enunciata – come si è già accennato – nella medesima sentenza “Engel”. L'argomento più sottotraccia del rapporto tra materia penale e “obblighi specifici”, invece, ha conosciuto successivamente una sorprendente vitalità.

A *contrario*, il tema è rievocato già nella decisione “Örtzük”, che riconobbe la materia penale di una sanzione irrisoria anche perché la misura non era «rivolta ad uno speciale gruppo di soggetti, come le norme disciplinari», bensì «a tutti i cittadini in quanto utenti della strada»<sup>16</sup>. La *dissenting opinion* si esprime in negativo, la motivazione in positivo ma le enunciazioni sono evidentemente complementari. La medesima corrispondenza viene riproposta in diverse decisioni successive dove, ancora una volta, incide sulle conclusioni la considerazione che il ricorso riguarda (o meno) illeciti comuni, non ascrivibili esclusivamente ad una cerchia ristretta di destinatari.

Un primo gruppo di casi, nel solco della sentenza “Engel”, riguarda la correlazione tra procedimenti penali e disciplinari, che sono (appunto) esclusi dalla “materia” penale anche perché non si applicano al “*general public*”. Così in “Müller-Hartburg”<sup>17</sup>, l'argomento decisivo, in tal senso, è stato che la fonte della misura (il “*Disciplinary Act*”) riguarda i membri dello specifico gruppo sociale che possiedono lo status di avvocati senza che possa condurre a conclusioni differenti la considerazione della severità della sanzione comminata: “*the severity of the penalty was not, of itself, such as to render the charges ‘criminal’ in nature*”<sup>18</sup>. La radiazione dall'albo – motiva la Corte – ha carattere tipicamente disciplinare mentre l'ammenda di 36.000 euro, a differenza delle pene pecuniarie, non conduce alla privazione della libertà personale nell'ipotesi di inadempimento. Sostanzialmente sovrapponibili sono le motivazioni delle decisioni “Biagioli”<sup>19</sup> e “Brown”<sup>20</sup> nelle quali la Corte ha escluso il carattere penale della sanzione pecuniaria anche se l'inadempimento può condurre alla comminazione di una sanzione detentiva sia pure all'esito di un'ulteriore valutazione rimessa alla competenza di un giudice.

<sup>16</sup> Öztürk c. Germania, cit., § 53.

<sup>17</sup> Müller-Hartburg c. Austria, ricorso n. 47195/06, I sez.19 febbraio 2013.

<sup>18</sup> Brown c. Regno Unito, ricorso n. 38644/97, III sez., 24 novembre 1998.

<sup>19</sup> Biagioli c. San Marino, ricorso n. 64735/14, I sez.,13 settembre 2016.

<sup>20</sup> Brown c. Regno Unito, cit.

Con modulazioni differenti, legate al diverso tessuto dispositivo del ricorso, il riferimento alla cerchia ristretta di destinatari quale (sub-) test per la disapplicazione degli artt. 6 e 7 ricorre, tra gli altri, nei casi “Haarvig”<sup>21</sup> “Storbråten”<sup>22</sup> “Rola”<sup>23</sup>.

Un secondo gruppo di ricorsi, relativi ad infrazioni fiscali e tributarie, all’opposto, riconosce l’applicabilità delle medesime garanzie anche perché la misura è applicabile *erga omnes*. Nel caso “Bendenoun”<sup>24</sup>, dopo l’espreso riferimento alla sentenza “Örtzük”, si legge che (“*at the first place*”) l’infrazione tributaria riguarda tutti i cittadini, quali contribuenti e non gruppi specifici “*with a particular status*”<sup>25</sup>. La sentenza “Jussila”<sup>26</sup> approfondisce il ragionamento enfatizzando la correlazione con il test della “*nature of the offence*” – “*the more important*”! – già accennata in Janosevic<sup>27</sup> e successivamente consacrata dall’avallo della Grande Camera, in “A e B”<sup>28</sup>. La Corte affronta l’obiezione del Governo finlandese che il ricorrente non rispondeva dell’illecito sulla base di una disposizione applicabile a tutti i contribuenti bensì era accusato di avere violato la disciplina dell’IVA (VAT) che riguarda “*only a limited group with a special status*”. Il rilievo viene respinto dai giudici di Strasburgo sancendo (piuttosto apoditticamente) che la “*VAT registration for business purposes does not detract from this position*”. In altri termini, la regolamentazione dell’IVA non introduce il ricorrente in una cerchia ristretta di contribuenti. Per giunta, conclude la motivazione, la misura non si caratterizza per la funzione compensativa del danno presentando piuttosto carattere punitivo e di deterrenza e deve quindi essere considerata sanzione di natura penale anche se è meno severa del caso “Bendenoun”<sup>29</sup>.

<sup>21</sup> Haarvig c. Norvegia, ricorso n. 11187/05, I sez., 11 dicembre 2007.

<sup>22</sup> Storbråten c. Norvegia, ricorso n. 12277/04, I sez., 1 febbraio 2007.

<sup>23</sup> Ricorsi n. 12096/14 e n. 39335/16, 4 giugno 2019.

<sup>24</sup> Bendenoun c. Francia, ricorso n. 12547/86, 24 febbraio 1994.

<sup>25</sup> Bendenoun c. Francia, cit., § 47.

<sup>26</sup> Jussila c. Finlandia, ricorso n. 73053/01, 23 novembre 2006.

<sup>27</sup> Janosevic c. Svezia, ricorso n. 34619/97, 3 July 2002.

<sup>28</sup> A e B c. Norvegia, cit., § 32.

<sup>29</sup> “Jussila” nondimeno è un giudizio deludente. Secondo la Corte risulta “evidente che ci sono casi penali che non comportano alcun grado significativo di stigmatizzazione – (*Is*) “*self-evident that there are criminal cases which do not carry any significant degree of stigma*” – esulano dal nocciolo duro del diritto penale e, in definitiva, esulano dalla piena applicazione delle garanzie dell’art. 6. Con Jussila è, quindi, nata un’*offence* di “seconda classe”, che beneficia solo in parte dello statuto del *volet pénal*, anche se manca la linea di demarcazione tra “diritto penale *hard-core*” e il resto del diritto penale, che riecheggia l’antiquata distinzione tra *mala in se* e *mala prohibita*.

### 3. L'intersezione *double face* tra la dottrina della cerchia ristretta di destinatari con la dottrina dello "scopo"

La (parziale) contrapposizione tra norme disciplinari, riservate ad una cerchia ristretta di destinatari, e misure punitive, sancita dalla sentenza Engel, con la sentenza Örtzük approda all'individuazione di una (tendenziale) corrispondenza tra materia penale e sanzioni soggettivamente universali, il cui risvolto negativo è l'esclusione del carattere penale di quelle che potremmo definire misure "a soggettività ristretta".

La tappa successiva di questa "genealogia" argomentativa è la (ri)combinazione *double face* tra la considerazione dell'elemento "quantitativo", illustrato nel paragrafo precedente, con le polarità della dialettica misure punitive e misure di scopo.

In altri termini, scandagliando la giurisprudenza convenzionale, si scorgono, pur con evidenza incostante, due regolarità o perlomeno ricorrenti coincidenze.

Per un verso, l'infrazione legata ad un "*particular status*" non è punitiva perché sono "squisitamente" tali solo le misure *erga omnes*, laddove quelle riservate ad una cerchia circoscritta di destinatari, anche per il fatto di non essere universali, sono consistenti con la funzionalizzazione ad uno scopo più o meno diverso da quello tipico della sanzione penale.

Per l'altro, le misure *erga omnes* sono considerate penali anche quando risultano esplicitamente funzionalizzate, come nel caso delle misure di prevenzione.

È bene porre subito in chiaro che in nessuna sentenza la Corte riconosce a questi due enunciati la valenza di test della materia penale, né esplicita la correlazione appena espressa. Scopo e ambito soggettivo di applicazione sono utilizzati come sub-indici della "*very nature*"-test.

#### 3.1. Cerchia ristretta di destinatari e scopo non punitivo

Nei casi "Müller-Hartburg"<sup>30</sup> e "Biagioli"<sup>31</sup> la Corte esclude che le regole disciplinari della professione forense sono correlate a finalità punitive perché l'obiettivo è di garantire il decoro, la dignità e la fiducia del pubblico nella professione legale.

Nel caso "Haarvig"<sup>32</sup>, l'interdizione dall'esercizio dell'attività medica non è considerata penale perché l'inabilitazione non ha lo scopo di punire l'autore dell'infrazione quanto piuttosto di prevenire che, in futuro, costui possa

<sup>30</sup> Moullet c. Francia, ricorso n. 27521/04, sez. III, 13 settembre 2007.

<sup>31</sup> Biagioli c. San Marino, cit., § 55.

<sup>32</sup> Haarvig c. Norvegia, ricorso n. 11187/05, I sez., 11 dicembre 2007. Per confutare che la sanzione è grave la Corte afferma che l'interdizione non impedisce al ricorrente di svolgere altre attività e soprattutto che il presumibile ritardo della carriera professionale non sia un argomento sufficiente per riconoscere la natura penale della misura.

causare danni pregiudicando la fiducia “pubblica” nell’affidabilità dell’esercizio della professione. Vale lo stesso nel caso “Storbråten”<sup>33</sup>, in cui la Corte ha escluso il carattere punitivo del provvedimento, con il quale il ricorrente era stato interdetto dall’esercizio dei ruoli di vertice in una società di capitale. L’inabilitazione assolve lo scopo di proteggere azionisti, creditori e la società (*as a whole*) dal rischio di perdite e di cattiva gestione che, in relazione ad uno status specifico, una persona irresponsabile e disonesta probabilmente potrebbe generare se continuasse ad agire sotto l’ombrello della responsabilità limitata<sup>34</sup>.

L’intreccio tra restrizioni della platea di destinatari del precetto e “scopo cautelare” della disposizione è ancora più evidente nella recente sentenza “Rola”<sup>35</sup>, sulla quale, giova indugiare, per l’inusitata “gravità” della misura inflitta e per il margine risicato della maggioranza (4 a 3), cui è corrisposta una batteria di *dissenting opinion* che, pur aggiornandoli, rievoca i temi del confronto “in calce” alla sentenza “Engel”<sup>36</sup>.

<sup>33</sup> Storbråten c. Norvegia, ricorso n. 12277/04, I sez., 1° febbraio 2007.

<sup>34</sup> Per un’ampia e puntuale ricostruzione di questa giurisprudenza, cfr. L. MASERA, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino, Giappichelli, 2018, cap. II.

<sup>35</sup> Rola c. Slovenia, ricorsi nn. 12096/14 e 39335/16, IV sez., 4 giugno 2019.

<sup>36</sup> L’opinione separata dei giudici Kjølbro e Ranzoni argomenta la illegittimità convenzionale della misura alla luce del principio dell’art. 1 del protocollo 1 della Carta. Nella illustrazione del voto (in parte) contrario i giudici Pinto de Albuquerque e Bošnjak, da un lato e Küris, dall’altro, hanno contestato punto per punto l’opinione della maggioranza. Quanto alla procedura che ha condotto al provvedimento e alla connessione tra l’inabilitazione del ricorrente e la sentenza penale (rispettivamente, primo e secondo criterio), le *dissenting opinion* argomentano che la misura venne imposta quale “*automatic consequence*” della condanna, senza alcuna valutazione supplementare relativa sull’affidabilità professionale del liquidatore, valutazione, peraltro, non prevista dalla legge. Si tratta, quindi, di una presunzione assoluta di inadeguatezza. “*This criterion speaks unequivocally for the penal nature of the measure*”, chiosa l’opinione parzialmente dissenziente di Pinto de Albuquerque e Bošnjak. Alla medesima conclusione conduce la disamina delle caratteristiche della misura nella legge locale. L’inabilitazione, infatti, non ricade nelle categorie delle sanzioni penali previste dal codice penale ma ciò non esclude che la misura debba essere considerata “*legal consequence of conviction*”, anche perché sia il vecchio che il nuovo codice penale, in questa nozione, includono la revoca dell’autorizzazione all’assolvimento di incarichi e funzioni pubbliche o il diritto di svolgere talune professioni ed entrambi i codici escludono l’applicazione retroattiva di tali conseguenze accessorie della condanna. Si tratta, quindi, di una disciplina espressiva di due principi fondamentali del diritto penale: la legalità e il divieto di retroattività sanciti dall’art. 7 della Convenzione. Per effetto del precedente penale il ricorrente non potrà più ottenere la licenza, anche ove beneficiasse della riabilitazione. Questa circostanza mostra che lo scopo del provvedimento non è l’affidabilità dell’attività professionale. L’inabilitazione assolve uno scopo di carattere punitivo che aggrava la dimensione afflittiva della stessa sanzione penale. La severità della misura, inoltre, dev’essere valutata in relazione alla durata perpetua dell’inabilitazione e

Il ricorrente era stato condannato nel 2010 per comportamenti violenti risalenti al 2003 e al 2004, epoca in cui la disciplina codicistica della sospensione della pena (di cui il sig. Rola aveva beneficiato) precludeva l'applicazione di ulteriori misure restrittive nei confronti del reo<sup>37</sup>. Ciò nonostante, dopo che la sentenza era divenuta definitiva, il Ministro della Giustizia revocava al Rola la licenza necessaria per svolgere la professione di liquidatore nelle procedure concorsuali, applicando una disciplina successiva al *tempus commissi delicti*. In relazione a questa premessa il ricorrente esponeva (tra l'altro) la violazione dell'art. 7 della Convenzione lamentando l'applicazione retroattiva (e non prevedibile all'epoca di commissione dei reati) della legge penale.

La Corte ha escluso il carattere penale della "inabilitazione" e, di conseguenza, la violazione del principio di irretroattività. La motivazione illustra che lo scopo della misura non appare quello di infliggere una punizione ma di assicurare la fiducia del pubblico nella professione del liquidatore di procedure fallimentari. Di conseguenza la revoca della licenza non ha carattere punitivo. Non è decisiva per contro la gravità del provvedimento che non impedisce all'autore di esercitare qualsiasi altra professione né, in relazione a questa circostanza, può condurre ad una valutazione differente la natura permanente della sanzione. Si noti che in precedenza, nel caso "Biagioli"<sup>38</sup>, la Corte aveva argomentato che l'inabilitazione non interferiva con la valutazione del carattere non penale della misura disciplinare non avendo carattere necessariamente permanente, posto che il professionista poteva essere riabilitato dimostrando di avere tenuto una condotta irreprensibile.

Lo stesso canovaccio è stato seguito da ultimo nelle decisioni "Galan"<sup>39</sup> e "Miniscalco"<sup>40</sup>, con le quali la Corte EDU ha confermato l'orientamento prevalente di negare la natura penale di alcune forme di incandidabilità o di restrizione al diritto di elettorato passivo, escludendo la garanzia della irretroattività anche nell'ipotesi in cui costituiscano una sanzione accessoria di un reato<sup>41</sup>.

all'impossibilità di acquisirla nuovamente oltre che all'assenza di proporzionalità. S'impone, pertanto, la conclusione che la misura è di natura penale e, di conseguenza, che l'applicazione retroattiva è illegittima.

<sup>37</sup> Art. 99, § 2 del Codice penale vigente all'epoca dei fatti (pressoché anastaticamente riproposto nel testo della disposizione corrispondente dell'art. 70 del nuovo Codice penale del 2008).

<sup>38</sup> Biagioli c. San Marino, cit., § 56.

<sup>39</sup> Galan c. Italia, ricorso n. 63772/16, I sez., 18 maggio 2021.

<sup>40</sup> Miniscalco c. Italia, ricorso n. 55093/13, I sez., 17 giugno 2021.

<sup>41</sup> Rola c. Slovenia, ricorsi nn. 12096/14 e 39335/16, IV sez., 4 giugno 2019. [5] Corte EDU, 6 gennaio 2011, Paskas c. Lituania; Corte EDU, 30 giugno 1995, Estrosi c. Francia.

Di conseguenza la misura può essere applicata anche a fatti commessi prima dell'entrata in vigore della fonte di riferimento. Anche nelle motivazioni parallele di queste due pronunce ritroviamo la connessione o perlomeno l'accostamento tra riferimenti allo status e allo scopo delle prescrizioni.

Quanto al tema dei destinatari delle misure è significativo leggere che nell'ambito dei procedimenti elettorali e, nello specifico, dei requisiti di partecipazione "alle votazioni", compete alle autorità nazionali di decidere se riconoscere o meno carattere penale alle previsioni di incandidabilità, ineleggibilità e decadenza. L'interazione tra soggettività ristretta delle disposizioni e specificità degli scopi della sanzione sembra definire il profilo di una deroga al parametro della *one way autonomy* ovvero, più precisamente, un limite interno della nozione di materia penale convenzionale.

Sotto il secondo profilo la Corte evidenzia che le stesse misure non hanno carattere punitivo ma sono al servizio della funzione, piuttosto latamente identificata nell'ambito di politiche anticorruzione volte ad arginare il fenomeno dell'infiltrazione del crimine organizzato oltre che a preservare la libertà di decisione, il buon andamento, la trasparenza dell'amministrazione e delle assemblee elettive. Si tratterebbe, dunque, solo di prescrizioni più stringenti relative all'accesso a determinate cariche istituzionali, a tutela dell'etica delle istituzioni medesime, prive di funzione sanzionatoria che, in ogni caso, non superano il test della gravità perché all'incisione del diritto di elettorato passivo (reversibile mediante la riabilitazione) non corrisponde quella dell'elettorato attivo.

### 3.2. *Misure erga omnes e scopo*

Per converso, ulteriori elementi di comprensione di questo orientamento della giurisprudenza di Strasburgo derivano dall'esame delle decisioni in materia di misure preventive *erga omnes*. Una cognizione che, come dire, non decolla, secondo le parole della *dissenting opinion* nella sentenza "De Tommaso"<sup>42</sup> che, con specifico riferimento alle misure di prevenzione personali italiane (§ 9), lamenta che la Corte ha fornito uno scarso contributo per contrastare l'"errata etichettatura della realtà" di tali provvedimenti, evadendo un'analisi approfondita delle caratteristiche sostanziali, al di là della pur tranciante censura della carente qualità della legge (§§ 9 e 25). Alla luce di queste illuminanti considerazioni la pronuncia, in realtà, non sembra introdurre alcun sovvertimento dell'indirizzo sinteticamente delineato nelle pagine precedenti. La Corte, infatti, ha respinto le censure riferibili agli artt. 6 e 7 della Cedu nel loro *volet pénal*, statuendo (come la sentenza Guizzardi) che la

<sup>42</sup> De Tommaso c. Italia, Grande Camera, ric. n. 43395/09, 23 febbraio 2017

sorveglianza speciale non è equiparabile a una sanzione penale, dal momento che il procedimento che conduce alla sua applicazione non comporta la valutazione di un'accusa penale. Il carattere preventivo della misura sembra, quindi, ancora una volta fare da scudo alla qualificazione penalistica del provvedimento, nonostante il contenuto palesemente repressivo. L'affermazione di illegittimità è "arrivata" per altre strade, dribblando (piuttosto accuratamente) il tema della natura della misura.

Difficile dire se il carattere generale del (tipo di) provvedimento nella "De Tommaso" abbia in qualche misura influito sull'esito parzialmente diverso del giudizio europeo, convogliandolo su parametri convenzionali differenti, con i quali la Corte non si cimenta, come nella sentenza Rola, quando la decisione riguarda la misura corrispondente ad un illecito a soggettività ristretta. Su queste basi è altrettanto difficile dire se il colpo<sup>43</sup>, sicuramente duro, inferto alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali, abbia la forza del KO. Come una rondine solitaria non è detto che la sentenza abbia introdotto la "primavera" del commiato agli aspetti più illiberali delle misure prevenzione<sup>44</sup> (anche se un'onda lunga<sup>45</sup> nella giurisprudenza nazionale è innegabile).

In ogni caso, un aspetto della motivazione sembra ulteriormente confermare la linea espositiva di queste considerazioni, sotto un ulteriore profilo. La Corte censura la disciplina italiana della sorveglianza speciale anche perché l'indeterminatezza dei criteri di individuazione dei destinatari (oltre che dei contenuti) della misura non garantisce la prevedibilità dei suoi effetti (§ 113). La motivazione richiama la giurisprudenza della Corte Costituzionale dove, a proposito dell'espressione ritenuta illegittima, "proclività a delinquere" tra l'altro si legge che «la formula legale non svolge ... la funzione di un'autentica fattispecie, di individuazione, cioè, dei "casi" come vogliono sia l'art. 13, che l'art. 25, terzo comma, Cost. –, ma offre agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità». È (anche) in relazione a questa premessa che lo scrutinio della Corte non si arresta, come (ad es.) nei casi "Rola", "Haarvig" e "Storbråten", alla mera considerazione

<sup>43</sup> F. VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, nota a Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, in <https://archiviodpc.dirittopenaleuomo.org> (3 marzo 2017).

<sup>44</sup> A.M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera*, nota a Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, in *Dir. pen. cont.* 2017 (3), p. 15.

<sup>45</sup> L'espressione è mutuata G. AMARELLI, *L'onda lunga della sentenza De Tommaso: ore contate per l'interdittiva antimafia 'generica' ex art. 84, co. 4, lett. d) ed e) d.lgs. 159/2001*, in *Dir. pen. Cont-Riv. trim.*, 2017 (4), p. 294.

del dato legislativo ma si inoltra in una puntuale ricostruzione della decisione del giudice italiano e dei relativi presupposti, giungendo alla conclusione che la sentenza oggetto del ricorso, in sostanza, motiva l'applicazione della misura considerando il prevenuto un soggetto "proclive a delinquere", categoria, imprecisa e indeterminata, che elude l'esigenza di una puntuale perimetrazione dei presupposti applicativi dei provvedimenti che hanno uno scopo preventivo. Per converso, è ragionevole ritenere che una più precisa selezione della cerchia dei destinatari della misura avrebbe indotto la Corte ad innalzare lo scherno dello scopo preventivo e precluso ulteriori approfondimenti.

#### 4. Paradigmi delle mutazioni e mutazioni del paradigma

Alcune relazioni fondamentali: tutto ciò che è penale è punitivo ma non tutto ciò che è punitivo è penale. Non si dà penale senza limitazione (sia pure indiretta e solo eventuale) della libertà personale ma non ogni limitazione della libertà personale identifica la pena di un reato. Perlomeno nei paesi di *civil law* in cui vige il principio di legalità, "penale", è un'etichetta affidabile sul piano formale non su quello sostanziale perché il legislatore può riconoscere carattere penale sia ad una sanzione che in realtà è priva di tale natura, sia relegare nel diritto punitivo extrapenale una sanzione *tout court* penale. Con la dottrina della *one way autonomy* è stato elaborato un paradigma per controllare le "mutazioni" delle misure e, allo stesso tempo, imbrigliare la discrezionalità del legislatore ma non è detto che i cinque test in cui la giurisprudenza di Strasburgo ha successivamente articolato la terna di parametri, originariamente proposta con la sentenza "Engel", offrano alla Corte un profilo euristico adeguatamente selettivo, tale imbrigliare la cognizione sul vincolo di discrezionalità imposto ai legislatori locali.

La formulazione cautelosa di queste proposizioni tiene conto del rischio implicito in ogni approccio schematico alla giurisprudenza convenzionale di letture arbitrariamente riduzionistiche del complesso gioco di variazioni tra "particolare" e "generale" che costituisce un tratto essenziale di una giurisdizione internazionale dalla casistica così ricca e articolata. Le oscillazioni sono inevitabili e non vanno sopravvalutate, anzi vanno attentamente soppesate come dimostra la tormentosa ricerca del filo conduttore tra "revisione europea"<sup>46</sup> e sentenza c.d. pilota nei processi fratelli ("minori" e meno che siano), da ultimo manifestatasi con particolare evidenza e acuta problematicità nel caso "Contrada"<sup>47</sup>.

<sup>46</sup> Corte Cost. sent. n. 113 del 2011.

<sup>47</sup> Contrada c. Italia, ricorso n. 66655/13, IV sez., 14 aprile 2015. Com'è noto la decisione della Corte EDU condusse la Cassazione (sez. I, 6 luglio 2017, n. 43112, con nota di F.

In questo contesto, se resta in campo l'ipotesi più "radicale" che la Corte abbia semplicemente smarrito la rotta nell'arcipelago della sua casistica (soggiacendo all'eclissi della dottrina che essa stessa aveva elaborato per governare le variabili locali), non si può certo scartare l'ipotesi meno eclatante e "drammatica" che il paradigma delle mutazioni stia subendo, a sua volta una (fisiologica) mutazione.

Non è questa la sede per esplorare in profondità in problema così vasto e complesso e nemmeno per individuare una soluzione dell'alternativa, ammesso che sia corretto prospettare le ipotesi dello stravolgimento e quella dell'eclissi del paradigma in termini di aut/aut e non come manifestazioni complementari di un medesimo processo ermeneutico. Certo è che i giudici di Strasburgo, di sentenza in sentenza, plasmano e riplasmano la nozione di "materia penale" senza rendere l'impressione di avere trovato un soddisfacente punto "lagrangiano"<sup>48</sup> tra i diversi test della stessa definizione e tra test e sub-criteri di ciascun indice "principale", come dimostrano la decisione del caso "Rola" e le *dissenting opinion* della stessa pronuncia e di quella "De Tommaso" che, nel solco della dialettica tra maggioranza e minoranza, già registrata nella sentenza "Engel", riflettono due linee di forza complementari e, per il momento asimmetriche, nella giurisprudenza della Corte.

Da un lato, un indirizzo minoritario ma consolidato che sostiene una nozione di materia penale non imprigionata dalla (doppia) trincea dell'elemento "quantitativo" e del *purpose*, più "sensibile" alla valutazione di severità della misura, dall'altro, un indirizzo maggioritario che sembra denotare una sorta di ansia di delimitare la definizione sostanziale "*behind the appearances*" della materia ancorandola ad un parametro formale, obiettivo che funga da incontrovertibile

VIGANÒ, *Strasburgo ha deciso, la causa è finita: la Cassazione chiude il caso Contrada*, in *Dir. pen. cont.*, 2017 (9), p. 173) ad annullare la sentenza di condanna a carico dell'imputato ed a dichiararla "ineseguibile e improduttiva di effetti penali". Le Sezioni Unite (24 ottobre 2019, n. 8544, in *www.sistemapenale.it* con nota di S. BERNARDI, *Le Sezioni unite chiudono la saga dei "fratelli minori" di Bruno Contrada: la sentenza Contrada c. Italia non può produrre effetti erga omnes*), tuttavia, hanno enunciato il principio di diritto che «i principi affermati dalla sentenza della Corte EDU del 14 aprile 2015, *Contrada contro Italia*, non si estendono nei confronti di coloro che, estranei a quel giudizio, si trovino nella medesima posizione quanto alla prevedibilità della condanna per il reato di concorso esterno in associazione a delinquere di tipo mafioso, in quanto la sentenza non è una sentenza pilota e non può considerarsi espressione di una giurisprudenza europea consolidata».

<sup>48</sup> In un sistema dove un corpo ruota con orbita quasi circolare intorno ad un altro, il punto lagrangiano designa le coordinate spaziali in cui le forze gravitazionali dei due oggetti si bilanciano permettendo ad un corpo di piccola massa di mantenere una posizione fissa rispetto agli altri due. In senso metaforico si può dire lagrangiano il punto di equilibrio, relativamente stabile, tra istanze contrapposte.

basamento delle considerazioni relative allo scopo, che la stessa Corte, di per sé, non sempre ha considerato attendibili<sup>49</sup>.

## 5. Quale diritto penale convenzionale per quale diritto penale nell'Europa della convenzione?

Questa contrapposizione riflette alcune linee di forza lungo le quali si articola il dibattito della letteratura giuridico-penalistica europea tanto da confermare (sotto questo profilo, perlomeno) l'ipotesi di un sostanziale smarrimento del paradigma.

La "dottrina" che racchiude la materia penale nell'ambito delle misure "erga omnes" evoca l'idea un sistema penale minimo, limitato all'offesa (nella forma del danno o del pericolo concreto) che chiunque può arrecare ai beni giuridici, afferrabili, più tradizionali (patrimonio, integrità fisica, vita, libertà personale) e più agevolmente riconoscibili. Per converso, secondo questa impostazione, restano fuori dalla materia penale tutti gli illeciti a soggettività ristretta e, quindi, la gran parte delle misure del diritto penale-economico.

All'opposto la "svalutazione" dell'indice della severità della sanzione opera in senso ambivalente. In contrasto con le proiezioni del "classicismo" penale, se la gravità della misura, di per sé, non vale, né come indice "negativo" (vedi sentenza "Orztuk"<sup>50</sup>), né come indice "positivo" della materia penale (vedi, da ultimo, il caso "Rola" ma all'origine, in parte, la stessa sentenza Engel), vuol dire, per un verso, che, sanzioni non afflittive confluiscono nel sistema dei reati, per l'altro, che sfuggono al presidio degli artt. 6 e 7 della Convenzione sanzioni anche più severe di molte "pene" – penali in senso stretto.

Il risultato è nel complesso problematico sotto molteplici punti di vista che in questa sede possono essere considerati solo rapsodicamente e in termini cursori.

L'estensione della materia penale alle sanzioni punitive (anche di entità modestissima), "behind appearances" corrisponde alla tendenziale esclusione degli ille-

<sup>49</sup> In "Ezeh", ad esempio, si legge che la distinzione tra scopo punitivo (/retributivo) e deterrenza non è selettiva poiché "*these objectives not being mutually exclusive and being recognised as characteristic features of criminal penalties*" (Ezeh c. Regno Unito, ricorsi nn. 39665/98 e 40086/98, sentenza 9 ottobre 2003, § 102). In "Blokhin", ancora più esplicitamente, la Corte ha riconosciuto l'irriducibile ambivalenza delle finalità retributive e preventive delle sanzioni punitive: "*the Court's case-law criminal penalties have customarily been recognised as comprising the twin objectives of punishment and deterrence*" (Blokhin c. Russia, ricorso n. 47152/06, 14 Novembre 2013, § 102)

<sup>50</sup> Öztürk c. Germania, ricorso 8544/79, 21 febbraio 1984.

citi del c.d. “cambio di paradigma”<sup>51</sup>. Pare delinarsi un sistema penale come una sorta di *hortus conclusus*. Se ciò che perde l’etichetta formale di penale conserva quella sostanziale, in corrispondenza (per certi versi) con quello che sembrerebbe il trend del diritto punitivo di matrice eurounitaria<sup>52</sup>, in ambito convenzionale gli illeciti del fluttuante e sempre più pervasivo universo punitivo extrapenale, che non sono mai stati formalmente penali, restano fuori anche dalla dimensione sostanziale perché sono imbrigliati nell’interazione tra soggettività ristretta e scopi (maggiormente) selettivi.

Traspare su questo terreno una difficoltà fondamentale delle democrazie occidentali, impelagate nella tutela formale, a volte disincarnata e comunque aprioristica, di libertà, che hanno sempre meno punti di contatto con le originarie matrici costituzionali. Le garanzie, quelle sociali, innanzitutto, ma non solo, restano dove sono e non conquistano i nuovi settori della regolamentazione e dell’*enforcement*.

Ma l’aspetto forse più problematico della interazione status/scopo è proprio nell’enfasi che viene attribuita alla funzione della misura, quale criterio selettivo della natura penale che sovrasta i test della gravità e dell’inerenza ad un reato.

Le criticità salienti sono tre.

Questa impostazione tende a scambiare le considerazioni relative alla funzione della pena e quelle relative alla ratio della tutela. Il trade off è molto evidente nelle sentenze “Galan” e “Miniscalco”. L’affermazione dello scopo non punitivo delle previsioni di incandidabilità, ineleggibilità e decadenza corrisponde ad un indice di *rationes* che trascendono il discorso relativo alla funzione della pena. Sennonché le politiche anticorruzione, volte ad arginare il fenomeno dell’infil-

<sup>51</sup> Per tutti in Italia, C.E. PALIERO, *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici*, in RIDPP, 1994, p. 1220. Con specifico riferimento al diritto penale europeo (sia pure in chiave “unitaria” e non “convenzionale”) ID., *La fabbrica del Golem*, *ivi*, 2000, p. 466.

<sup>52</sup> C.E. PALIERO, *La fabbrica del Golem*, cit., p. 466 («Si profila dunque, sotto questo aspetto, un rischio molto concreto per il codificatore europeo: una “Parte Generale” che muova i suoi primi passi sorreggendosi su strutture tipologiche che abbraccino anche l’*Haupttatbestand* della criminalità organizzata rischia di inquinare, compromettendolo, il resto delle funzioni – ripeto, in primis garantistico categoriali – che vanno assegnate, nell’attuale conteso storico, al “diritto penale unificato”; anche perché a pochi altri settori, come a questo, è così ben applicabile il principio economico, secondo il quale la moneta cattiva scaccia quella buona. Un simile, eventuale, ampliamento di prospettiva non si colloca infatti nella dimensione, pur allargata – rispetto al diritto penale ‘classico’ –, del ‘diritto sanzionatorio’ di cui stiamo qui ragionando, e che si fonda sulle garanzie del “*nullum crimen*” e sulle regole del *due process*, ma si ambienta semmai nel clima di un *Interventionsrecht* della prevenzione e della pura difesa sociale, che pertanto non ha bisogno di garanzie, di principi e di categorie ‘forti’»).

trazione del crimine organizzato ed a preservare la libertà di decisione, il buon andamento, la trasparenza dell'amministrazione e delle assemblee elettive sono obiettivi che possono combinarsi tanto con sanzioni punitive di natura penale (si pensi ai delitti di corruzione) quanto con sanzioni di natura extrapenale (come quelle appena citate). La distinzione tra le une e le altre non potrà essere riferita a questi elementi teleologici, che non sono in grado di discriminare la natura della misura, ma da altri fattori, quali, soprattutto, l'intrinseca gravità della sanzione.

Occorre aggiungere, inoltre, che l'idea di scopo non punitivo scaturente dalla giurisprudenza della Corte EDU, per un verso, abbraccia un insieme eterogeneo e molto vasto di elementi che spazia dagli obiettivi politico-criminali dell'illecito fino agli scopi preventivi in senso stretto delle misure di prevenzione, per l'altro, non corrisponde ad una concezione definita dello scopo della pena.

L'assenza di selettività dei due criteri è amplificata dall'inevitabile prevalenza dei sub-test più specifici e puntuali, quali appunto l'estensione erga omnes o meno della misura.

Una prospettiva nettamente contrastata dal giudice Pinto de Albuquerque nel suo parere separato in *A e B c. Norvegia*: «Above all, the Court errs in equating criminal offences with norms of general personal scope. Quite surprisingly, it seems to ignore the long-standing European tradition of criminal offences with a limited personal scope, namely norms applicable to certain categories of citizens distinguishable by personal or professional features (*Sonderdelikte* or *Pflichtendelikte*). Therefore, criminal offences and norms of limited personal scope of applicability are not mutually exclusive»<sup>53</sup>.

<sup>53</sup> A e B c. Norvegia, cit.