

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE – MILANO
ISTITUTO GIURIDICO
RACCOLTE DI STUDI

10

**STUDI IN ONORE DI
MARIO ROMANO**

ESTRATTO



JOVENE EDITORE 2011

ALBERTO DI MARTINO

INTERSEZIONI DI LEGALITÀ E «SANZIONI» ACCESSORIE.
TRA GIURISPRUDENZA NAZIONALE,
DIRITTI UMANI, SISTEMI PENALI STRANIERI

SOMMARIO: 1. Premessa. – 1.1. Oggetto del lavoro. – 1.2. Avvertenza sul metodo. – SEZIONE I: 2. Identificazione delle pene accessorie: i termini del problema. – 2.1. Le singole sanzioni controverse: sospensione e revoca della patente di guida. – 2.1.1. La controversia sulla natura della sanzione, in breve. – 2.1.2. Prime valutazioni critiche sulla posizione giurisprudenziale. – 2.2. (*Segue*) Divieto di accesso ai luoghi nei quali si svolgono manifestazioni sportive. – 2.3. (*Segue*) Ordini di demolizione e di rimessione in pristino. – 2.4. (*Segue*) Cenno sulla normativa in materia di discriminazione razziale. – 2.5. Un tentativo di razionalizzazione da parte della giurisprudenza; valutazioni critiche. – 3. Identificazione delle pene accessorie e sistema di tutela dei diritti umani: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ed il ruolo della comparazione. – 3.1. «*Provincializing civil law*»? Una premessa concettuale sul sindacato di legalità da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo. – 3.2. Concetto di «*penalty*» nella giurisprudenza di Strasburgo. – 3.2.1. I criteri generali. – 3.2.2. (*Segue*) In particolare, il contributo della comparazione. – 3.3. Valutazioni riassuntive sul tema dell'identificazione delle pene accessorie. – 3.3.1. Conseguenze sull'interpretazione dei casi dubbi. – 3.3.2. Conseguenze operative derivanti dal riconoscimento della natura penale di determinate misure. – SEZIONE II: 4. Pene accessorie e riconoscimento della sentenza straniera. – 4.1. La questione pratica. – 4.2. Per un diverso approccio esegetico. – 4.2.1. Dal concetto di “sentenza” al significato dell'applicabilità della pena accessoria “in base alla legge italiana”. – 4.2.2. ...Un suggerimento da Strasburgo?... – 4.2.3. Una diversa e più cauta soluzione, argomentata in base alla *ratio* del patteggiamento; e dubbi residui. – SEZIONE III: 5. Illegalità della pena accessoria inflitta, diritto internazionale (dei diritti umani), diritto sopranazionale. – 5.1. Stato della questione. – 5.2. Per una corretta posizione del problema. – 5.3. Osservazioni critiche. – 6. A mo' di conclusione.

1. *Premessa*. – Il presente lavoro intende affrontare alcune questioni in tema di pene accessorie, sulle quali – dopo un alternarsi tal-

volta alquanto risalente di divergenti interpretazioni dottrinali e giurisprudenziali –¹ sembrano essersi consolidati *de iure condito* taluni punti fermi. Si tratta d'acquisizioni, tuttavia, la cui stabilità può ancora apparire solo contingente, se non precaria: o perché esse si sono assestate nei limiti territoriali dell'ordinamento giuridico italiano, ma tornano ad essere controvertibili quando, per ragioni non meramente teorico-scientifiche ma immediatamente imposte da necessità applicative, lo sguardo si apra al diritto straniero e poi indagini in prospettiva comparata; o perché i venti di riforma, alimentati o assecondati da orientamenti culturali ormai ben definiti in contrapposizione con l'ispirazione codicistica originaria e con il disordinato andamento della legislazione successiva, non sembrano spirare nella direzione dei lidi sui quali quelle conclusioni si sono attestate (per quanto il cambiamento di tempo e di stagione ch'essi preannunciano sia ben lungi dall'apparire imminente).

1.1. *Oggetto del lavoro.* – Si tratta essenzialmente di affrontare tre ordini di questioni.

In primo luogo, meritevole di ripensamento critico è l'esclusione dal novero delle sanzioni penali di talune conseguenze sfavorevoli, variamente connesse alla pronuncia di una sentenza di condanna, la cui natura giuridica è controversa e, per questo, interamente rimessa all'interprete. Un'esclusione che la giurisprudenza considera ormai pacifica, talvolta – come nel caso della sospensione o revoca della patente di guida – proprio per effetto di un'espressa, tardiva presa di posizione da parte del legislatore nazionale, però con esiti discutibili dal punto di vista sistematico ed in controtendenza sia in un'ottica comparatistica sia con lo 'spirito del tempo' che si è sinora espresso nei principali e più recenti progetti di riforma della parte generale del codice penale italiano².

In secondo luogo, viene in considerazione un problema pratico che nasce, sia pure indirettamente, dal rapporto fra ordinamenti di-

¹ Si pensi soltanto alla discussione sulla natura della sanzione consistente nella sospensione o nel ritiro della patente di guida; v. già, ad es., la cristallina e tuttora utilissima 'messa a punto' di G. VASSALLI, *Sospensione e revoca giudiziali della patente di guida*, in *Riv. giur. circ. trasp.*, 1963, pp. 349-380 (ora in ID., *Scritti giuridici*, I.2, Milano, 1997, pp. 1415 ss., edizione alla quale ci si riferisce in questa sede), ove riferimenti alla discussione precedente. Per ulteriori riferimenti cfr. S. LARIZZA, *Le pene accessorie*, Padova, 1986, pp. 151 ss.

² È quanto si cercherà di mostrare: *infra*, nota 6 e, nel testo, §§ 2.1; 2.3.

versi: si tratta della questione del riconoscimento di una sentenza straniera, ai fini dell'applicazione di pene accessorie, nel caso in cui il procedimento seguito all'estero possa essere considerato analogo ad un rito italiano, seguendo il quale l'applicazione sarebbe preclusa.

Infine, sarà presa in esame la questione – questa, per vero, tuttora controversa in giurisprudenza – dello strumento idoneo a rimediare all'applicazione di una pena accessoria illegalmente inflitta, con particolare riferimento all'orientamento che esclude il ricorso ai rimedi in sede esecutiva. È il caso d'avvertire, sin d'ora, che non si tratta d'una questione di carattere meramente procedurale, in quanto, come si cercherà di dimostrare, gli argomenti volti a sostenere il ricorso all'uno od all'altro meccanismo processuale presuppongono – anche se ciò non è chiaramente percepito od espressamente dichiarato – visioni tra loro diverse del concetto di legalità della pena.

Alla prima questione sarà dedicata la parte comparativamente più cospicua del lavoro, non foss'altro dal punto di vista quantitativo, perché coinvolge a sua volta problemi di principio e di metodo che sono preliminari e comuni anche agli altri due ambiti di analisi.

1.2. *Avvertenza sul metodo.* – Nel complesso, i problemi così individuati possono apparire questioni esegetiche di dettaglio, oltre che fra loro eterogenee. Si cercherà invece di mostrare che, (anche) mediante un cambio di prospettiva che collochi l'osservatore al di fuori dell'ordinamento nazionale, si tratta non soltanto di problematiche idealmente connesse, ma rispetto alle quali le soluzioni pur faticosamente conseguite, la loro genesi ed ispirazione di fondo possono essere diversamente rilette alla luce, in particolare, del diritto internazionale dei diritti umani (specificamente, della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, CEDU), di una prospettiva più sensibile alla comparazione con sistemi giuridici stranieri, nonché di principi affermati, in particolare, nella giurisprudenza di Corti istituite nell'ambito di organizzazioni sovranazionali (quali la Comunità europea).

Si verrebbe a gettare su questa materia, in tal modo, uno sguardo obliquo ed insolito. Obliquo, perché – per un verso – pur occhieggiando questioni specifiche e forse quasi marginali, esso si volge, allo stesso tempo, a contemplare il grado ed i limiti di porosità dell'ordinamento interno e dei suoi soggetti istituzionali (giudici nazionali in primo luogo) alle logiche del controllo, da parte di una giurisdizione internazionale, sul rispetto dei diritti umani e sull'efficacia della loro

tutela; per altro verso, perché porta a verificare se ed in quali limiti la comparazione possa suggerire interpretazioni alternative a quelle conseguite sulla sola base del diritto nazionale, disvelando criticamente «crittotipi»³ culturali nell'interpretazione della materia penale.

Insolito, perché, pur in un contesto di sempre maggiore sensibilità di dottrina e giurisprudenza italiane alla comparazione ed al suo utilizzo in sede di decisioni giudiziarie⁴, alla portata dei principi affermati negli strumenti internazionali di tutela dei diritti umani, nonché alle conseguenze delle decisioni di organi giudiziari internazionali o sovranazionali fondate ed argomentate proprio su quei principi⁵, il tema delle pene accessorie sembra essere rimasto maggiormente in ombra; ciò, nonostante esso attenga ad un aspetto non trascurabile della “penalità” e rivesta, almeno nelle intenzioni generali dei principali progetti di riforma del codice penale, un ruolo politico-criminale addirittura strategico⁶.

³ Cfr. R. SACCO, *Comparazione giuridica e conoscenza del dato giuridico positivo*, in *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, partic. pp. 247 ss.

⁴ Sul ruolo della comparazione come vera e propria tecnica interpretativa cfr. P. HÄBERLE, *Rechtsvergleichung im Kraftfeld des Verfassungsstaates*, Berlin, 1992, pp. 27 ss. [su cui v. anche P. RIDOLA, *La giurisprudenza costituzionale e la comparazione*, di prossima pubblicazione in G. ALPA (a cura di), *Il giudice e l'uso delle sentenze straniere. Modalità e tecniche della comparazione giuridica* (ho preso visione del testo disponibile in http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/anticipazioni/giurisprudenza_comparazione/index.html). Il tema è ampiamente discusso, con stile molto gradevole, anche in B. MARKESINIS - J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero. La pratica del diritto comparato*, tr. it., Bologna, 2009 (ed. orig. 2006), *passim* (utile ad es. l'intero cap. I, pp. 21 ss.; nonché pp. 100 ss.). Cfr. anche *infra*, nota 92.

⁵ Sulla «mondializzazione giudiziaria» cfr. in generale A. GARAPON - J. ALLARD, *La mondializzazione dei giudici: nuova rivoluzione del diritto*, tr. it., Macerata, 2006 (ed. orig. 2005), partic. pp. 65 ss. Per la dottrina italiana e l'attenzione crescente ch'essa va dedicando alle questioni evocate nel testo cfr. *infra*, nota 9.

⁶ Si pensi all'impostazione, ad es., del “Progetto Pisapia”, nell'ambito del quale il sistema sanzionatorio «si caratterizza per un'ampia diversificazione delle pene rispetto a quanto previsto dal codice vigente e per il superamento della distinzione tra pene principali e pene accessorie». Le nuove tipologie sanzionatorie valorizzano in particolare le pene interdittive e prescrittive: le prime, perché «consentono un intervento molto mirato – senza desocializzazione detentiva e con attenzione a non privare il condannato dei presupposti necessari per la garanzia dei suoi diritti fondamentali nonché per l'assolvimento dei suoi doveri sociali e familiari – sui presupposti specifici di una data condotta criminosa: tale modalità d'intervento si è dimostrata, laddove è stata applicata, particolarmente efficace per assicurare, in settori particolarmente delicati (quale quello amministrativo, commerciale ecc.), le esigenze fondamentali della prevenzione»; le seconde (pene prescrittive), perché «possono essere uno strumento fondamentale per evitare quel senso di impunità, conseguente alla non effettività della pena, che è spesso il presupposto della recidiva» (pene, si badi, di cui non è prevista

D'altronde, ormai quarant'anni fa, nell'ambito di un lavoro tuttora basilare nel suo impianto concettuale, Mario Chiavario si trovava a constatare la scarsità di apporti specifici della giurisprudenza italiana alla riflessione sui condizionamenti derivanti ai sistemi penali nazionali – nonché, in particolare, al principio di legalità “nazionale” o “statale” – dall'adesione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali⁷ (di seguito, Convenzione o CEDU); avvertiva, inoltre, che in materia si sarebbe rivelata irrimedi-

nel Progetto la sospensione condizionale). Sul sistema sanzionatorio nell'articolato del Progetto cfr. però, con toni fortemente critici, A. CAVALIERE, *Luci ed ombre nel sistema sanzionatorio dello Schema di legge delega 2007*, in C. FIORE - S. MOCCIA - A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale? - Riflessioni sui Progetti Nordio e Pisapia*, Napoli, 2009, pp. 635 ss. e partic. pp. 643 s. V. anche *infra*, nel testo al richiamo della nota 32. Quello della valorizzazione di sanzioni interdittive è peraltro un movimento culturale che viene da lontano e che interessa in modo particolare il diritto penale dell'impresa; sia sufficiente richiamare qui G. MARINUCCI - M. ROMANO, *Tecniche normative nella repressione penale degli abusi degli amministratori di società per azioni*, in *Il diritto penale delle società commerciali* (ricerca CNPDS dir. da P. Nuvolone), Milano, 1971, pp. 102-103, 105-107 (di recente, sui divieti di esercizio di una professione nel contesto del diritto penale dell'economia, cfr. anche per informazioni sul diritto inglese, C. MARTIN, *Berufsverbote für Geschäftsleiter von Kapitalgesellschaften. Analyse und Änderungsvorschläge mit rechtsvergl. Würdigung des Company Directors Disqualification Act 1986*, Frankfurt am Main, 2007, pp. 47 ss. e per proposte di modifica legislativa, pp. 168 ss.). Per una critica valutazione *de iure condendo* sulle cd. «*statusmindernde Ehrenstrafen*» (in particolare la perdita – temporanea – della possibilità di ricoprire incarichi pubblici, dell'eleggibilità e del diritto di voto: § 45 *StGB*; nonché la pubblicazione della sentenza di condanna), C. WEINRICH, *Statusmindernde Nebenfolgen als Ehrenstrafen im Sanktionensystem des StGB*, Baden-Baden, 2009, partic. 192 ss. (cfr. inoltre T. GEIGER, *Die Rechtsnatur der Sanktion. Der Grundrechtseingriff und die ihn legitimierenden Zwecke ...etc.*, Berlin, 2006, pp. 241 ss., 246 ss., 271 ss.; in lingua italiana, sulle discussioni nella dottrina tedesca in tema di «*Ehrenstrafen*», cfr. ancora S. LARIZZA, *op. cit.*, pp. 263 ss.). Si deve notare che il tema è tornato all'attenzione della dottrina tedesca, di recente, nel contesto delle proposte politiche di ampliare il ricorso al § 45 nel caso di fatti terroristici compiuti da stranieri stabilmente residenti in territorio tedesco (sempre nel contesto tedesco cfr., per una rilettura storica, che vede infine un resto delle pene infamanti proprio nel § 45, Abs. 5 *StGB*, S. KNOTT, *Bei der Ehre gepackt! - Die Ehrenstrafe in Bayern seit 1700*, Regensburg, 2006, con riproduzioni fotografiche).

⁷ In questi termini, testualmente, M. CHIAVARIO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel sistema delle fonti normative in materia penale*, Milano, 1969, p. 12 (specificamente sul principio di legalità in materia penale, cfr. pp. 83 ss. nonché la precisazione a p. 85, nt. 5). Sulla legalità penale in senso formale e la sua erosione cfr. ad es., nell'ambito d'una letteratura ormai ampia nei vari Paesi europei, M. VAN DE KERCHOVE, *Développements récents et paradoxaux du principe de la légalité criminelle et de ses corollaires essentiels*, in *Liber Amicorum Jean du Jardin*, 2001, pp. 299 ss., con un cenno alle cause “esterne” rappresentate dallo sviluppo del diritto internazionale ed europeo (pp. 301-303).

diabilmente fuori tempo e fuori contesto un'asettica speculazione dogmatica volta a ricostruire la struttura di istituti giuridici o ad analizzare e risolvere "casi": se l'accento cade sui valori coinvolti dal riferimento ai diritti dell'uomo, «le prospettive afferenti unicamente alla "costruzione degli istituti" non potrebbero essere le più attraenti, né le più produttive»⁸. Da allora, appare sensibilmente maturata la consapevolezza culturale di dottrina, giurisprudenza e legislazione – per quest'ultima, soprattutto per effetto delle conseguenze anche economiche derivanti dalle molteplici condanne ricevute dall'Italia per violazione dei principi stabiliti dalla Convenzione in tema di *fair trial*⁹. Ma, come si è accennato, l'area delle pene accessorie è rimasta campo vergine ad una trattazione "orientata ai diritti".

Se è vero, dunque, che le questioni sopra prospettate (§ 1.1) appaiono, almeno a prima vista, minori *technicalities*, esse sembrano però poter costituire istruttivi banchi di prova, né più né meno, dell'affermazione del principio di legalità nel suo aspetto e nella sua portata più schiettamente garantistica¹⁰, come strumento, per l'appunto, funzionale alla tutela di diritti anche nei gangli meno appariscenti del sistema penale.

In effetti, quale elemento essenziale e preminente dello "Stato di diritto" (*rule of law*)¹¹ – se vogliamo, del "diritto giusto" –, il principio di legalità occupa un posto di prim'ordine nel sistema di protezione *dei diritti* edificato dalla Convenzione europea¹². Nessuno oggi po-

⁸ M. CHIAVARIO, *La Convenzione*, cit., p. 13.

⁹ Cfr., in particolare, la L. 24.3.2001, n. 89 «Previsione di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo e modifica dell'articolo 375 del codice di procedura civile».

¹⁰ CEDU, IV sez., 22 luglio 2003, *Gabbarri Moreno c. Spagna*, § 23: il principio di legalità di cui all'art. 7 della Convenzione «commande que l'accusé ne se voie pas infliger une peine plus lourde que celle encourue pour l'infraction dont il a été reconnu coupable»; cfr. anche CEDU, I sez., 27 febbraio 2001, *Ecer e Zeyrek c. Turchia*, §§ 31-36.

¹¹ In tal senso, di recente, cfr. ad es. CEDU, G.C., 17.9.2009, *Scoppola v. Italy* (No. 2), § 92.

¹² Un'indagine generale è da ultimo compiuta da E. NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2006; v. inoltre F. VIGANÒ, *Il diritto penale sostanziale italiano davanti ai giudici della CEDU*, in *Cass. pen.*, 2008, pp. 81 ss. e già ID., *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, pp. 42 ss.; C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Giuffrè, 2010, partic. pp. 84-87; specificamente sul principio di legalità G. DE VERO, in G. DE VERO - G. PANEBIANCO, *Delitti e pene nella giurisprudenza delle Corti europee*, Torino, 2007, pp. 11 ss.; in generale sul sistema della Convenzione e con trattazione specifica delle norme rilevanti per la materia penale v. di recente l'imprecindibile

trebbe negarlo; ma, al di là delle ampie declamazioni generali ed assertive sul carattere fondamentale di quel principio, la sua tenuta si saggia nelle pieghe dell'ordinamento penale – e, si sa, il diavolo si nasconde nei dettagli.

SEZIONE I

2. *Identificazione delle pene accessorie: i termini del problema.* – Il primo ambito problematico concerne, come si è detto, la stessa identificazione delle pene accessorie. Costituisce affermazione generalmente condivisa, in proposito, quella secondo la quale l'enumerazione delle pene accessorie di cui all'art. 19 c.p. non abbia carattere tassativo; affermazione supportata dalla forza dei fatti, d'altronde, poiché è talvolta lo stesso legislatore a qualificare come pene accessorie conseguenze sanzionatorie sfavorevoli, derivanti da sentenza di condanna e non comprese nell'elenco dell'art. 19¹³.

Può accadere tuttavia che manchi ogni indicazione espressa sulla natura d'una conseguenza sfavorevole, dipendente dalla condanna e a carattere complementare, eventualmente “sanzionatoria” ma non

commentario di B. EMMERSON - A. ASHWORTH - A. MACDONALD (Eds.), *Human Rights and Criminal Justice*, London, 2007; in lingua italiana cfr. S. BARTOLE - B. CONFORTI - G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione Europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001 (cfr. ivi la trattazione di A. BERNARDI, *sub* Art. 7, pp. 249 ss.); P. PUSTORINO, *L'interpretazione della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli, 1998; sommarie informazioni istituzionali nell'agile esposizione di J.-F. RENUCCI, *Introduction à la Convention européenne des Droits de l'Homme. Les droits garantis et le mécanisme de protection*, Strasbourg Cedex, 2005, partic. pp. 71 ss.; cfr. inoltre in L. BURGOGUE-LARSEN, *El tribunal europeo de derechos humanos y el derecho penal*, in http://portal.uclm.es/descargas/idp_docs/doctrinas/cedb-penal_lbl.pdf, partic. pp. 12 ss. (ult. accesso giugno 2010). Ampia trattazione storico-dogmatica in S. BRAUM, *Europäische Strafgesetzlichkeit*, Frankfurt a.M., 2003, partic. il cap. 6 (pp. 273 ss.), su cui v. anche la recensione di Heike JUNG, in *ZStW* 115 (2004), pp. 506 ss. Sul concetto di proporzione cfr. il cospicuo lavoro di S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, 2001.

¹³ Cfr., ad es.: interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole di ogni ordine e grado, nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o strutture pubbliche o private frequentate prevalentemente da minori (art. 600 *septies* c.p.); interdizione dalle funzioni di rappresentanza e assistenza in materia tributaria; interdizione perpetua dall'ufficio di componente di commissione tributaria: art. 12, co. 1, lett. c) e d), d.lgs. n. 74/2000; divieto di espatrio e ritiro della patente di guida in caso di condanna per reati collegati al commercio di sostanze stupefacenti (art. 85, d.P.R. n. 309/1990).

espressamente qualificata come pena accessoria. In tali casi, al fine essenziale di stabilire la disciplina applicabile, è necessario definire la natura di tale conseguenza: se si tratti, in primo luogo, di una conseguenza genericamente sfavorevole ma non specificamente penale; in secondo luogo se, pur riconoscitone il carattere penale, si tratti di pena accessoria oppure di “altro effetto penale”, con le conseguenze di disciplina che ne conseguono soprattutto in termini di efficacia delle cause estintive¹⁴. In questa sede ci si occuperà del primo aspetto della questione.

Sotto il profilo del confine esterno della categoria delle pene accessorie – quello lungo il quale corre la distinzione tra pena ed effetto sfavorevole non penale – il problema si è posto tradizionalmente, nella prassi, con riferimento a tre tipi di sanzioni¹⁵: la sospensione della patente di guida (ora, art. 222 del Codice della strada [C.d.S.]); l'ordine di demolizione di opere abusive (già art. 7, ult. co., l. n. 47/1985, ora art. 31 L, co. 9, d.P.R. n. 380/2001) ed in generale gli ordini di rimessione in pristino dello stato dei luoghi alterato dalla realizzazione di una condotta penalmente illecita; il divieto di accesso a luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive, quale misura conseguente a denuncia o condanna anche non definitiva per determinati reati o comunque per fatti violenti commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive, ovvero quale prescrizione apposta ai provvedimenti di rimessione in libertà dopo l'arresto od il fermo o a provvedimenti di concessione della sospensione condizionale della pena a seguito di giudizio direttissimo (rispettivamente, artt. 6 e 8, co. 1, l. n. 401/1989).

2.1. *Le singole sanzioni controverse: sospensione e revoca della patente di guida.* – Quanto alla sanzione della sospensione e revoca della patente di guida, lungamente discussa in giurisprudenza e con l'inter-

¹⁴ Cfr. ad es. P. FRISOLI, voce *Effetti penali della sentenza di condanna*, in *Enc. dir.*, XIV, Milano, 1965, partic. pp. 416 ss.; G. CERQUETTI, voce *Pene accessorie*, in *Enc. dir.*, XXXII, Milano, 1982, partic. pp. 825-830. Non sarà oggetto di trattazione in questa sede la distinzione tra pene accessorie ed effetti penali (su cui v. ampiamente G. CERQUETTI, *Gli effetti penali della condanna*, Padova, 1990, partic. pp. 88 ss.); ciò non perché si tratti di un problema secondario, quanto perché – dal punto di vista qui prescelto – non vi sarebbe dubbio sul carattere per l'appunto penale degli effetti e dunque sull'applicabilità, ferme restando le differenze di disciplina, di tutti i principi garantistici del sistema penale.

¹⁵ Un analogo problema pone la recente l. n. 40/2004 in materia di procreazione medicalmente assistita, il cui art. 12, co. 10, prevede la sospensione dell'autorizzazione concessa «alla struttura al cui interno è eseguita una delle pratiche vietate» ai sensi della stessa disposizione.

vento anche d'importanti voci dottrinali¹⁶, il legislatore si è affine espresso nel nuovo testo dell'art. 222 C.d.S. nel senso che si tratti d'una sanzione amministrativa "accessoria"¹⁷. Potrebbe trattarsi della fine d'una lunga diatriba che ha visto, nel tempo, opposti pronunciamenti giurisprudenziali e richiamato l'intervento della Corte di cassazione a Sezioni Unite; ma non tutte le perplessità concettuali e sistematiche sembrano fuggite, cosicché non sembra inutile, ai fini delle presenti osservazioni, richiamare rapidamente quella vicenda nei suoi passaggi salienti. *Incidenter* si deve ricordare che una questione del tutto analoga concerne la confisca del veicolo prevista – unitamente alla sospensione od alla revoca della patente – per il caso di guida sotto l'influenza dell'alcool o di sostanze stupefacenti (ove costituenti reato: art. 186, co. 2, lett. c) e co. 7; art. 187, co. 1 e co. 8, in relazione all'art. 224-ter C.d.S.). Prima di una recente modifica legislativa (art. 33, l. 29 luglio 2010, n. 120), era ritenuta sanzione penale sia dalla Corte costituzionale sia dalla Corte di cassazione (cfr. nt. 56); ora è qualificata espressamente come amministrativa. Per essa varranno dunque le osservazioni svolte a proposito della sospensione *ex* art. 222.

2.1.1. *La controversia sulla natura della sanzione, in breve.* – In senso opposto alla soluzione legislativa da ultimo adottata – e cioè nel senso che si trattasse di pena accessoria – si erano notoriamente espresse le Sezioni Unite all'inizio degli anni Novanta, considerando quella sanzione quale tipico mezzo di prevenzione speciale a contenuto affittivo:

«la sanzione della revoca o della sospensione della patente in caso di condanna per reato colposo commesso in occasione di incidente stradale, comprimendo con inevitabile danno economico la libertà di circolazione – tanto sentita da questa società – e reprimendo nella maniera più acconcia lo scorretto esercizio di essa, è ... *mezzo di prevenzione speciale idoneo ed efficace, più della stessa pena principale, cui aggiunge forza intimidatrice*, ed ha tutte le caratteristiche di una pena accessoria, nella sua attuale configurazione»¹⁸.

¹⁶ Tuttora insuperato, per equilibrio e chiarezza concettuale, il lavoro di G. VASSALLI, *Sospensione e revoca*, cit., nel quale l'autore si esprime decisamente (partic. p. 1428) per la natura di pena accessoria in senso tecnico della misura, nella fisionomia prevista dall'allora vigente codice della strada (art. 91, d.P.R. n. 393/1959).

¹⁷ Per una voce critica cfr. A. MENGHINI, *Le sanzioni penali a contenuto interdittivo. Una proposta de iure condendo*, Torino, 2008, pp. 40, 107.

¹⁸ La Corte aveva sollevato d'ufficio la questione della natura della sospensione/revoca della patente, quale questione pregiudiziale al fine di determinare

La correttezza della soluzione, secondo la Corte, poteva essere apprezzata in base al confronto sistematico con l'espressa qualifica di pena accessoria, stabilita sia per un altro tipo di infrazione allo stesso codice della strada (incauto affidamento di veicolo a persona non munita di patente)¹⁹, sia per la misura del ritiro della patente nel caso di condanna per traffico di stupefacenti²⁰. A tale impostazione, aggiungeva la Corte, non sarebbe stato possibile obiettare né la violazione del principio di legalità, perché non sarebbe necessaria l'espressa qualificazione della sanzione come pena accessoria²¹, né il contenuto dell'art. 19 c.p., che non prevede un elenco tassativo, limitandosi a indicare le pene previste dal codice, né infine il fatto che, prima della sentenza penale, la sospensione della patente potrebbe essere disposta dall'autorità amministrativa «per la speditezza della cautela»²².

La nuova disposizione dell'art. 222 C.d.S. determina, come si è accennato, un capovolgimento ermeneutico; vicenda paradigmatica à la Kirchmann, almeno all'apparenza²³. L'occasione d'intervento delle Sezioni Unite²⁴ attiene questa volta ad un aspetto processuale: si trat-

l'estensione della sospensione condizionale alle «pene accessorie» ex art. 166 c.p., nella formulazione risultante dalla modifica di cui all'art. 4, l. n. 19/1990: Cass. S.U. 19.12.1990, Capelli, ad es. in *Foro it.*, 1991, II, c. 205; in *Cass. pen.*, 1991, p. 1034. Quanto alla citazione nel testo, il corsivo è aggiunto.

¹⁹ Art. 80-ter dell'allora vigente codice della strada, come modificato dall'art. 142, l. n. 689/1981.

²⁰ Precisamente, ex art. 85, co. 1, d.P.R. n. 309/1990 (intitolato per l'appunto «pene accessorie»): «Con la sentenza di condanna per uno dei fatti di cui agli articoli 73, 74, 79 e 82, il giudice può disporre il divieto di espatrio e il ritiro della patente di guida per un periodo non superiore a tre anni».

²¹ Potendosi ascrivere alle pene accessorie, fra l'altro, «quelle che, pur non essendo qualificate tali dalla legge, riproducono tuttavia per il loro contenuto il paradigma di una pena tipica»: Cass. S.U., 19.12.1990, cit.

²² Ciò perché, in tal caso, si tratterebbe d'una «misura di polizia» avente «la stessa natura della revoca o della sospensione dell'autorizzazione o della licenza per l'esercizio di una professione, arte, industria, commercio o mestiere, che l'autorità amministrativa può ordinare sempre per motivi di sicurezza pubblica indipendentemente dal processo penale»: Cass. S.U., 19.12.1990, cit.

²³ «Tre parole di rettifica del legislatore, ed intere biblioteche diventano carta straccia»: J.H. VON KIRCHMANN, *La mancanza di valore della giurisprudenza come scienza* (1848), tr. it. in J.H. VON KIRCHMANN - E. WOLF, *Il valore scientifico della giurisprudenza*, Milano, 1964, p. 18.

²⁴ Cfr. Cass. S.U. 27.5.1998, Bosio, ad es. in *Foro it.*, 1999, II, c. 185; *Cass. pen.*, 1999, p. 833. In precedenza v. in dottrina le osservazioni di F. PERONI, *L'applicabilità della sospensione della patente di guida in sede di patteggiamento: un nodo tuttora irrisolto*, in *Cass. pen.*, 1998, pp. 1721 ss., cui si rinvia anche per utili riferimenti normativi e dottrinali (nt. 11-14).

tava della questione specifica relativa alla possibilità che il giudice penale provvedesse all'irrogazione della sanzione in sede di applicazione della pena su richiesta. La questione era stata sollevata davanti alla Corte in nome della pretesa inconciliabilità tra la natura della sentenza *ex art. 444 c.p.p.*²⁵ «siccome privata dell'imprescindibile accertamento della responsabilità» rispetto all'esercizio del potere sanzionatorio amministrativo devoluto dalla legge alla giurisdizione penale.

Interrogandosi sul rapporto fra accertamento del reato e applicazione delle sanzioni amministrative accessorie, la Corte osserva che le sanzioni amministrative accessorie «assolvono direttamente o indirettamente una funzione “riparatoria” dell'interesse pubblico violato, e sono definite, perciò, “specifiche” ... o, come nel caso in esame, interdittive»; affiancandosi alle pene in senso stretto quando, accanto al valore tutelato dalla norma penale, sia offeso anche un interesse pubblico a quello correlato, esse delineano un «sistema binario di deterrenza ... volto a dare una risposta efficace, contemporaneamente repressiva e preventiva, rispetto a fatti polioffensivi [*sic*], ovvero dotati di una particolare pericolosità per la convivenza sociale e per gli interessi pubblici». D'altronde, ricordando come – ai sensi del nuovo codice della strada (d.lgs. n. 285/1992) – le sanzioni amministrative pecuniarie e quelle accessorie siano, di regola, di competenza del Prefetto (art. 210), la Corte precisa che «la natura di una sanzione non muta quando il potere di applicar[la] venga attribuito al giudice», con la conseguenza che essa

«non può non conservare i connotati che contraddistinguono la sua *peculiare essenza, incentrata tutta sulla tutela di un interesse di spettanza della pubblica amministrazione*»²⁶.

Quanto al contenuto dell'accertamento, «premesse che in generale è estraneo all'applicazione delle sanzioni amministrative qualsiasi giudizio di responsabilità o di colpevolezza», esso consisterebbe soltanto nella verifica delle condizioni di legge: cioè, «stante l'automaticità di detta applicazione», l'accertamento della violazione commessa e la sua qualificazione «secondo le tipologie legali»²⁷.

²⁵ Di recente, in una prospettiva di diritto sostanziale, la rivisitazione di M. CAPUTO, *Il diritto penale e il problema del patteggiamento*, Napoli, 2009 (con riferim. all'ambito degli effetti premiali del rito rispetto alle conseguenze accessorie e gli effetti penali, partic. pp. 433 s.).

²⁶ Cass. S.U. 27.5.1998, cit. (corsivo aggiunto).

²⁷ Ai fini della specifica questione dell'applicabilità in sede di patteggiamento, la Corte statuisce che «debbono essere applicate le sanzioni amministrative accessorie,

Sotto altro profilo, la comune natura amministrativa della sospensione disposta in sentenza e del provvedimento di sospensione provvisoria, disposto in via cautelare per lo stesso fatto, non comporta – come ribadisce la Corte sulla scorta di costante giurisprudenza amministrativa e costituzionale²⁸ la possibilità di computare il periodo della sospensione provvisoria nella determinazione della durata di quella definitiva: differenti ne sarebbero finalità e presupposti (peraltro esplicitamente chiariti, dalla Corte, soltanto rispetto alla sanzione provvisoria)²⁹.

2.1.2. *Prime valutazioni critiche sulla posizione giurisprudenziale.* – La posizione della Corte di cassazione da ultimo considerata prende comprensibilmente atto del risolutivo chiarimento operato dal legislatore (che peraltro era già in precedenza intervenuto pronunciandosi nel senso opposto di ritenere la sanzione, in determinati casi, come pena accessoria)³⁰. Ed anzi, a ben vedere, le riflessioni sulla natura della sospensione/revoca della patente, pur articolate mediante argomenti assiologici (tipo di valore tutelato) e teleologici (scopo della sanzione), sono riconducibili essenzialmente alla natura del procedimento applicativo – considerata amministrativa –³¹ ed all'autorità di regola competente all'esecuzione: appunto, un'autorità amministrativa.

In effetti, gli argomenti valoriali e teleologici non paiono convincenti. La Corte, come si è visto, afferma che la sanzione amministrativa si differenzia dalla pena accessoria in quanto soltanto la prima perse-

che da quelle conseguono di diritto, come nel caso di sospensione della patente, determinando la relativa misura secondo i parametri ai quali rinvia la specifica normativa del codice della strada».

²⁸ Quanto alla seconda, in particolare, cfr. Corte cost., ordd. n. 167, 168, 169/1998.

²⁹ Quella provvisoria è volta a «tutelare con immediatezza l'incolumità e l'ordine pubblico».

³⁰ Cfr. anche art. 85, T.U. stupefacenti, cit. *supra*, nt. 20.

³¹ Ai sensi dell'art. 218 C.d.S., già l'agente accertatore di una violazione cui consegue la sanzione amministrativa accessoria della sospensione provvede al ritiro della patente trasmettendo al Prefetto il relativo verbale; l'ordinanza di sospensione è, in tal caso, di competenza del Prefetto; pure torna a quest'ultimo la competenza a procedere contro il trasgressore quando il giudice investito dell'eventuale procedimento penale ravvisi l'esistenza soltanto di una violazione amministrativa (art. 220, co. 1); nonché quando il reato sia estinto per causa diversa dalla morte del reo (art. 224, co. 3). Ma soprattutto, in linea generale, anche quando la sanzione sia irrogata dal giudice è il prefetto che «adotta il relativo provvedimento per la durata stabilita dall'autorità giudiziaria» (art. 224, co. 1).

gue la tutela di un interesse pubblico di spettanza della pubblica amministrazione (quello alla sicurezza della circolazione stradale); per contro la pena accessoria si configura come reazione contro il pregiudizio dell'interesse specificamente tutelato dalla norma penale violata in occasione della circolazione stradale (es., la vita). Ma si tratta di un assunto francamente discutibile: anche se si afferma che la sospensione – definitiva, a seguito dell'accertamento del reato – risponda ad esigenze di tutela di un interesse della p.a. diverso da quello tutelato dalla norma penale, quell'interesse istituzionale dell'amministrazione è almeno concorrente con quello tutelato dalla norma penale, proprio laddove la violazione sia in connessione obiettiva con un reato. E, soprattutto, ciò equivale ad osservare che in questi casi la sanzione accessoria non può che esibire una funzione specialpreventiva ed interdittiva, funzionale alla contemporanea tutela sia dell'interesse 'penale' sia dell'interesse 'amministrativo'.

Se si considera, inoltre, che il provvedimento amministrativo immediatamente volto alla tutela dell'interesse alla sicurezza della circolazione è il ritiro della patente da parte dell'organo accertatore, e che in seconda battuta, sempre in funzione preventiva ed interdittiva, interviene la sospensione provvisoria da parte del prefetto, appare chiaro che la successiva sospensione definitiva da parte del giudice in tanto può essere considerata provvedimento differente per «finalità» e «presupposti» (per usare le parole della Cassazione) – dunque ontologicamente e non soltanto quantitativamente differente – in quanto abbia (od abbia *anche*) carattere specificamente sanzionatorio del fatto penalmente rilevante, sia pure in funzione complementare: in quanto sia, dunque, una “pena” in senso proprio; per l'appunto “accessoria”³².

Una conclusione, questa, che troverebbe anche una conferma sistematica nella qualificazione come pena accessoria della sospensione della validità del permesso di pesca, prevista dalla l. n. 963/1965 (e successive modif.), quando il fatto presupposto costituisca contravven-

³² La Corte cost., con sent. n. 47/1977, aveva notoriamente assimilato la sospensione di cui all'art. 91, co. 7, d.P.R. n. 393/1959 (previgente Codice della Strada) alla pena accessoria di cui all'art. 30 c.p., sotto il profilo dell'analogo divieto imposto al condannato di esercitare una qualunque attività per la quale sia richiesta una speciale abilitazione o autorizzazione. Appariva del tutto legittima alla Corte, dunque, la previsione della sospensione come pena accessoria nel caso di violazione delle regole di circolazione da cui fosse derivata la morte o lesioni gravi o gravissime dell'investito, quale contenuto di un potere «autonomo e diverso da quello riconosciuto all'autorità amministrativa, di concedere, sospendere o revocare la patente», per la sola violazione di regole di comportamento non sfociate in quei gravissimi eventi di rilevanza penale.

zione in materia di pesca marittima [art. 25, lett. d)]³³, mentre tale sanzione non rientra – diversamente, come si vedrà (*infra*, § 2.3), dalla rimessione in pristino, *et pour cause* – fra le «sanzioni amministrative accessorie» previste dalla stessa legge all'art. 27. Può apparire invero almeno bizzarro che la sanzione accessoria prevista per la violazione, nel contesto della circolazione stradale, di un bene di massimo valore (quale l'incolumità fisica o addirittura la vita), sia da qualificare come amministrativa, e sia invece da considerare penale una sanzione sostanzialmente corrispondente in termini funzionali (pur se munita di effetti incapacitanti significativi anche nei confronti di terzi)³⁴, prevista per offese ad un interesse – quello alla regolarità delle pratiche di pesca marittima – magari in sé non irrilevante ma di rango davvero non comparabile con il primo.

Anche in talune proposte *de iure condendo* più di recente formulate, d'altronde, si riscontra la qualificazione in termini di vera e propria sanzione penale. Così, in particolare, il Progetto predisposto dalla cd. Commissione Grosso prevede il ritiro o la sospensione della patente di guida quale pena interdittiva, indifferentemente principale od accessoria – e sempre accessoria «nel caso di condanna per delitti commessi con violazione delle norme sulla circolazione stradale» [art. 51, co. 2, lett e) e art. 65]³⁵.

2.2. (*Segue*) *Divieto di accesso a luoghi nei quali si svolgono manifestazioni sportive.* – Si tratta d'una prescrizione che può assumere ve-

³³ Il riferimento è al testo della legge come modificato dalla l. n. 381/1988.

³⁴ Il riferimento è alla ritenuta costituzionalità degli effetti di blocco del natante e dei relativi arredi e attrezzi, nei confronti dei terzi che non siano concorsi nella violazione. Cfr. Corte cost., sent. n. 105/1974, secondo la quale il divieto di adibire il natante alla pesca costituirebbe «pregiudizio di mero fatto».

³⁵ Cfr. COMMISSIONE MINISTERIALE PER LA RIFORMA DEL CODICE PENALE (istituita con d.m. 1 ottobre 1998), *Progetto preliminare di riforma del codice penale - Parte generale*, consultabile ad es. al sito http://www.giustizia.it/studierapporti/riformacp/coom_grosso2_art.htm. Nel Progetto della cd. Commissione Pisapia non si riscontra una previsione specifica in materia, ma l'art. 28 lett. e) potrebbe riferirsi anche alla revoca o sospensione della patente, nella parte in cui fra le «pene interdittive» da prevedere considera «la revoca o sospensione, per una durata non superiore a cinque anni, di licenze, concessioni autorizzazioni amministrative o altre abilitazioni». Analogamente deve dirsi per il precedente articolato proposto dalla cd. Commissione Nordio: cfr. in partic. l'art. 54, lett. d) (cfr. su quest'ultimo progetto V. MONGILLO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale: verso un codice di pene intermedie?*, in C. FIORE - S. MOCIA - A. CAVALIERE (a cura di), *Quale riforma del codice penale?*, cit., pp. 360 ss.; sul Progetto Pisapia cfr. A. CAVALIERE, *Luci ed ombre nel sistema sanzionatorio dello Schema di legge delega 2007*, *ibidem*, pp. 635 ss.

sti cangianti. Quando segua ad una condanna per i delitti di frode in competizioni sportive ed esercizio abusivo di attività di giuoco o scommessa (artt. 1 e 4, l. n. 401/1989), essa costituisce pena accessoria in senso proprio ed è qualificata espressamente come tale dal legislatore³⁶.

Ha inoltre carattere di misura di prevenzione *ex art.* 6, primo comma, l. n. 401/1989³⁷, la cui violazione costituisce delitto punito con pena congiunta della reclusione (da uno a tre anni) e con la multa. È “misura di polizia”, dunque; formalmente amministrativa, secondo il giudizio corrente in tema di misure di prevenzione; ma, visto l'intervento del procuratore della Repubblica che chiede la «convalida» al giudice per le indagini preliminari, il quale a sua volta dispone con ordinanza ricorribile in Cassazione, sembra difficile non ricondurla – diciamo per ora genericamente – alla materia penale (magari come sanzione criminale anomala, come è stato ritenuto)³⁸.

Ancóra, essa può essere “disposta” dal giudice con sentenza di condanna per il delitto di violazione delle prescrizioni impartite dal questore a titolo di misura di prevenzione, nonché per quelli commessi in occasione o a causa di manifestazioni sportive e nei casi simili previsti dall'art. 6, comma 7, l. n. 401/1989; si tratta, in tal caso, di sanzione che per il momento possiamo definire “funzionalmente accessoria”, ma che non è espressamente qualificata dal legislatore³⁹.

³⁶ Il divieto si estende ai seguenti luoghi (art. 5, l. n. 401/1989, come modif. dal d.l. n. 336/2001 conv. con modif. in l. n. 377/2001): 1) quelli dove si svolgono manifestazioni sportive; 2) dove si accettano scommesse autorizzate; 3) dove si tengono giuochi d'azzardo autorizzati. Si tratta d'una pena discrezionale nel *quantum* (limiti edittali da sei mesi a tre anni).

³⁷ Rispetto a quattro categorie di persone: 1) quelle che «risultano denunciate o condannate anche con sentenza non definitiva nel corso degli ultimi cinque anni» per una serie di reati specificamente indicati, fra cui – ad esempio – reati commessi per ragioni di discriminazione razziale ecc.; 2) quelle che «risultano denunciate o condannate anche con sentenza non definitiva nel corso degli ultimi cinque anni ... per aver preso parte attiva ad episodi di violenza su persone o cose in occasione o a causa di manifestazioni sportive»; 3) le persone «che nelle medesime circostanze abbiano incitato, inneggiato o indotto alla violenza»; 4) coloro che «sulla base di elementi oggettivi, risulta[no] aver tenuto una condotta finalizzata alla partecipazione attiva ad episodi di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive o tale da porre in pericolo la sicurezza pubblica in occasione o a causa delle manifestazioni stesse». La competenza è del questore ed è prevista la convalida da parte del giudice per le indagini preliminari (art. 6, co. 3).

³⁸ C.E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, pp. 33-34.

³⁹ L'ultimo periodo della disposizione menzionata prevede che «il divieto e l'obbligo [di presentarsi in un ufficio o comando di polizia durante lo svolgimento di ma-

Infine, essa viene in considerazione come “prescrizione” accessoria di divieto rispetto al provvedimento di rimessione in libertà conseguente a convalida di arresto o fermo per reato commesso durante o in occasione di manifestazioni sportive, sia rispetto alla concessione della sospensione condizionale della pena a séguito di giudizio direttissimo (art. 8, l. n. 401/1989)⁴⁰. In entrambi quest’ultimi casi si tratta di prescrizioni che il giudice discrezionalmente appone al provvedimento; inoltre – diversamente da quanto previsto per la pena accessoria di cui all’art. 5 e per la misura di prevenzione – non sono stabiliti termini di durata.

Questi essendo i (proteiformi) tratti essenziali della misura, innanzi tutto emergono i problemi di qualificazione, sia con riferimento alla natura del provvedimento del giudice, accessorio alla condanna per il reato di violazione della misura di prevenzione, sia con riferimento alla natura delle prescrizioni di cui all’art. 8.

Nel primo caso (art. 6, co. 7), l’interrogativo si pone non foss’altro perché, non soltanto non è stata data qualificazione espressa alla misura accessoria, ma anzi, nella conversione del decreto legge, proprio l’originaria qualificazione in quei termini è stata eliminata⁴¹. Rispetto a questa ipotesi – misura disposta a séguito di condanna per violazione della misura di prevenzione – non sembra tuttavia revocabile in dubbio che si tratti di pena accessoria, caratterizzata dalla dipendenza da un provvedimento del giudice (peraltro obbligatorio) e dalla discrezionalità nella commisurazione⁴².

Quanto alla seconda ipotesi (art. 8), la questione della natura del provvedimento del giudice si è innescata intorno ad una scottante que-

nifestazioni sportive specificamente indicate] ... non sono esclusi nei casi di sospensione condizionale della pena e di applicazione della pena su richiesta». Quest’ultima precisazione fa supporre che il legislatore abbia configurato divieto ed obbligo come pene accessorie, ché altrimenti non avrebbe senso il richiamo a discipline dettate in relazione agli effetti della sospensione e del patteggiamento rispetto, per l’appunto, alle pene accessorie.

⁴⁰ Sia qui sufficiente rinviare all’analisi di S. DEL CORSO, *Commento all’art. 6, l. 13.12.1989 n. 401*, in *Legisl. pen.*, 1990, pp. 113-116. Per una riflessione generale sul tema delle prescrizioni in funzione di “riempimento” della sospensione condizionale della pena, cfr. da ultimi F. PALAZZO - R. BARTOLI, *Certezza o flessibilità della pena? - Verso la riforma della sospensione condizionale*, Torino, 2007, pp. 13-16 (F. Palazzo); pp. 35-37 e 109-115 (R. Bartoli).

⁴¹ Sul punto cfr. E. MARZADURI, in E. MARZADURI - L. BRESCIANI, *Commento all’art. 1, d.l. 22.12.1994 n. 717*, in *Legisl. pen.*, 1995, partic. p. 224.

⁴² Sottolinea questi aspetti E. MARZADURI, in E. MARZADURI - L. BRESCIANI, *Commento*, cit., p. 223.

stione applicativa, quella della sua applicabilità nel caso in cui sul giudizio direttissimo instauratosi a seguito dell'arresto si fosse "innestata" l'applicazione della pena su richiesta: con la conseguente inapplicabilità delle pene accessorie. Gli aspetti di garanzia di efficacia della misura, in relazione ad un esito processuale del tutto particolare, hanno in tal modo finito con il giocare un ruolo sensibilmente condizionante sui percorsi argomentativi cui si è fatto ricorso, in particolare in giurisprudenza, per legittimare questa o quella soluzione⁴³.

La Corte di cassazione ha recentemente ritenuto che si tratti di sanzioni atipiche (la stessa conclusione che parte della giurisprudenza aveva sostenuto, ad es., rispetto alla sospensione della patente di guida); o meglio, di atipiche misure di prevenzione applicate dal giudice nell'immediatezza dei fatti⁴⁴. In fin dei conti, questa soluzione disloca quei provvedimenti al di fuori della materia penale; in questa scelta i giudici italiani sono del resto in buona compagnia perché, come si vedrà, un analogo orientamento è affermato dai loro colleghi inglesi, ben familiarizzati con i problemi posti dal cd. *hooliganism*.

Ma con questa qualificazione il problema è descritto e, per così dire, etichettato piuttosto che risolto, ché si tratterebbe di stabilire, a questo punto, se siano configurabili – e, in caso positivo, a quali condizioni siano legittime – misure di prevenzione atipiche. Inoltre, si può considerare legittimo alla stregua del principio di legalità⁴⁵ che per l'appunto un giudice stabilisca, in assenza di parametri per l'esercizio del potere discrezionale, il contenuto di un provvedimento che comunque incide sulla libertà di movimento prevista dalla Costituzione? La stessa Cassazione sembra del resto dubitarne, in quanto – nella pronuncia ap-

⁴³ Per qualche riferimento cfr. ancora E. MARZADURI, in E. MARZADURI - L. BRESCIANI, *Commento*, cit., p. 224 in nt. 81.

⁴⁴ Cass., sez. III, 17.10.2007, Scorza, in *CED Cass.*, rv. 238597: «natura, sia pure atipica, di misure di prevenzione che, in luogo di trovare la sua sede naturale nel provvedimento del questore, con relativa convalida del giudice per le indagini preliminari su richiesta del pubblico ministero ai sensi dell'art. 6 ... è applicata dal giudice, nell'immediatezza dei fatti, in sede di convalida dell'arresto o in sede di patteggiamento susseguente a giudizio direttissimo, indipendentemente dal fatto che abbia formato oggetto di accordo tra le parti». Cfr. in tema G.P. DEMURO, *Una particolare misura «neutralizzatrice»: il divieto di accesso ai luoghi ove si svolgono competizioni agonistiche*, in *Riv. pen.*, 1993, pp. 679 ss.

⁴⁵ Al quale anche le misure di prevenzione devono essere informate: nella manualistica cfr. sul punto, per tutti, G. FIANDACA - E. MUSCO, *Diritto penale*, p.g., Bologna, 2007⁵, p. 870; si devono ricordare ancora, inoltre, le pagine di F. BRICOLA, *Forme di tutela «ante delictum» e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione* (Atti del convegno CNPDS), Milano, 1975, pp. 45 ss.

pena richiamata – censura il provvedimento di merito sia per arbitraria ed irragionevole determinazione del contenuto della prescrizione, sia per la mancata motivazione sulla pericolosità del prevenuto⁴⁶.

Se si astrae dalla specifica vicenda processuale, d'altronde, appare chiaro che il problema del distorto uso del potere discrezionale non sta (o non sta soltanto) in un *error in iudicando* bensì risiede alla radice, cioè in una delega verso il basso – verso il giudice – di poteri di governo dell'ordine pubblico, improvvida perché disposta senza l'indicazione di parametri legalmente definiti per il suo esercizio.

Del resto, anche quanto alla misura di prevenzione tipizzata e «giurisdizionalizzata»⁴⁷, di cui all'art. 6 co. 1, accanto alle questioni di qualificazione emergono ed anzi urgono taluni importanti dubbi di legittimità; sul punto avremo modo di tornare (§ 3.3.1).

2.3. (*Segue*) *Ordini di demolizione e di rimessione in pristino.* – Quanto all'ordine di demolizione⁴⁸, per giurisprudenza consolidata esso ha natura di sanzione amministrativa di tipo «ablatorio», caratterizzata soltanto dall'essere irrogata nell'ambito d'un procedimento di tipo giurisdizionale (dunque non integralmente soggetta alla disciplina dei procedimenti amministrativi)⁴⁹. In effetti, all'indirizzo minoritario – ma so-

⁴⁶ Nel caso concreto, la Corte riconosce che il provvedimento del giudice «è privo di qualsiasi specificità, perché non indica quali sono le manifestazioni sportive interdette, imponendo un obbligo del tutto generico ed illimitato, esteso a tutti i luoghi ove si svolgono “competizioni calcistiche”, senza alcun limite territoriale o di altro genere»; la pronuncia di merito è dunque censurabile *sia* perché ha imposto «una pressoché continuativa inibizione per l'interessato per competizioni presenti e future di qualsiasi tipo» e, per questo, «eccede i limiti della ragionevolezza, proprio perché non si comprende il collegamento tra tale divieto generico ed illimitato ed il comportamento illecito tenuto in occasione di un incontro di calcio locale e determinato ... da “deprecabili ragioni campanilistiche”»; *sia* perché non ha provveduto a motivare «in ordine alla pericolosità in concreto del destinatario della misura». Si vedano anche le osservazioni di G. P. DEMURO, *op. cit.*, p. 681.

⁴⁷ Per questa espressione, cfr. C.E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa*, cit., p. 33.

⁴⁸ Attualmente previsto dall'art. 31, co. 9, d.P.R. n. 680/2001 (T.U. edilizia): per le opere abusive il giudice ordina, con la sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 44, la demolizione delle opere «se ancora non sia stata altrimenti eseguita». Ampiamente, prima del T.U., la nota a sentenza di P. ALDROVANDI, *Natura giuridica dell'ordine di demolizione di cui all'art. 7, ult. comma, della legge n. 47/1985 e applicazione della pena su richiesta delle parti*, in *Riv. giur. urb.*, 1991, pp. 91 ss. (partic. pp. 97 ss.).

⁴⁹ Cfr. ad es., di recente, Cass., sez. III, 11.11.2009, Dalia, in <http://www.lexambiente.org/urbanistica/160/6160-demolizione.html>, che ha precisato come in tal caso, diversamente da quanto stabilito in generale dall'art. 7, l. n. 241/1990, non sia neces-

stenuto anche dalle Sezioni Unite della Cassazione –⁵⁰ secondo il quale si sarebbe trattato di pena accessoria si è ritenuto di opporre tre rilievi fondamentali⁵¹: a) le sanzioni penali in senso stretto sono soggette al principio di tassatività, talché il giudice non potrebbe escogitarne di nuove⁵²; b) l'accidentalità dell'ordine di demolizione sarebbe inconciliabile con l'indefettibilità rispetto alla condanna; c) la sanzione non incide direttamente sulla persona del condannato, bensì su una *res*.

sario l'avviso di avvio del procedimento. La natura amministrativa della sanzione era stata affermata da Cass. S.U. 27.3.1992, Cardarilli, in *CED Cass.*, rv. 191129 (e ad es. in *Cass. pen.*, 1992, m. 1076, pp. 2046 ss. e specificam. p. 2051; in *Riv. pen.*, 1992, p. 1059, con nota di F. LEPRİ); si era trattato, peraltro, di affermazione incidentale.

⁵⁰ Cass. S.U. 23.9.1987, Lofonso, in *Cass. pen.*, 1989, p. 276.

⁵¹ Su questi aspetti, nonché per una puntuale ricostruzione delle vicende giurisprudenziali, cfr. S. MATTEINI CHIARI, *Le tematiche esecutive e i rapporti tra azione giudiziaria e procedimento amministrativo* (Relazione all'incontro di studio del Consiglio Superiore della Magistratura su "La tutela penale del territorio" - Roma, aprile 2002), in <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/7340.pdf>.

⁵² Così S. MATTEINI CHIARI, *Le tematiche esecutive*, cit., p. 3, con espresso riferimento a M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Art. 1-84, Milano, 2004³, sub art. 19, p. 213, nr. marg. 4; ma tale citazione sopravvaluta superficialmente la portata dell'affermazione dell'A. qui giubilato. Se infatti si riscontra attentamente, in primo luogo, la citazione giurisprudenziale addotta a suo sostegno (Cass. 28.12.1978, Urso, in *Cass. pen. mass. ann.*, 1980, m. 1280, pp. 1313 s., con due massime), ci si avvede che si trattava in concreto dell'irrogazione dell'interdizione temporanea dal commercio (nel caso di specie, di oli minerali), pacificamente una pena accessoria (art. 30 c.p., richiamato espressamente dalla seconda massima). La Corte stabilisce semplicemente che i provvedimenti consequenziali alla pena accessoria (revoca della licenza ed esclusione dal rilascio di altra licenza) sono provvedimenti dell'autorità amministrativa e non (come evidentemente avrà invece sostenuto la difesa) «sanzioni criminali atipiche». Si noti che l'ultimo periodo della massima (p. 1314) contiene un refuso, mancando della negazione «non» (dovrà dunque leggersi: «la revoca della licenza e l'esclusione del rilascio di altra licenza, effetti dell'interdizione temporanea dal commercio e non sanzioni criminali atipiche perché [NON] espressamente previste dal codice penale, sono provvedimenti dell'autorità amministrativa»). Che la tesi di Romano non possa essere intesa in senso "massimalista" è dimostrabile, in secondo luogo, anche in base alle tesi sostenute dalla dottrina ch'Egli richiama come adesiva alla propria posizione: quanto a F. BRICOLA, *La discrezionalità nel diritto penale*, I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 383, l'A. sostiene senz'altro la discrezionalità del giudice nell'*an*, nel *quomodo* e, sia pure con riserva – qui ininfluenza – nel *quantum* (p. 384 e p. 383 in nt. 359); inoltre, non prende espressamente posizione sul problema della legalità/tassatività dell'elencazione; e infine, si noti, contesta la tesi dell'assenza di discrezionalità nell'applicazione delle pene accessorie, di cui stigmatizza in particolare (!) l'uso strumentale proprio ai fini di negare il carattere penale alla sanzione della sospensione e revoca della patente di guida (p. 383, nt. 359). Quanto all'altra citazione, relativa ad uno scritto di Paolo Pisa, questo Autore (seppure in edizione successiva al lavoro citato da Romano: cfr. ora P. PISA, *Le pene accessorie*, Milano, 1984) riconosce esplicitamente la possibilità che vi siano pene accessorie non espressamente qualificate

Nessuno di questi argomenti, così come formulati, appare peraltro risolutivo: dopo aver sgombrato il campo dal primo e dal terzo, una più articolata analisi sarà dedicata al secondo, che appare più solidamente fondato.

Quanto al primo argomento, che s'impenna sul principio di tassatività delle pene, va osservato in primo luogo che la migliore dottrina ormai non dubita che il principio di tassatività delle pene accessorie tenda bensì «ad evidenziare l'assoggettamento del giudice alla legge in relazione ai contenuti e ai limiti di applicabilità di ciascuna sanzione»⁵³, ma non può essere inteso nel senso che sia precluso al legislatore di introdurre nuove pene accessorie⁵⁴. Sotto altro rispetto, ciò equivale ad osservare che, laddove il legislatore preveda una conseguenza sfavorevole derivante da (o variamente collegata a) sentenza di condanna per un reato, non qualificandola però espressamente come pena, al giudice non può certo ritenersi preclusa l'interpretazione della natura giuridica di tale conseguenza, allegando che in tal modo egli "escogiterebbe" una pena non stabilita dalla legge.

Sotto questo profilo, anzi, va osservato che la portata garantistica potrebbe risultare allargata – e non già ristretta – dall'ascrizione d'una conseguenza di dubbia natura all'ambito delle sanzioni penali piuttosto che di quelle amministrative; quanto all'effetto *in bonam partem* che ne deriverebbe si pensi, infatti, all'applicazione dell'art. 166 c.p. (estensione alle pene accessorie della sospensione condizionale) e a quello dell'art. 445, co. 1 c.p.p. (non applicabilità delle pene accessorie in caso di patteggiamento a pena detentiva che non superi i due anni) – che sono, non a caso, proprio le questioni in relazione alle quali l'interrogativo sulla natura giuridica di una conseguenza non espressamente qualificata dal legislatore è stato concretamente sollevato.

Quest'ultimo rilievo, che ha una sua intrinseca coerenza logica, parrebbe confermato, del resto, anche dal punto di vista sistematico. In materia di discriminazione razziale, etnica e religiosa è stabilito – come si vedrà – che il giudice possa disporre una o più delle «sanzioni

come tali dalla legge e che dunque debbano essere identificate in via interpretativa («occorrerà altresì valutare se ulteriori sanzioni – *in assenza di indicazioni legislative che consentano prima facie l'attribuzione dell'“etichetta”* – non presentino elementi strutturali tipici delle pene accessorie»: p. 4, corsivo aggiunto).

⁵³ Cfr. anche per gli essenziali riferimenti E. DOLCINI (agg. A. DELLA BELLA), in *Commentario breve al codice penale*, Padova, 2008⁵, sub art. 19, p. 77, nr. marg. 2.

⁵⁴ Cfr. ad es. G. CERQUETTI, *Spunti problematici sulle metamorfosi della sanzione penale*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 57.

accessorie» ivi previste⁵⁵; orbene, se si considera che le sanzioni ivi menzionate hanno contenuto analogo a quello di sanzioni penali tipiche – precisamente, di quelle irrogabili dal giudice di pace –, si deve concludere che sarebbe contrario al principio di legalità (oltre che problematico sotto il profilo di quello d’uguaglianza) *escludere* queste sanzioni dal novero di quelle propriamente penali, piuttosto che ascriverle a quest’ultime.

Quanto al terzo argomento, relativo – per così dire – all’oggetto materiale su cui incide la sanzione, esso prova troppo, perché porterebbe ad escludere dal novero delle sanzioni penali le misure di sicurezza aventi contenuto patrimoniale ed effetti ablatori: è il caso della confisca. Non a caso, la giurisprudenza ha talvolta apparentato alle sanzioni ablatorie come la confisca lo stesso ordine di demolizione⁵⁶.

Più convincente, e quasi ovvio, sembra infine il secondo argomento. Le pene accessorie conseguono di diritto alla condanna come effetti penali di essa; nel caso dell’ordine di demolizione, come attualmente disciplinato, esso costituisce oggetto di un’apposita statuizione del giudice. Ora, è pur vero che anche in altri casi nei quali sicuramente si tratta di pene accessorie il provvedimento del giudice è necessario, perché alla discrezionalità del giudice è rimessa la stessa irrogazione (es., art. 32, co. 3, c.p.), oppure per determinare le modalità esecutive della sanzione o quantificarla *tout court*; tuttavia, in quei casi il provvedimento del giudice è necessario per concretizzare la conseguenza prevista dalla legge, attivandone in concreto i presupposti applicativi stabiliti in astratto, ma non si identifica con essa. Nel caso dell’ordine di demolizione, invece, è il provvedimento del giudice che rappresenta, e non già semplicemente ‘concretizza’, la conseguenza sanzionatoria.

Come che sia, la soluzione di non ascrivere l’ordine di demolizione alla categoria delle pene accessorie⁵⁷ sembra comunque corretta anche sotto un diverso profilo. Ciò che potrebbe essere revocato in dubbio, in tal caso, è in effetti il carattere intrinsecamente “sanzionatorio-punitivo” del provvedimento. Se, con una tradizione di pensiero,

⁵⁵ Cfr. l’art. 1, co. 1-*bis*, d.l. 26.4.1993, n. 122, conv. in l. 25.6.1993, n. 205.

⁵⁶ Cass., sez. VI, 13.6.1991, Albanese, in *CED Cass.*, rv. 187424; nella giurisprudenza di merito, Pret. Bari, 7.10.1987, in *Foro it.*, 1988, II, c. 263. Quanto alla stessa confisca, non si può trascurare il fatto che la stessa Corte di cassazione ha di recente riconosciuto la natura penale della confisca accessoria al reato di rifiuto di sottoporsi al test alcoolemico *ex art.* 186, co. 7, C.d.S.: Cass. S.U. 25.2.2010, Caligo, in *CED Cass.*, rv. 247042. Cfr. anche Corte cost., sent. n. 196/2010, partic. §§ 3 e 4.

⁵⁷ Stessa conclusione, ad es., in G. CERQUETTI, *Spunti problematici*, cit., p. 59.

si ritiene che le sanzioni punitive siano caratterizzate dal fatto di colpire «il responsabile in un bene diverso da quello offeso, il quale ... non è in alcun rapporto funzionale con quello leso»⁵⁸, è precisamente questo carattere che viene meno nel caso della demolizione, trattandosi di una forma di “riduzione in pristino”, di ricostituzione dell’ordine violato, mediante una vera e propria contro-condotta. Si tratta pur sempre di una sanzione, ma non d’una sanzione “punitiva”: essa rientra invece fra quelle tipicamente ripristinatorie o «restitutorie» – *species* delle sanzioni che seguono alla violazione di un dovere –⁵⁹ consistenti «nel ripristino della situazione giuridica antecedente alla commissione dell’illecito».

Sulla base di quest’impostazione, nel caso in esame verrebbe meno proprio il carattere di afflittività in senso tecnico, pur ferma restando una afflittività in senso generale ed atecnico che ben si confà al carattere della sanzione amministrativa, soltanto in senso lato “punitiva”.

Un’analoga conclusione si impone, su queste basi, per tutti i casi di riduzione in pristino dello stato dei luoghi previsti dalla legislazione di settore⁶⁰.

⁵⁸ T. PADOVANI, *Lectio brevis sulla sanzione*, in F. BUSNELLI - G. SCALFI (a cura di), *Le pene private*, pp. 58-61. Cfr. inoltre, anche se non in termini coincidenti, G. LICCI, *Modelli nel diritto penale*, Torino, 2006, pp. 69, 83, 89 s. (sulla *summa divisio* tra norme ripristinatorie del precetto violato e norme dissuasive della trasgressione); quest’ultimo A. – rivalutando esplicitamente una posizione che è stata senz’altro, fra altri, di Arturo Rocco (*Sul così detto diritto penale amministrativo*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, p. 399), ma anche, pur con presupposti giusfilosofici del tutto differenti, di N. BOBBIO (cfr. di quest’ultimo la voce *Sanzione*, in *Nss. Dig. it.*, XVI, Torino, 1969, pp. 530 ss.) – identifica l’afflittività della sanzione nella sua eterogeneità rispetto alla condotta illecita, ovvero nella parte ipotetica rispetto a quella sanzionatoria della norma giuridica, nel che si ravvisa il concetto di «afflittività» in senso tecnico (di contro all’afflittività intesa in senso generale ed atecnico che ben si confà al carattere della sanzione amministrativa, considerata soltanto in senso lato “punitiva”). Criticamente sulla identità sostanziale fra sanzione penale e sanzione amministrativa non riparatoria, e sul criterio fondato sulla (generica) finalità afflittiva della sanzione amministrativa, cfr. C.E. PALIERO - A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, pp. 90-92 (con riferimento a precedente lavoro dello stesso Licci).

⁵⁹ E dunque da distinguere rispetto a quelle definibili come «reintegratorie», che seguono all’inosservanza di norme ateggiate nella forma di onere e non presuppongono la commissione di alcun illecito: T. PADOVANI, *op. loc. cit.*

⁶⁰ Si tratta di una sanzione prevista in generale, ad es., in tema di violazioni “paesaggistiche”, dall’art. 181, co. 2, Codice dei beni culturali e del paesaggio (d.lgs. n. 42/2004), per il caso di «lavori di qualsiasi genere su beni paesaggistici» eseguiti in assenza di autorizzazione o in difformità da essa («con la sentenza di condanna viene ordinata la rimessione in pristino dello stato dei luoghi a spese del condannato. Copia della sentenza è trasmessa alla regione ed al comune nel cui territorio è stata commessa

Anche in questi casi, i dubbi di qualificazione nascono o perché, pur in assenza di un'indicazione espressa sulla natura della conseguenza sanzionatoria e di altre conseguenze che siano qualificate come pene accessorie, il provvedimento del giudice è qualificato come obbligatorio e dunque dev'essere sempre adottato in caso di condanna; o perché l'adozione del provvedimento non meglio qualificato, rimessa al giudice in termini eventualmente discrezionali, è menzionata accanto ad altre conseguenze espressamente qualificate come pene accessorie (l'appena evocata diversa articolazione delle conseguenze e dei poteri non sembra peraltro cambiare la sostanza della questione).

È appena il caso di precisare che l'esclusione dell'ordine di demolizione e di ogni altra forma di rimessione in pristino dal novero delle sanzioni *intrinsecamente* penali perché *strutturalmente* afflittive nel senso poc'anzi indicato, non significa affatto che l'ordinamento non possa scegliere di configurare formalmente tali provvedimenti come sanzioni penali.

È (anche) questa, in effetti, la qualificazione operata, *de iure condito*, in materia di pesca marittima: la condanna per le contravvenzioni previste dalla legge comporta, fra altre pene accessorie, l'obbligo di rimettere in pristino, entro un termine prestabilito, le zone in cui sono stati costruiti opere o impianti non autorizzati [art. 25, lett. c), l. n. 963/1965 e successive modificazioni]. Va osservato, peraltro, che la stessa pena, ed anzi, le stesse identiche pene sono previste come sanzioni amministrative accessorie per violazioni punite, per l'appunto, come sanzione amministrativa; un meccanismo di speculare corrispondenza che trova un ulteriore esempio, del resto, in quello previsto per gli art. 2621 e 2622 c.c. rispetto ai fatti costituenti illecito amministrativo perché "sotto soglia".

Ed è inoltre questa la strada prescelta *de iure condendo* da un recente progetto di riforma del codice penale, nel senso, per l'appunto,

la violazione»). Si può notare, del resto, come il carattere di contro-condotta volta a garantire l'interesse sostanziale all'integrità del vincolo paesaggistico emerge dalla previsione della stessa rimessione in pristino quale causa speciale di estinzione del reato per il caso in cui venga realizzata prima che venga disposta d'ufficio dall'autorità amministrativa e comunque prima che intervenga la condanna (art. 181, co. 1-*quinquies* in rel. art. 160). Analogamente dispone l'art. 260, d.lgs. n. 152/2006 (Norme in materia ambientale) in caso di condanna per il reato di traffico illecito organizzato di rifiuti: accanto alle pene accessorie, espressamente indicate, l'ultimo comma della citata disposizione prevede che con la sentenza di condanna, anche a pena patteggiata, il giudice «ordina» il ripristino dello stato dell'ambiente e «può» inoltre subordinare all'eliminazione del danno o del pericolo la sospensione condizionale della pena.

di ascrivere la rimessione in pristino ad un *genus* di sanzioni penali di tipo non detentivo: è il caso del Progetto Pisapia (art. 29, lett. *b*) che prevede fra le «pene prescrittive» l'obbligo di ripristino, di bonifica e di messa in sicurezza dei luoghi⁶¹.

2.4. (*Segue*) *Cenno sulla normativa in materia di discriminazione razziale*. – Uno degli esempi più significativi delle aporie di qualificazione delle sanzioni, derivanti dal rifiuto del legislatore di pronunciarsi espressamente sulla natura della conseguenza pregiudizievole stabilita, è la previsione dell'art. 1, co. 1-*bis*, del d.l. n. 122/1993 in tema di discriminazione razziale, etnica e religiosa⁶². La norma fa riferimento a «sanzioni accessorie», senza indicare se si tratti di sanzioni amministrativo o penali. Senz'altro di carattere penale, tuttavia, deve ritenersi almeno la sanzione di cui alla lett. *a*), consistente nella prestazione non retribuita di attività socialmente utili, per il suo carattere sicuramente afflittivo; sanzione della cui legittimità è lecito d'altronde dubitare, per via del contrasto con il divieto di lavoro forzato di cui all'art. 4, co. 2 e 3 CEDU⁶³. Ma anche le altre conseguenze non sembrano potersi con-

⁶¹ Il Progetto Nordio prevede invece come pena «ablativa» la confisca finalizzata, fra l'altro, al ripristino dello stato dei luoghi [art. 54.4.a)]. Su tale Progetto cfr. V. MONGILLO, *La riforma del sistema sanzionatorio penale*, cit., partic. pp. 368 s. (ove il riferimento alla Relazione al progetto, secondo la quale la confisca «ripristinativa» dovrebbe trovare applicazione privilegiata nei reati di cd. delinquenza economica, imprenditoriale, ambientale o nei reati determinati da fini di lucro).

⁶² La disposizione ha il seguente tenore, come risultante dalla conversione in l. n. 205/1993: «Con la sentenza di condanna per uno dei reati previsti dall'articolo 3 della legge 13 ottobre 1975, n. 654, o per uno dei reati previsti dalla legge 9 ottobre 1967, n. 962, il tribunale può altresì disporre una o più delle seguenti sanzioni accessorie:

a) obbligo di prestare un'attività non retribuita a favore della collettività per finalità sociali o di pubblica utilità, secondo le modalità stabilite ai sensi del comma 1-*ter*;

b) obbligo di rientrare nella propria abitazione o in altro luogo di privata dimora entro un'ora determinata e di non uscirne prima di altra ora prefissata, per un periodo non superiore ad un anno;

c) sospensione della patente di guida, del passaporto e di documenti di identificazione validi per l'espatrio per un periodo non superiore ad un anno, nonché divieto di detenzione di armi proprie di ogni genere;

d) divieto di partecipare, in qualsiasi forma, ad attività di propaganda elettorale per le elezioni politiche o amministrative successive alla condanna, e comunque per un periodo non inferiore a tre anni».

⁶³ Cfr. per tutti G. DE FRANCESCO, *Commento all'art. 1, d.l. 26.4.1993 N. 122, in Legisl. pen.*, 1994, partic. pp. 192-200. La stessa conclusione vale, *a fortiori*, per la «sanzione amministrativa accessoria» del lavoro di pubblica utilità che il giudice può irrogare con la sentenza di condanna alla pena della reclusione per delitto colposo

siderare estranee alla “materia penale”, in quanto direttamente restrittive della libertà personale (si pensi ad es. all’obbligo di rientrare nella propria abitazione e restarvi per un tempo individuato) e d’altronde strettamente assimilabili, per contenuto, a sanzioni penali tipiche (rispetto all’esempio appena fatto, si pensi alla sanzione della permanenza domiciliare irrogabile dal giudice di pace). Quanto poi alla sanzione della sospensione della patente di guida (così come, del resto, del passaporto e di ogni altro documento valido per l’espatrio), essa assume in questo caso – diversamente da (o comunque più chiaramente rispetto a) quanto accade in materia di circolazione stradale – una finalità specificamente sanzionatoria del tutto scollata da un diretto collegamento con il fatto: l’abilitazione alla guida non può esibire, di per se stessa, nessun collegamento strumentale o funzionale con la commissione dei reati qualificati dalla finalità di discriminazione vietata dalla legge. La sanzione si traduce, pertanto, nel limitare la libertà di movimento in funzione punitiva che, secondo quanto si vedrà appresso (§ 2.5), costituisce anche per la giurisprudenza un indizio qualificante della natura penale di un determinato effetto della condanna.

2.5. *Un tentativo di razionalizzazione da parte della giurisprudenza; valutazioni critiche.* – Come poc’anzi accennato, la giurisprudenza ha avuto modo di occuparsi in termini generali del problema d’identificare il concetto di conseguenze penali a fronte degli effetti non penali variamente derivanti da una sentenza di condanna⁶⁴. Pur escludendo nel caso concreto la natura di effetto penale della conseguenza pregiudizievole lamentata dal ricorrente, la Corte ha aderito alla nozione lata di «effetti penali», che vi comprende anche rapporti di natura civile o

commesso con violazione delle norme del Codice della strada (art. 224-*bis*, intitolato «obblighi del condannato»); del resto, tale conclusione sarebbe coerente con la natura penale della stessa sanzione, irrogata come pena sostitutiva e disciplinata ai sensi della disciplina delle “sanzioni di pace” (artt. 186, co. 9-*bis* e 187, co. 8-*bis*, C.d.S.).

⁶⁴ Cass. S.U. 20.4.1994, Volpe, ad es. in *Cass. pen.*, 1994, p. 2404; in *Foro it.*, 1995, II, c. 233, relativamente all’esclusione dei condannati per diserzione dai benefici previsti per gli *ex* combattenti (a questa sentenza si riferiscono i brani citati nel testo). Sulla questione specifica (modifica restrittiva dei presupposti soggettivi per godere sia dei benefici già previsti all’entrata in vigore della modifica, sia di quelli eventualmente riconosciuti da leggi successive: art. 11, d.lgs. n. 137/1948) cfr. anche Corte cost., sent. n. 211/1993; la Corte osserva che dalla previsione modificativa non discenderebbe una limitazione della sfera giuridica, prima integra, dei soggetti destinatari, e dunque farebbe difetto il carattere della «afflittività»: «posto che l’attribuzione del beneficio ha funzione di gratificare un merito, il suo mancato riconoscimento non può dunque assumere una valenza anche in senso lato sanzionatorio».

amministrativa «nell'ambito dei quali la legge faccia derivare dalla sentenza di condanna conseguenze di carattere sanzionatorio». Su questa base:

a) non costituisce effetto penale quello che derivi «dal semplice accertamento di un determinato fatto-reato indipendentemente dall'esistenza di una condanna penale»: l'effetto penale può essere conseguenza soltanto di una sentenza irrevocabile di condanna e non di altri provvedimenti che possano determinarlo;

b) l'effetto penale è conseguenza che deriva direttamente dalla sentenza di condanna, secondo il disposto dell'art. 20 c.p., e non da provvedimenti discrezionali della pubblica amministrazione, ancorché aventi come necessario presupposto la sentenza di condanna;

c) deve trattarsi di effetto con carattere specificamente sanzionatorio, desunto dalla «finalità della norma che, prevedendo una determinata conseguenza in senso lato pregiudizievole, può essere stata posta con finalità di "punizione" oppure per la tutela di specifici interessi pubblici nei vari settori dell'ordinamento giuridico».

Quanto al primo criterio, esso sembra in realtà risolversi concettualmente nel secondo: la sentenza di condanna dev'essere, per così dire, titolo diretto ed immediato di produzione dell'effetto penale. E tuttavia, tale criterio – pur in sé corretto dal punto di vista esegetico – potrebbe non essere risolutivo dal punto di vista critico, nel caso di attribuzione all'autorità amministrativa di un potere "sostanzialmente" penale.

A ben vedere, è dunque soltanto il terzo criterio, consistente nella determinazione della finalità della norma, a rivelarsi decisivo. Ma è opportuno osservare che, da questo punto di vista, il criterio identificativo della conseguenza penale viene ad essere ancorato non già a dati formali, bensì ad una valutazione sostanziale in termini di proiezione finalistica della norma rispetto agli interessi tutelati⁶⁵. Si tratta di un as-

⁶⁵ Così, ad esempio, si è ritenuto che la decadenza di diritto da una serie di cariche elettive derivanti da determinate condanne non costituisca effetto penale in quanto la relativa previsione, avendo lo scopo «di assicurare la salvaguardia dell'ordine e della sicurezza pubblica, la tutela della libera determinazione degli organi elettivi, il buon andamento e la trasparenza della pubblica amministrazione», concretizza un giudizio di «indegnità morale» rispetto al quale la condanna penale opera quale «mero presupposto oggettivo»: Corte cost., sent. n. 118/1994. Va precisato che la questione era stata posta alla Corte, fra l'altro, per violazione del principio di irretroattività delle sanzioni, in quanto la causa ostativa alla candidatura e dunque produttiva della decadenza era stata introdotta successivamente alle consultazioni elettorali. Sul punto specifico la Corte osserva che «nella specie si è in presenza della ordinaria operatività im-

sunto che merita di essere sottolineato, perché esso non costituisce invero ‘moneta corrente’ nella cultura penalistica italiana, nella quale il criterio identificativo della pena – almeno, della pena cd. principale – è di carattere tipicamente formale: costituiscono «pene» soltanto quelle conseguenze sanzionatorie espressamente qualificate come tali dalla legge⁶⁶. Il criterio sostanzialistico è invece consustanziale alla logica del *controllo sull’ordinamento* statale esercitato da giurisdizioni internazionali, ed in particolare dalla Corte europea dei diritti umani; è a questo punto che s’impone quel mutamento di prospettiva che si è preannunciato all’inizio di questo lavoro (*retro*, § 1.2).

3. *Identificazione delle pene accessorie e sistema di tutela dei diritti umani: la giurisprudenza della Corte di Strasburgo ed il ruolo della comparazione.* – Proprio il riferimento ad un criterio sostanzialistico suggerisce di verificare, alla luce della Convenzione europea dei diritti umani, la plausibilità delle conclusioni interpretative raggiunte in base al (solo) diritto nazionale ascrivendo tendenzialmente alle sanzioni amministrative tutte le controverse ipotesi di sanzioni accessorie fin qui trattate.

mediata di una legge, e non di retroattività in senso tecnico, con effetti, cioè, *ex tunc*. Questa la *ratio decidendi*, rispetto alla quale l’esclusione della natura di conseguenza penale assume la veste di considerazione incidentale.

⁶⁶ Anche con specifico riferimento alle pene accessorie, che «costituiscono un complesso sanzionatorio largamente comune anche all’ambito amministrativo», T. PADOVANI, *Lectio brevis*, cit., p. 64, precisa che il dato che qualifica la natura penale di una sanzione è «eminentemente formale», aggiungendo però che «al di là di questo dato si prospetta l’esigenza costituzionale che siano trattate come “penali” tutte le sanzioni che comunque incidano sulla libertà personale». Cfr. anche E. MARZADURI, *L’applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell’imputato*, Milano, 1985, p. 60: se è vero che «non ogni limitazione della libertà personale è una vera e propria sanzione penale» (così A. MOLARI, *Appunti in tema di c.d. patteggiamento*, in AA.VV., *La legge 24 novembre 1981, n. 689 «modifiche al sistema penale»: problemi interpretativi*, Roma, 1984, p. 534), «è anche vero che una sanzione limitativa della libertà personale non può che essere una sanzione penale». A questo punto però si tratterebbe di stabilire cosa s’intenda per «limitazione» della, o «incidenza» sulla libertà personale: ad es., Padovani esclude che si tratti di limitazione diretta o indiretta laddove vengano in considerazione misure interdittive, sospensive, confiscatorie: *op. ult. cit.*, p. 65; il che è del tutto coerente con la nozione di libertà personale, in primo luogo, quale “libertà dagli arresti”: cfr. G. AMATO, *Art. 13*, in G. BRANCA (a cura di), *Commentario della Costituzione. Rapporti civili - Art. 13-20*, Bologna-Roma, 1977, p. 4, e soprattutto pp. 30 ss.); proprio su questo aspetto, tuttavia, la giurisprudenza delle Corte EDU o viene a spargliare l’arsenale di concetti comunemente ricevuto in ambito nazionale, o comunque dà per presupposta una nozione lata ed elastica di libertà personale, che non si limita alla sola libertà da coercizione fisica.

Non si tratta d'una digressione per esercizio retorico da accademia, ma di una verifica necessaria, perché – se è sempre più chiaro che la disciplina convenzionale “penetra” nell'ordinamento italiano, imponendo soluzioni conformi al rispetto dei diritti fondamentali –⁶⁷ dev'essere altrettanto chiaro che, nella determinazione della natura, penale o meno, d'una conseguenza giuridica è direttamente coinvolto, innanzi tutto, il principio di legalità, che ha notoriamente un diretto riconoscimento, in particolare, nell'art. 7 della Convenzione. Con la sola avvertenza che, parafrasando quanto Winfried Hassemer ha sostenuto a proposito della «dignità umana»⁶⁸, il riferimento ai diritti umani non può costituire un *deus ex machina* che convalidi deboli ragionamenti e stabilizzi malferme catene argomentative, ma deve intendersi come parte corroborante di un'argomentazione altrimenti fondata.

Come si è già avuto modo di accennare (*supra*, § 1.2), la materia delle pene accessorie sembra essere sfuggita ad un vaglio critico sotto questo punto di vista. Non v'è dubbio che l'interpretazione del diritto interno spetti alle autorità giudiziarie nazionali; alla Corte europea spetta senz'altro, tuttavia, verificare la compatibilità con la Convenzione di una simile attività interpretativa⁶⁹. Ciò equivale ad osservare che, seppure non si possa o non si voglia⁷⁰ affermare un vincolo interpretativo diretto, tuttavia si tratta senz'altro di un vincolo indiretto: la stessa interpretazione operata alla stregua del diritto nazionale dovrebbe orientarsi alla prospettiva di tutela dei diritti previsti nella Con-

⁶⁷ S'intende evocato il titolo del lavoro di M. PISANI, *La «penetrazione» del diritto internazionale nel diritto penale italiano*, in *Ind. pen.*, 1979, pp. 5 ss.

⁶⁸ W. HASSEMER, *Argomentazione con concetti fondamentali. L'esempio della dignità umana*, in *Ars Interpretandi*, 10/2005, pp. 129, 134. Cauto anche F. OST, *Quand l'enfer se pave de bonnes intentions... A propos de la relation ambivalente du droit pénale et des droits de l'homme*, in Y. CARTUYVELS et al. (dir.), *Les droits de l'homme, bouclier ou épée du droit pénal?*, Bruxelles, 2007, pp. 7 ss.

⁶⁹ Cfr. ad es. CEDU, IV sez., 22.7.2003, *Gabbari Moreno c. Espagne*, § 24: «il incombe au premier chef aux autorités nationales, et singulièrement aux cours et tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne ... Pour autant, la Cour [européenne] se doit de vérifier la compatibilité avec la Convention des effets de pareille interprétation».

⁷⁰ La Corte costituzionale italiana è tuttora piuttosto restia ad ammettere un generalizzato obbligo di interpretazione conforme: su questo aspetto cfr. di recente C. PAGOTTO, *op. cit.*, pp. 248 ss. che sottolinea come i giudici di Strasburgo prefigurino invece l'applicazione diretta tramite interpretazione conforme «come effetto proprio e naturale delle norme CEDU» (p. 251; sul fatto che la giurisprudenza ordinaria nazionale non si sia schierata in modo chiaro a favore della disapplicazione di norme interne confliggenti v. anche p. 256 e note di riferimenti).

venzione – a maggior ragione quando, in casi dubbi, l'interprete finisca con l'orientarsi per una soluzione *in malam partem*⁷¹ o comunque meno "garantista". Una simile situazione sembra verificarsi, per l'appunto, a proposito dell'interpretazione dei casi dubbi (anche) in materia di pene accessorie: se, in linea puramente astratta, la sottrazione di determinate conseguenze all'ambito della sfera penale significa una riduzione ermeneutica dell'area del penalmente rilevante, tuttavia – all'atto pratico – tale sottrazione può portare ad escludere indebitamente l'applicazione delle garanzie previste per le regole penali⁷², o comunque finisce con il determinare conseguenze sfavorevoli, senza che queste trovino un fondamento non equivoco in precise disposizioni di legge: ciò che invece è richiesto in base alla garanzia 'minima' dell'art. 7 della Convenzione quando si tratti di misure strutturalmente penali.

Le soluzioni interpretative raggiunte in base al diritto nazionale sono dunque, per così dire, fisiologicamente soggette al sindacato della Corte europea; è opportuno ribadire, dunque, che questo aspetto dovrebbe essere preso programmaticamente in considerazione anche sotto il profilo della legalità della pena.

A questo punto è necessaria, tuttavia, una considerazione preliminare.

3.1. «Provincializing civil law»? *Una premessa concettuale sul sindacato di legalità da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo.* – Come si è appena sottolineato, la Corte europea giudica della compatibilità con i principi convenzionali dell'ordinamento nazionale nel suo complesso, dunque anche con riguardo agli atteggiamenti interpretativi delle sue istituzioni (fra cui i giudici). Questa particolare prospettiva rende ragione del significato e della portata del principio di legalità ai sensi della Convenzione rispetto al significato ed al contenuto di quello previsto negli ordinamenti nazionali. Che differenze vi siano, è

⁷¹ Si pensi all'infelice rinvio *quoad poenam* dell'art. 12-*sexies*, l. n. 898/1987, alla pena prevista dall'art. 570 c.p., che la giurisprudenza, tenuto conto che l'art. 570 prevede differenti cornici edittali, con orientamento assolutamente uniforme intende riferito alla più grave cornice edittale dell'art. 570 cpv.

⁷² Cfr. già, lucidamente, F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza*, Padova, 1979, p. 191 (ma si veda l'intero cap. IV, in particolare, a parte le sanzioni «ontologicamente criminali», l'A. sottolinea che la natura criminale di una sanzione «è accertabile solo in base alla concreta disciplina che l'accompagna», e tuttavia è «insopprimibile» anche una valutazione in termini di contenuto della sanzione: pp. 216 s.; quanto alle sanzioni interdittive, cfr. soprattutto pp. 224 ss. e partic. 227 s.); nonché E. DOLCINI, «*Depenalizzazione*» e *tipologia delle sanzioni*, in *Temì*, 1977, p. 392.

cosa nota da tempo: come spiegava già Mario Chiavario «sarebbe ... un errore il ritenere che, nel quadro dell'art. 7 della Convenzione di Roma, il "principio di legalità dei delitti e delle pene" abbia un significato sostanziale identico a quello che ad esso risulta attribuibile in base alla corrispondente disciplina dell'ordinamento interno italiano»⁷³.

Non sembra trattarsi tuttavia – o non sembra trattarsi soltanto – d'una differenza di contenuto. Diversa è, più radicalmente, la *funzione* del principio di legalità nella Convenzione rispetto a quella che il principio così denominato espleta negli ordinamenti nazionali. Il principio di legalità nazionale, quale norma sulle fonti, ha la funzione di definire le regole in base alle quali, in primo luogo, l'ordinamento opera la selezione primaria fra lecito ed illecito (e poi in base alle quali definisce i criteri oggettivi e soggettivi d'imputazione); il principio di legalità nella prospettiva della Convenzione non esprime invece una regola sulle fonti ma, diversamente, costituisce parametro di controllo del rispetto dei diritti coinvolti dalla scelta compiuta in ambito nazionale⁷⁴.

Se è chiara la diversa funzione che il principio di legalità svolge nella prospettiva nazionale ed in quella convenzionale, appaiono fuorvianti sia le perplessità talvolta affermate in dottrina in ordine alla più

⁷³ M. CHIAVARIO, *op. cit.*, p. 85. L'A. richiama inoltre, ed in particolare, il ruolo di «norma-guida per l'interpretazione della legge penale» giocato dall'art. 7.

⁷⁴ Per questo è perfettamente chiaro che non limiti la legge parlamentare la qualità di fonte del diritto, ed anzi la Corte richiami il ruolo costitutivo della giurisprudenza, anche nei sistemi tradizionalmente denominati di *civil law*: «la jurisprudence, en tant que source du droit, contribue nécessairement à l'évolution progressive du droit pénal»: così, ad es., CEDU, 20.1.2009, *Sud Fondi srl et autres c. Italie*, § 108 (corsivo aggiunto). È un'impostazione (per la quale cfr. già, in particolare, CEDU, 25.4.1979, *Sunday Times v. United Kingdom*, §§ 46 ss.; CEDU, 15.11.1996, *Cantoni v. France*, § 29; v. anche, recentemente, Cass. S.U. 21.1.2010, Beschi, in *CED Cass.*, rv. 246651) che non può certo stupire né risuonare nuova; ci si limita qui a ricordare quanto scriveva nel fascicolo inaugurale della «*Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*» K. BINDING, *Strafgesetzgebung, Strafrecht und Strafrechtswissenschaft in normalem Verhältnis zu einander*, in *ZStW*, 1881, pp. 4 ss., partic. pp. 14 s.: la decisione del giudice è un «atto di creatività legislativa» («ein Akt gesetzgeberischer Tätigkeit»); ed argomentava: «se si riflette sul fatto che ogni decisione giudiziaria è enucleazione [*Auslegung*] della legge, sia pure soltanto per il singolo caso, che il giudice mediante la propria decisione produce doveri che prima non esistevano, che egli sembra chiamato a tradurre in volontà giuridica determinata ciò che il legislatore ha lasciato intenzionalmente o involontariamente indeterminato, allora non si possono nutrire dubbi sul fatto che la decisione giudiziale si presenta come *lex specialis*. Per questo il potere giudiziario non è fondamentalmente diverso dal potere che pone la legge: il giudice è il rappresentante in carne e ossa del legislatore ...; è il suo plenipotenziario, non semplicemente la "bocca della legge"» (trad. nostra).

limitata estensione del secondo rispetto primo; sia alcune frettolose deduzioni giurisprudenziali, come quelle della *Court d'Arbitrage* belga, nel senso dell'ammissibilità nel diritto interno – argomentata paradossalmente proprio alla stregua dei criteri della Convenzione – di un'attenuazione di quello specifico corollario della legalità rappresentato dal principio di determinatezza, con contestuale (auto)legittimazione del giudice nella sua funzione di riempimento delle nozioni vaghe («*floues*»)⁷⁵.

Quanto ai dubbi dottrinali, sono stati avanzati, ad esempio, sotto il profilo delle fonti legittimate ad esser tali nella materia penale⁷⁶, dato che l'art. 7, prendendo atto delle diversità esistenti nei singoli sistemi nazionali, ammette senz'altro che norme penali possano essere contenute in atti diversi dalla legge parlamentare⁷⁷ – ciò che accade di

⁷⁵ Court d'Arbitrage, 11.5.2005, n. 92/2005, B 3.2. (trovo il riferimento in E. CLAES, *La légalité criminelle au regard des droits de l'homme et du respect de la dignité humaine*, in Y. Cartuyvels et al. (dir.), *op. cit.*, pp. 216 ss., e in particolare pp. 219 ss. per i rilievi critici sulla «sorprendente» ispirazione della Corte belga alla giurisprudenza della CEDU ed un tentativo di reinterpretazione di quest'ultima nel contesto della tensione tra i valori della sicurezza giuridica e, come si ama dire nel mondo francofono, la «*texture ouverte*» – «inevitabile» – delle norme giuridiche; da noi cfr. di recente Corte cost., sent. n. 282/2010, in tema di determinatezza del reato di violazione di misure di prevenzione). Il lavoro di Claes ragiona essenzialmente sul significato di *lex certa*, enucleando direttive di formulazione ed interpretazione delle norme penali, in termini coerenti con la CEDU (pp. 226-229); affronta dunque la questione secondo un'impostazione diversa rispetto a quella suggerita dalle osservazioni qui condotte.

⁷⁶ Cfr. R. KOERING-JOULIN, *Pour un retour à une interprétation stricte... du principe de la légalité criminelle (À propos de l'article 7, 1° de la Convention européenne des droits de l'homme)*, in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruxelles-Paris, 1995, pp. 247 ss. (p. 249: «... c'est cette légalité extensive, intégrant en son sein l'interprétation et même le "finissage" de la loi par les tribunaux que consacrent les instances de Strasbourg»); A. BERNARDI, *Art. 7, cit.*, p. 251; v. comunque, criticamente rispetto all'idea che l'art. 7 garantisca soltanto un minimo comune denominatore di tutela, A. BERNARDI - F. PALAZZO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1988, p. 35; si veda anche F. CONSULICH, *op. cit.*, p. 69. Si veda infine L. PETTOELLO MANTOVANI, *Convenzione europea e principio di legalità*, in *Studi in memoria di Pietro Nuvolone*, I, Milano, 1991, pp. 497 ss. Il fraintendimento può non concernere, peraltro, il solo aspetto delle fonti, ma, ad es., anche la valutazione della rilevanza del criterio della "caratterizzazione legislativa" al fine di determinare il carattere penale o meno della misura: è un fraintendimento che attraversa un po' tutto il (pur interessante) lavoro di comparazione fra ordinamento statunitense e sistema della Convenzione EDU realizzato da S. ATRILL, *Nulla Poena Sine Lege in comparative perspective: retrospectivity under the ECHR and US Constitution*, in *Public Law*, 2005, Spr., pp. 107 ss. (con particolare evidenza ad es. a pp. 112-113).

⁷⁷ Possono essere prese in considerazione fonti scritte di carattere primario (leggi, «*statute law*»), ma anche non di rango "primario" («*secondary legislation*»), re-

norma, innanzi tutto anche se non esclusivamente, nei sistemi di *common law*⁷⁸.

Sia rispetto a queste perplessità, sia rispetto all'applicazione giurisprudenziale appena menzionata – che fa del giudice un “ufficiale di complemento” del legislatore, in funzione di collegamento con la realtà delle cose che quest'ultimo non riesca ad incapsulare in una formula legislativa decente – si deve opporre una duplice considerazione.

Per un verso, come pure già sottolineato in dottrina⁷⁹, le disposizioni della Convenzione non pregiudicano ulteriori e più ampie garanzie previste dagli ordinamenti interni: in tal senso, l'attuale art. 53 CEDU stabilisce che «nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possono essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi».

Ma, per altro verso, è in realtà concettualmente improprio comparare il contenuto dell'uno e dell'altro principio come se entrambi fossero destinati ad operare nella logica della selezione primaria: come si è detto, dal punto di vista del diritto nazionale la legalità esprime una regola sulla produzione di norme (sulle fonti idonee ad operare la selezione del penalmente rilevante); dal punto di vista della Convenzione, essa esprime *una regola di giudizio* (sugli effetti delle scelte nazionali).

È in questo senso che dev'essere propriamente intesa la comune affermazione secondo la quale la CEDU adotta una visione “funzionale” della legalità: non si tratta soltanto di superare le tradizionali de-

gole della comunità europea, persino regole di ordini od organi professionali («*professional bodies*»); nonché tra le fonti non scritte innanzi tutto il *common law* (purché identificabile, «*ascertainable*») e le interpretazioni giurisprudenziali (anche nei Paesi di *civil law*). Sono escluse soltanto circolari destinate all'amministrazione che non abbiano carattere almeno regolamentare («*non statutory guidance to the executive*»).

⁷⁸ È il senso evocato dall'intitolazione del corrente paragrafo, la quale parafrasa il titolo del volume di D. CHAKRABARTY, *Provincializing Europe. Postcolonial Thought and Historical Difference*, Princeton and Oxford, 2000. Per un'equilibrata discussione di una prospettiva non dissimile, espressa dall'Unione Africana con specifico riferimento all'attività della Corte criminale internazionale, v. C.C. JALLOH, *Universal Jurisdiction, Universal Prescription? A preliminary Assessment of the African Union Perspective on Universal Jurisdiction*, in *Crim. Law Forum*, 2010, pp. 1 ss. (partic. pp. 14 s., 49 ss., 55-65); inoltre E. ORRÙ, *Il tribunale del mondo. La giustificazione del diritto penale internazionale - Analisi, critica, alternative*, Bologna, 2010, pp. 95-99, 119-121.

⁷⁹ M. CHIAVARIO, *La Convenzione*, cit., pp. 124 ss., 126.

finizioni nominalistiche o formali del diritto penale e del reato, le quali «seppure funzionali in ambito nazionale, possono rivelarsi inadeguate in ambito europeo, dove emerge invece ... l'esigenza di elaborare, almeno a fini garantistici, nozioni di "diritto penale" e di "materia penale" di tipo, appunto, meno formale e più sostanziale»⁸⁰. Quest'affermazione è bensì corretta, ma dev'essere chiaramente esplicitato che il riferimento ad una nozione (meglio, ad una prospettiva) sostanziale di "materia penale" è necessario, precisamente, perché imposto dal tipo di giudizio operato dalla Corte: è la prospettiva effettuale – il controllo sull'effettivo rispetto dei diritti – che plasma il significato del principio di legalità, indipendentemente dalla fisionomia della fonte. Diverso è il giudizio (non selezione di comportamenti ma controllo sul rispetto dei diritti), diverso il suo parametro (legalità in senso effettuale o funzionale anziché legalità formale).

Su questa base, ad evitare equivoci, piuttosto che di nozione "sostanziale" sarebbe forse più corretto parlare di nozione "effettuale" della materia penale.

In altri termini, ricorrendo ad una perspicua distinzione concettuale⁸¹ (e un po' manipolandola), il principio di legalità dal punto di vista dell'ordinamento nazionale attiene al piano della cd. legalità «offerta»; ma, dal punto di vista del controllo spettante alla Corte europea, ciò che conta non è affatto ciò ch'è offerto e dunque rimane astratto, formale, declamatorio, bensì «al di là delle apparenze»⁸² la legalità «raggiunta», e cioè l'effettiva tutela che l'ordinamento nel suo complesso offre ai diritti pregiudicati dall'esercizio (o, si noti, dal mancato esercizio)⁸³ della potestà punitiva statale: lo Stato è chiamato

⁸⁰ Così E. NICOSIA, *op. cit.*, p. 40. Neppure sembra corretto affermare che il riferimento alla nozione sostanziale si riscontrerebbe nel sistema della Convenzione europea in quanto sistema comparativamente meno evoluto rispetto a quelli nazionali: così invece F. CONSULICH, *op. cit.*, p. 69, il quale peraltro riconosce che la definizione sostanziale ha la «capacità di rendersi autonoma dalle definizioni legislative» nazionali (p. 73).

⁸¹ T. PADOVANI, *Il crepuscolo della legalità nel processo penale. Riflessioni antistoriche sulle dimensioni processuali della legalità penale*, in *Ind. pen.*, 1999, pp. 527 ss., 531 («il principio di legalità presiede, per così dire, all'epilogo del processo, al suo momento decisivo finale») e 535 (sulla coppia concettuale legalità «offerta» e «raggiunta»).

⁸² «To render the protection offered by Article 7 effective, the Court must remain free to go behind appearances»: ad es., CEDU, 9.2.1995, *Welch v. The United Kingdom*, § 27.

⁸³ Cfr. ad es. F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione*, cit., pp. 60-67; v. anche ad es., nella dottrina francese, F. MASSIAS, *Pénaliser: une obligation positive*

dunque a rispondere davanti alla giurisdizione internazionale «o per troppo o per poco di vigore» – direbbe il Poeta.

3.2. *Concetto di «penalty» nella giurisprudenza di Strasburgo.* – Sulla base di quanto sinora osservato, è plausibile a questo punto tentare una verifica, alla luce del sistema della Convenzione, delle soluzioni acquisite in dottrina e giurisprudenza sul tema che ci occupa.

3.2.1. *I criteri generali.* – Secondo giurisprudenza consolidata della Corte EDU, il concetto di sanzione penale – definito in base a criteri esattamente speculari a quelli utilizzati per individuare la natura di una *criminal offence* –⁸⁴ è, innanzi tutto, «autonomo». Ciò significa che gli Stati sono liberi di stabilire ciò che costituisce offesa penalmente rilevante, e la relativa pena, ma la Corte non è vincolata alla qualificazione operata in base al diritto nazionale (*domestic classification*). Precisamente, si applica il ben noto triplice test canonizzato dalla sentenza Engel⁸⁵, con l'avvertenza, pure esplicitata in quella sentenza, che l'autonomia opera «a senso unico» (*one way only*). Si tratta d'una precisazione fondamentale, perché con essa si afferma che, se gli Stati sono liberi di definire come reato un'azione od omissione che non costituisca il normale esercizio di un diritto riconosciuto dalla Convenzione, non è vero il reciproco: nel senso che la scelta di *non* qualificare un fatto come *criminal offence* non costituisce oggetto di una libera scelta sovrana⁸⁶.

Al fine di stabilire se una sanzione abbia carattere penale, cioè costituisca «*penalty*» agli effetti del sistema Convenzionale ed in particolare del controllo di legalità da parte della Corte, è necessario determinare⁸⁷: a) se la misura in discussione è imposta a seguito di condanna per una «*criminal offence*», e «dipende» proprio da questa connessione

très circonscrite, in *Les droits et le droit. Mélanges dédiés à Bernard Bouloc*, Paris, 2007, pp. 745 ss., che sottolinea comunque il carattere circoscritto di questi obblighi e la preferenza della stessa Corte EDU per altri tipi di sanzioni, appartenenti al «*réseau civil ou administratif*» (pp. 758 ss., 769).

⁸⁴ In Italia su questo aspetto cfr. tuttora soprattutto C.E. PALIERO, 'Materia penale' e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo: una questione 'classica' a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 894 ss.; nonché C.E. PALIERO - A. TRAVI, *op. cit.*, pp. 152 ss. Dal punto di vista teorico generale è sempre fondamentale F. PALAZZO, *op. cit.*, pp. 190 s.

⁸⁵ CEDU (plen.), 8.6.1976, *Engel and Others v. The Netherlands*, §§ 81 ss.

⁸⁶ CEDU (plen.), 8.6.1976, *Engel and Others v. The Netherlands*, § 81.

⁸⁷ CEDU, 9.2.1995, *Welch v. The United Kingdom*, §§ 28 s.

con il reato; *b*) la sua qualificazione in base al diritto nazionale; *c*) la natura e la finalità della misura; *d*) le procedure di emanazione ed esecuzione di essa (ad es., se siano avviate da un'autorità pubblica con poteri normativamente riconosciuti di *enforcement*)⁸⁸; *e*) la sua gravità.

Come si è accennato, questi criteri richiamano a loro volta quelli che la CEDU ha da tempo individuato in astratto al fine di determinare quando la violazione costituisca offesa pertinente alla “materia penale”⁸⁹. In proposito, si ricorderà come i criteri del “test Engel” siano essenzialmente tre, successivamente sempre confermati e ulteriormente specificati dalla giurisprudenza di Strasburgo:

i) la *domestic classification*, che peraltro costituisce soltanto un punto di partenza, ed ha dunque valore soltanto formale e relativo: ciò è perfettamente comprensibile, poiché, nella logica del controllo di effettività, la qualifica formale può prestarsi ad una truffa delle etichette e i giudici di Strasburgo, come si è detto, devono «andare al di là delle apparenze»⁹⁰. In proposito, la Corte aggiunge un rilievo di metodo, non sempre colto adeguatamente nella dottrina italiana: la stessa classificazione di diritto interno dev'essere comunque considerata alla luce del diritto comparato, precisamente «alla luce del denominatore comune della relativa legislazione nei vari Stati contraenti»⁹¹. Su questa base, *la comparazione* – mezzo di ricerca di un «denominatore comune» fra gli ordinamenti degli Stati-Parte – *assume valore costitutivo dell'interpretazione dello stesso diritto nazionale*⁹². È inevitabile osservare che da questo assunto, pur se ri-

⁸⁸ CEDU, 10.6.1996, *Benham v. The United Kingdom*, § 66.

⁸⁹ Per una chiara esposizione cfr. per tutti F. CONSULICH, *op. cit.*, pp. 74 ss. Cfr. anche, nel contesto di una più ampia riflessione sui principi costituzionali e la «materia» penale, E.R. BELFIORE, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milano, 2005, pp. 203-206 e 242-257.

⁹⁰ Ad es., CEDU, 9.2.1995, *Welch v. The United Kingdom*, loc. ult. cit.; CEDU, 22.5.1984, *Duinhof and Duijff v. The Netherlands*, § 34; CEDU, 24.6.1982, *Van Droogenbroeck v. Belgium*, § 38.

⁹¹ CEDU (plen.), 8.6.1976, *Engel and Others v. The Netherlands*, § 82: «must be examined in the light of the common denominator of the respective legislation of the various Contracting States».

⁹² Ad es., CEDU, 21.2.1984, *Öztürk*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 894 ss., § 53 (p. 908 s.). Sul ruolo della comparazione nella giurisprudenza costituzionale si veda comunque V. ZENO-ZENCOVICH, *Il contributo storico-comparatistico nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana: una ricerca sul nulla?*, in *Diritto pubblico comp. europ.*, 2005, pp. 1993 ss., 2015 ss. Dal punto di vista della “teoria generale” della comparazione (dei presupposti epistemologici della comparazione specificamente giuridica), nell'ambito della quale è in corso una serrata discussione fra comparatisti – semplificando – “tradizionali(sti)” e “postmoderni” cfr. di recente M.-C. PONTTHOREAU, *L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique*, in P. LEGRAND

ferito agli strumenti di controllo da parte della Corte, possono derivare (anzi, sono già derivate) conseguenze sul metodo interpretativo per gli stessi giudici nazionali: tanto che è stato efficacemente tematizzato un radicale cambiamento della «ragione giudiziaria»⁹³. Su quest'ultimo aspetto si avrà modo di tornare (§ 3.2.2).

ii) Centrale importanza è attribuita alla natura in sé (*the very nature*) della sanzione ed alla sua finalità (*purpose*)⁹⁴. Se essa ha natura essenzialmente «riparatoria» e «preventiva», non si tratta di sanzione penale ai sensi della «legalità convenzionale»⁹⁵; se la misura ha invece carattere punitivo od *anche* punitivo, essa dev'essere ascritta al concetto di sanzione penale. Il controllo esercitato dalla Corte è, su queste basi, particolarmente penetrante, sia per il tipo di sindacato, sia per le sue modalità, poiché prende in considerazione, ad esempio, anche il modo con il quale la sanzione è irrogata nella prassi, salvo considerare decisivo il

(dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, 2009, pp. 537 ss. (partic. pp. 539 ss. e nt. 6 per la distinzione di comodo fra le due 'scuole'; per un accenno a questo aspetto, tra le voci della 'scuola' di opposta sponda sia sufficiente rinviare a B. MARKESINIS - J. FEDTKE, *Engaging with Foreign Law*, Oxford and Portland, Oregon, 2009, pp. VI, 1, pp. 53-70, sulla feroce polemica tra posizione «liberal» e tesi degli «originalists» (il cui più autorevole rappresentante è il giudice Antonin Scalia) circa il ruolo della comparazione nella giurisprudenza costituzionale degli Stati Uniti). Cfr. anche B. MARKESINIS - J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, cit., pp. 21 ss., 219 ss. nonché *ivi*, i saggi contenuti nella Parte II. Cfr. anche *retro*, nota 4.

⁹³ J. ALLARD - A. GARAPON, *La mondializzazione dei giudici*, cit., pp. 65 ss. Si veda anche P. LEGRAND, *La comparaison des droits expliquée à mes étudiants*, in P. Legrand (dir.), *Comparer les droits, résolument*, Paris, 2009, *passim* e partic. p. 212, sul valore «normativo» del riferimento al diritto straniero, non come «obbligatorio» ma come «persuasivo».

⁹⁴ CEDU, 9.2.1995, *Welch v. The United Kingdom*, § 30; CEDU, III sez., 24.11.1998, *Irving Brown against The United Kingdom* (decisione sull'ammissibilità), § 1. Sottolinea questo aspetto C.E. PALIERO, 'Materia penale', cit., p. 917; si noti che questa prospettiva "materiale" è diversa sia da quella volta ad individuare il precetto penale – *versus* il precetto amministrativo – mediante il riferimento assiologico al bene giuridico rispettivamente tutelato, sia da quella che individuava la sanzione amministrativa in base al criterio – anch'esso definito "funzionale" – consistente nel fatto che l'«applicazione costituisse esercizio di una funzione amministrativa» (prospettive sulle quali cfr. i rilievi critici di C.E. PALIERO - A. TRAVI, *op. cit.*, rispettivam. pp. 9 ss. e 15 ss.). Non è forse inutile rammentare che secondo N. BOBBIO, voce *Sanzione*, cit., 537, l'unico punto di vista idoneo ad illustrare il concetto di sanzione è quello «funzionale»: «l'unico modo per intendere che cosa significhi "sanzione" è di rispondere alla domanda "A che cosa serve?", cioè di cercar di capire quale sia la sua funzione». E che le norme penali potevano apparire allo studioso (p. 538) come le uniche norme giuridiche per le quali potesse valere l'identificazione kelseniana della norma in una «coazione» diretta (una sanzione che consiste esclusivamente nell'uso della forza); cfr. H. KELSEN, *La dottrina pura del diritto*, tr. it., Torino, 1966, pp. 45 ss.

⁹⁵ CEDU, 9.2.1995, *Welch v. The United Kingdom*, § 25.

contesto normativo complessivamente considerato⁹⁶. La Corte si riserva programmaticamente questo tipo di sindacato; in effetti, anche a prescindere dalla specifica disposizione dell'art. 7, al fine di applicare le norme convenzionali può a volte essere estremamente difficile stabilire in astratto se una misura abbia o meno una certa natura (ad es., di privazione o semplice restrizione della libertà personale *ex art. 5*); devono allora essere verificate le modalità concrete della sua esecuzione, e soltanto queste sono reale oggetto di scrutinio da parte della Corte⁹⁷.

iii) Da prendere in considerazione, anche se meno rilevante e comunque non decisivo, è il grado di severità della sanzione⁹⁸, che potrebbe riportare alla materia penale anche offese non aventi formalmente quel carattere⁹⁹.

Oltre a ciò, la Corte ha indicato la necessità di tener presenti ulteriori indizi, quali la circostanza che l'irrogazione della sanzione sia dipendente o meno dall'accertamento della colpevolezza (trattandosi di

⁹⁶ CEDU, 9.2.1995, *Welch v. The United Kingdom*, § 31. Premesso che nel caso di specie si trattava di provvedimenti di confisca, la Corte osserva che «confiscation orders have been characterised in some United Kingdom court decisions as constituting “penalties” and, in others, as pursuing the aim of reparation as opposed to punishment ... Although on balance these statements point more in the direction of a confiscation order being a punitive measure, the Court does not consider them to be of much assistance since they were not directed at the point at issue under Article 7 but rather made in the course of examination of associated questions of domestic law and procedure ...». Ciò considerato, una serie di elementi della disciplina stabilita (es., la presunzione di provenienza illecita degli elementi del patrimonio, la possibilità per il giudice, nel determinare l'importo delle somme da confiscare, di tener conto della colpevolezza dell'imputato, nonché la possibilità di imprigionamento nel caso di mancato pagamento della somma) «are all elements which, when considered together, provide a strong indication of, inter alia, a regime of punishment» (§ 34). Si veda ora anche Cass. S.U. 25.2.2010, cit.

⁹⁷ Cfr. ad es. CEDU (plen.), 6.11.1980, *Guzzardi v. Italy*, §§ 88, 93 s.: «The difference between deprivation of and restriction upon liberty is ... merely one of degree or intensity, and not one of nature or substance ... the Court cannot avoid making the selection upon which the applicability or inapplicability of Article 5 ... depends»; in simili casi di incertezza, poiché non si può escludere in astratto che la misura possa produrre effetti di privazione della libertà, «the manner of implementation is the sole issue that falls to be considered».

⁹⁸ Sul carattere equivoco di questo criterio cfr. anche C.E. PALIERO, *'Materia penale'*, cit., p. 919, il quale sottolinea come esso sia «il meno affidabile dei tre e sembra poter venire in considerazione solo come elemento *sussidiario* di giudizio, rispetto alle figure di illecito più tenacemente ambigue» (corsivo in originale).

⁹⁹ CEDU, III sez., 24.11.1998, *Irving Brown against The United Kingdom* (decisione sull'ammissibilità), § 1: «...notwithstanding the non-criminal character of the proscribed misconduct, the nature and degree of severity of the penalty that the person concerned risked incurring ... may bring the matter into the “criminal” sphere».

sanzione penale, di massima, in caso affermativo)¹⁰⁰; la previsione di un casellario¹⁰¹; e soprattutto, come accennato in precedenza, la considerazione di come le sanzioni siano classificate in altri Stati membri.

È appena il caso di rilevare che, proprio nella prospettiva del controllo in funzione di tutela dei diritti, è possibile che, pur non riconoscendosi natura penale a determinate conseguenze pregiudizievoli e, conseguentemente, dovendosi escludere la violazione dell'art. 7 CEDU, sia però ravvisata la violazione di altri principi stabiliti dalla Convenzione a tutela della libertà personale: come, ad es., a proposito della misura di prevenzione della sorveglianza speciale¹⁰².

3.2.2. (*Segue*) *In particolare, il contributo della comparazione.* – Come poc'anzi accennato, al fine di stabilire il concetto di “penalità” in modo conforme allo scopo dell'art. 7 CEDU, è necessario prendere in considerazione a fini interpretativi la legislazione di altri Stati-Parte. L'attività ermeneutica si riempie d'una prospettiva comparatistica; si tratta di un modulo argomentativo sensibilmente più complesso, e tuttavia ormai ben attestato ad esempio, come si vedrà, presso le corti inglesi. La dottrina comparatistica, del resto, sollecita vivamente ad interpretare i casi dubbi con ricorso al diritto straniero, soprattutto quando il diritto nazionale sia poco chiaro, insoddisfacente o contraddittorio, dunque innanzi tutto in funzione di orientamento dell'interpretazione e supporto delle argomentazioni¹⁰³.

Non si procederà per il momento ad un esercizio di verifica, caso per caso, se le soluzioni giurisprudenziali acquisite nell'ordinamento interno in relazione ai singoli casi dubbi siano congrue con i parametri

¹⁰⁰ CEDU, 10.6.1996, *Benham v. United Kingdom*, § 66.

¹⁰¹ Cfr. ad es. CEDU, 23.3.1994, *Ravnsborg v. Sweden*, § 38; cfr. peraltro la decisione della Commissione EDU, 21.10.1998, *Ibbotson v. The United Kingdom*, in relazione all'obbligo di registrazione presso la Polizia di chi abbia precedenti per reati sessuali (carattere non penale), la cui violazione comporterebbe la privazione della libertà personale fino a sei mesi, o una sanzione pecuniaria (*fine*).

¹⁰² CEDU (plen.), 6.11.1980, *Guzzardi v. Italy*, §§ 99-102, che ha ritenuto la violazione dell'art. 5, co. 1, in relazione alla misura della sorveglianza speciale.

¹⁰³ Cfr., sia pure da punti di vista opposti quanto a modo di concepire la comparazione ed i suoi metodi, M.-C. PONTTHOREAU, *L'argument fondé sur la comparaison dans le raisonnement juridique*, in P. Legrand (dir.), *op. cit.*, p. 556; B. MARKESINIS - J. FEDTKE, *Engaging with Foreign Law*, cit., p. 43, dove si afferma la possibilità di «plasmare» il diritto nazionale oscuro, insoddisfacente o contraddittorio, «modellandolo» mediante il riferimento al diritto straniero. Cfr. anche B. MARKESINIS - J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, cit., partic. pp. 174 ss.

stabiliti dalla Corte di Strasburgo [*infra*, § 3.3]. Interessa qui, piuttosto, sottolineare il problema di metodo. Quand'anche si voglia considerare indiscutibile la scelta operata dal legislatore, dal punto di vista dell'ordinamento interno, essa non sembra chiudere del tutto ogni possibile rilevanza del problema della qualificazione della sanzione: se si assume un punto di vista esterno al diritto nazionale, la questione può apparire sotto una luce diversa.

A) Quanto alla sanzione della sospensione della patente di guida, ad esempio, è interessante osservare come l'ordinamento spagnolo consideri la privazione del diritto a condurre veicoli a motore o ciclomotori come vera e propria pena (del tipo di quelle, per l'appunto, private di diritti), sia essa comminata come principale – secondo una gerarchia di gravità stabilita in funzione della durata dell'interdizione [art. 33, co. 2, lett. e) e co. 3 lett. d), c.p.] – sia essa comminata come accessoria (art. 47); e preveda, su questa base, addirittura fra le «pene gravi» l'interdizione di durata superiore ad otto anni¹⁰⁴.

Pure nell'ordinamento francese rientrano fra le pene (correzionali e contravvenzionali, talora come sostitutive, talora – come in materia contravvenzionale – come complementari e cioè aggiuntive)¹⁰⁵ talune misure che variamente incidono sul titolo alla guida o in generale sul diritto alla guida, «l'un des droits les plus sacrés de l'homme moderne: celui de conduire un véhicule»¹⁰⁶: dalla sospensione della patente all'interdizione della guida di determinati veicoli, alla revoca della patente unita all'impossibilità per un certo tempo di chiedere un nuovo rilascio, all'immobilizzazione di veicoli del condannato¹⁰⁷.

¹⁰⁴ Per le classificazioni del sistema delle pene nell'ordinamento spagnolo cfr. di recente A. MENGHINI, *Le sanzioni*, cit., pp. 190 ss., 212. Cfr. comunque, ad es., G. QUINTERO OLIVARES (con la collab. di F. Morales Prats), *Parte General del Derecho Penal*, Pamplona, 2007, pp. 662 ss. (e, per valutazioni politico-criminali sull'utilizzazione di una pena come principale od accessoria, pp. 677 s.).

¹⁰⁵ Sul significato di queste distinzioni cfr. F. DESPORTES - F. LE GUNEHEC, *Droit pénal général*, Paris, 2008¹⁵, pp. 714 s.

¹⁰⁶ F. DESPORTES - F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, p. 732.

¹⁰⁷ In lingua italiana cfr. ancora A. MENGHINI, *Le sanzioni*, cit., p. 218 s. Cfr. comunque, per tutti, F. DESPORTES - F. LE GUNEHEC, *op. cit.*, pp. 731 ss. Per un'informazione sulle vicende relative alla sospensione del *permis de conduire* (di competenza prefettizia) rispetto alle previsioni della CEDU, cfr. P. COUVROT, *Les infractions routières et la Convention européenne des droits de l'homme*, in *Mélanges offerts à Georges Levasseur. Droit pénal - Droit européen*, Paris, 1992, partic. pp. 190 ss. (posto che nessuno dubita che la sospensione sia di natura penale, si trattava di stabilire se il prefetto fosse un organo giurisdizionale ai sensi dell'art. 6 della Convenzione).

Quanto all'ordinamento tedesco, è classificato come pena accessoria (*Nebenstrafe*) il divieto di circolazione con veicoli¹⁰⁸, di cui anzi taluno ha proposto la previsione *de iure condendo* a titolo di pena principale «poiché la facoltà di prender parte in qualunque momento alla circolazione stradale appartiene oggi, per molti, ai tipici simboli della libertà individuale»¹⁰⁹. Va ricordato, d'altra parte, che il codice tedesco formalmente esclude dal novero delle pene la revoca della patente¹¹⁰. Quanto però a quest'ultima sanzione, la cui caratteristica è quella di non presupporre un accertamento di colpevolezza – analogamente a quanto accade per tutte le altre *Maßregeln der Besserung und Sicherung*, e cioè per quel genere di sanzioni cui appartiene la revoca –¹¹¹, si tratta di una misura tanto privilegiata ed irrinunciabile nella prassi per via della dimostrata efficacia generalpreventiva e specialpreventiva, quanto controversa circa la sua natura giuridica, tanto che si è autorevolmente parlato di truffa delle etichette¹¹². Un giudizio, questo, riba-

¹⁰⁸ Si tratta del c.d. *Fahrverbot* (§ 44 *StGB*), previsto nei confronti di chi sia stato condannato a pena privativa della libertà personale o a pena pecuniaria per un reato commesso alla guida od in occasione della guida di un veicolo a motore, o con violazione dei doveri di conducente. V. ora T. GEIGER, *op. cit.*, 2006, pp. 241 ss.

¹⁰⁹ Cfr. H. SCHÖCH, *Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug? - Gutachten C zum 59. Deutschen Juristentag, München*, 1992, pp. C 114 ss.; in termini del tutto simili argomenta CEDU, 23.9.1998, *Malige v. France*, §§ 36-38, su cui *infra*, nel testo al richiamo della nt. 98.

¹¹⁰ Si tratta della cd. *Entziehung der Fahrerlaubnis* (§§ 69 ss. *StGB*).

¹¹¹ Per una prima informazione in tema, seppure non più aggiornata, si può consultare, in lingua italiana, G. FORNASARI, *I principi del diritto penale tedesco*, Padova, 1993, pp. 527 ss. e partic. p. 533; v. anche, con specifico riferimento agli istituti per il trattamento della malattia mentale, ma anche con la consapevolezza ed avvertenza generale che «la politica di armonizzazione degli ordinamenti penali ... deve passare non solo attraverso la ricerca di un minimo comun denominatore nella individuazione dei fatti offensivi di rilevanza comunitaria, ma altresì attraverso l'omogeneizzazione della risposta sanzionatoria, tanto più necessaria per evitare pericolose disarmonie all'interno dello spazio europeo», M. PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Torino, 2008, pp. 152-162 (precedentemente alla fondamentale sentenza della Corte EDU, V sez., 17.12.2009, *M. v. Germany*, che ha stabilito agli effetti CEDU la natura penale della *Sicherungsverwahrung*; la sentenza, comprensibilmente, ha avuto vasta eco anche nei media tedeschi; cfr. la breve annotazione di R. ESCHELBACH, in *NJW*, 2010, p. 2499, e, per un primo ma più ampio commento, J. KINZIG, *Das Recht der Sicherungsverwahrung nach dem Urteil des EGMR in Sachen M. gegen Deutschland*, in *NStZ*, 2010, pp. 233-239.

¹¹² Cfr. E. KOHLRAUSCH, *Sicherungshaft. Eine Besinnung auf den Streitstand*, in *ZStW* 44 (1924), pp. 21 ss., 33 (l'A. cita peraltro l'espressione usata da un funzionario penitenziario, uno «Strafanstaltspraktiker»). Non condividono il giudizio di «truffa delle etichette» A. SCHÖNKE - H. SCHRÖDER - T. STREE, *Strafgesetzbuch - Kommentar*,

dito soprattutto in ragione delle presunzioni d'inidoneità alla guida/pericolosità del conducente (ad es., in caso di condanna per guida in stato di ebbrezza, o di allontanamento non consentito dal luogo dell'incidente), che mettono in risalto gli elementi punitivi e gli effetti generalpreventivi della previsione sanzionatoria¹¹³. Il problema è acuito, in quell'ordinamento, dalla mancata previsione legale di un termine di durata dell'inidoneità: delegata alla giurisprudenza la relativa determinazione, questa si è orientata in base a criteri tipici della commisurazione penale, quale la gravità del rimprovero per il fatto¹¹⁴. Si può inoltre osservare come la revoca della patente sia considerata, quanto a collocazione sistematica, alla stessa stregua del divieto di esercitare una professione o mestiere (*Berufsverbot*), che peraltro, nell'ordinamento italiano, costituisce pena accessoria in senso proprio.

Quanto all'ordinamento inglese, un importante *leading case* in tema di «*disqualification orders*» (*R. v. Field*)¹¹⁵, pur riconoscendo che la sanzione consistente nel divieto di guidare un veicolo a motore ha effetto meramente limitativo (e non privativo) della libertà personale, nonché una vocazione preventiva, tuttavia ritiene perentoriamente che ad essa debba essere riconosciuto carattere intrinsecamente penale, essendo legata ad una condotta per la quale vi è stata condanna e senza alcuna necessaria relazione con il pericolo che una persona possa rappresentare (anche per il futuro) alla guida di un veicolo¹¹⁶.

München, 2010²⁸, sub § 69, nr. marg. 2. Misure integrative della pena («*strafergänzende Maßregel*») per G. JAKOBS, *Strafrecht*, AT, Berlin-New York, 1993², p. 32, nr. marg. 56.

¹¹³ Cfr. H. SCHÖCH, *op. cit.*, pp. C 30, C 114 ss.

¹¹⁴ «*Schwere des Tatvorwurfs*»: cfr. H. SCHÖCH, *op. cit.*, p. C 116 e nt. 234.

¹¹⁵ [2003] 1 W.L.R. 882. Citato come *Field and Young* da B. EMMERSON - A. ASHWORTH - A. MACDONALD (Eds.), *op. cit.*, pp. 701 s., nr. marg. 16-85 s. Si veda inoltre, in generale, A. ASHWORTH, *Sentencing and Criminal Justice*, Cambridge, 2010³, p. 221-224; N. LACEY - C. WELLS - O. QUICK, *Reconstructing Criminal Law. Text and Materials*, Cambridge, 2010⁴, partic. pp. 129 ss. e 144 ss. Si deve precisare che la «*disqualification from driving*» è prevista, come «*ancillary order*», sia in funzione propriamente punitiva (nei confronti di chi usi un veicolo per scopi criminosi o che sia condannato per un reato, senza che in tale ultimo caso vi sia una necessaria connessione fra tipo di reato e ordine del giudice: Sec. 146-147 del *Powers of Criminal Courts Act 2000*), sia in funzione ritenuta prevalentemente preventiva – anche se avente carattere di «*primary penalty*» (A. ASHWORTH, *Sentencing*, cit., p. 366) – nei confronti, ad esempio, di chi sia condannato per i reati di guida in stato di ebbrezza, rifiuto di sottoporsi al test alcolimetrico e di omicidio colposo commesso alla guida. Dettagli in A. ASHWORTH, *Sentencing*, loc. ult. cit.

¹¹⁶ [2003] 1 W.L.R., 891.

Si è osservato in dottrina che quest'argomentazione potrebbe essere controbattuta laddove la stessa sanzione fosse irrogata anche nel caso di proscioglimento, ad esempio, per non imputabilità o per impossibilità di partecipare consapevolmente al giudizio¹¹⁷. Ma, comunque, non potrebbe essere invocata in senso contrario la posizione espressa dalla Corte EDU nella decisione di (in)ammissibilità del caso *Blokker*: in quel procedimento, oggetto della discussione non era stato il ritiro del permesso di guida, bensì una misura consistente nel sottoporsi, a pagamento, ad un programma di rieducazione sugli effetti dell'alcool alla guida (*Educational Measure Alcohol and Traffic*), il cui mancato superamento avrebbe comportato la dichiarazione d'invalidità della licenza¹¹⁸. La soluzione, da questo punto di vista, è invero comprensibile sia perché la misura, pur imponendo una prestazione personale, non pare limitativa della libertà personale ed ha un contenuto effettivamente «educativo» (questo sì, sostanzialmente comparabile con la procedura di rilascio del permesso di guida, che è una procedura senz'altro di tipo amministrativo)¹¹⁹; sia perché, ad ogni modo, il provvedimento ministeriale che invalida la licenza non consegue direttamente alla violazione costituente reato ma soltanto al mancato successo nel corso (od al mancato pagamento) e non può essere equiparato alla vera e propria *disqualification for driving*.

D'altra parte, in altri casi la Corte EDU ha pacificamente riconosciuto il carattere sanzionatorio di misure incidenti sulla patente di guida, come nel caso dei sistemi di decurtazione automatica di punti patente¹²⁰: ciò deriverebbe sia dalla diretta connessione con un illecito penale (nel caso di specie, concernente l'ordinamento francese, si trat-

¹¹⁷ B. EMMERSON - A. ASHWORTH - A. MACDONALD (Eds.), *op. cit.*, p. 702, nr. marg. 16-86.

¹¹⁸ CEDU, dec. 7.11.2000, *Blokker against The Netherlands*.

¹¹⁹ CEDU, dec. 7.11.2000, *Blokker against The Netherlands*: la misura rieducativa «appears to be a measure aimed at securing the safety of both the person concerned as well as other road-users, in that it is designed to raise awareness of the person concerned of the danger of driving under the influence of alcohol. The Court considers that it should be compared with the procedure of issuing a driving licence, which is undoubtedly an administrative procedure».

¹²⁰ In particolare, cfr. CEDU, 23.9.1998, *Malige v. France*. Per quanto il tema specifico della decurtazione dei punti-patente fuoriesca dai limiti del presente lavoro, si può notare incidentalmente come questa sentenza non sia presa in considerazione dalla Corte costituzionale italiana, nelle occasioni in cui essa ha avuto modo di pronunciarsi su questa peculiare sanzione amministrativa di carattere «personale». Cfr. ad es. Corte cost., sentt. nn. 27/2005, 244/2006, 165/2008; ord. n. 286/2010.

tava dell'eccesso di velocità oltre i 30 km/h), sia dalla gravità in sé della sanzione. Proprio da questo secondo punto di vista è importante notare che la Corte afferma la natura criminale della decurtazione dei punti-patente fino all'«invalidazione» del permesso di guida – dunque assimilabile ad una pena accessoria («*secondary penalty*») – a causa del suo carattere pregiudizievole per un aspetto di libertà oggi fondamentale in particolare ai fini dell'esercizio di un'attività lavorativa¹²¹.

B) Quanto al divieto di accesso ai luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive, qualche informazione utile e interessanti spunti di riflessione possono essere ricavati dalla discussione sul sistema dei *banning orders*, adottati nel sistema inglese in relazione a fatti antisociali di varia indole (cd. *ASBOs*), ed in particolare anche – ed anzi, proprio grazie all'esperienza maturata – in materia di spettacoli (calcistici) al fine di reprimere il fenomeno del cd. *hooliganism*. Le Corti inglesi, in effetti, propendono decisamente nel senso di escludere che il *football banning order* abbia natura penale: la preoccupazione fondamentale è rappresentata dalla necessità di evitare i vincoli di prova – soprattutto in materia di distribuzione del relativo onere¹²², di acquisizione della testimonianza e correlato diritto al controesame – che deriverebbero (come del resto per tutti gli *ASBOs*) da quel riconoscimento, con i con-

¹²¹ «With regard to the severity of the measure, the Court notes that the deduction of points may in time entail invalidation of the licence. *It is indisputable that the right to drive a motor vehicle is very useful in everyday life and for carrying on an occupation.* The Court, like the Commission, accordingly infers that, although the deduction of points has a preventive character, it also has a punitive and deterrent character and is *accordingly similar to a secondary penalty.* The fact that Parliament intended to dissociate the sanction of deducting points from the other penalties imposed by the criminal courts cannot change the nature of the measure»: CEDU, 23.9.1998, *Malige v. France*, §§ 36-38 (corsivo aggiunto).

¹²² Si determina in effetti una sostanziale inversione dell'onere della prova (colui che intenda recarsi all'estero in luoghi e periodi nei quali ci sono partite alle quali è possibile che vogliono partecipare, deve dimostrare che il viaggio all'estero ha altri scopi che quello di partecipare alle partite); non è mestiere, in questa sede, occuparsi dei dettagli sotto questo aspetto; basti osservare che i giudici di appello affermano che è conforme al principio di proporzione una inversione dell'onere della prova a carico di coloro che hanno mostrato di rappresentare un rischio reale di partecipazione al fenomeno dello *hooliganism*: cfr. Lord Phillips in *Gough v. Chief Constable of Derbyshire Constabulary*, [2002] H.R.L.R. 29, p. 819. Per una completa indicazione dei materiali bibliografici su questi aspetti nonché sul caso specifico, cfr. [2002] WL 346971. Sulla posizione della *Court of Appeals* in quella vicenda, circa lo *standard* di prova necessario cfr., in particolare, E. DEARDS, *Human rights for football hooligans?*, in *E.L. Rev.* 2002, 27(6), pp. 765 ss. (pp. 769 s.).

seguenti, ulteriori, pratici ed altrettanto fondamentali problemi di tutela dell'incolumità del testimone¹²³.

Tale posizione è espressa in modo paradigmatico nel caso *Gough v. Chief Constable of Derbyshire Constabulary*¹²⁴, nel quale i giudici ritengono che l'ordine emesso ai sensi della Sezione 14B del «*Football Spectators act*» (1989)¹²⁵ non costituisce «parte di un processo di giustizia penale distributiva»; esso infatti, a differenza del medesimo ordine adottato in base ai presupposti della Sezione 14A¹²⁶, non presuppone la commissione di un fatto di reato ma semplicemente che il destinatario abbia causato o contribuito a causare, in qualsiasi momento, violenze o disordini nel regno Unito od altrove. Si tratterebbe dunque di ordini di natura non penale («*civil in character*») – o «ibridi» (civili-criminali), secondo la dottrina –¹²⁷, per quanto impongano serie restrizioni alla li-

¹²³ Su questi aspetti cfr. in particolare la posizione del giudice Hope in *House of Lords, R. (on the application of McCann) v. Manchester Crown Court*, [2003] 1 A.C. 787 (pp. 813-815). Materiali utili in tema sono reperibili in [2002] WL 31257284.

¹²⁴ [2002] H.R.L.R. 29.

¹²⁵ Il contenuto della parte qui d'interesse della Sezione 14B (*Banning orders made on a compliant*) è del seguente tenore:

«(1) An application for a banning order in respect of any person may be made ... if it appears ... that the condition in subsection (2) is met. [...]

(2) That condition is that the respondent *has at any time caused or contributed to any violence or disorder* in the United Kingdom or elsewhere [...]

(3) The application is to be made by complaint to a magistrate's court.

(4) If ... (b) the court is satisfied that there are reasonable grounds to believe that making a banning order would help to prevent violence or disorder at or in connection with any regulated football matches, / the court must make a banning order in respect of the respondent».

¹²⁶ Il contenuto della Sezione 14A (*Banning orders made on conviction of an offence*), nella parte qui d'interesse, è del seguente tenore:

«(1) This section applies where a person (the "offender") *is convicted of a relevant offence*.

(2) If the court is satisfied that there are reasonable grounds to believe that making a banning order would help to prevent violence or disorder at or in connection with any regulated football matches, it must make such an order in respect of the offender.

(3) If the court is not so satisfied, it must in open court state that fact and give its reasons.

(3A) For the purpose of deciding whether to make an order under this section the court may consider evidence led by the prosecution and the defence.

¹²⁷ N. LACEY - C. WELLS - O. QUICK, *op. cit.*, p. 151. Si tenga presente anche la lucida osservazione di C.E. PALIERO - A. TRAVI, *op. cit.*, pp. 33 s., a proposito delle c.d. sanzioni amministrative giurisdizionalizzate, che presuppongono in realtà un reato di cui manca la prova e dunque sono in realtà sanzioni criminali di genere anomalo.

bertà di cui un cittadino beneficia in condizioni normali e nonostante il fatto che lo «*standard of proof*» relativo all'aver causato od altrimenti contribuito a violenze e disordini sia praticamente impossibile da distinguere rispetto allo standard probatorio del processo penale, non foss'altro perché nella prassi esso finirebbe con l'essere rappresentato pressoché inevitabilmente dalla prova delle passate condotte¹²⁸.

Orbene, ai nostri fini è rilevante osservare che: *a*) i *banning orders* che seguono alla commissione di un reato non si sottraggono ad una sicura qualificazione in termini di sanzione penale – per così dire – accessoria; *b*) la loro natura appare invece schiettamente preventiva e dunque si sottrarrebbero al sindacato *ex art. 7 CEDU* soltanto laddove si prescindia del tutto dalla commissione di un reato (o meglio, dalla relativa prova).

Anche con riferimento a questi ultimi, d'altronde, la qualificazione 'civilistica' non pare decisiva al fine di escluderne o il carattere sostanzialmente penale, o comunque una feroce tensione con il principio di necessaria previsione per legge delle limitazioni della libertà personale *ex art. 5 CEDU*. Ciò perché i presupposti di emanazione – causare o contribuire a violenze o disordini – non appaiono determinati dalla legge; ed in effetti anche su questo aspetto si sono incentrate le critiche più severe della dottrina¹²⁹.

Tali elementi problematici sembrano ancor più evidenti, d'altronde, con riferimento ai cd. *Anti-Social Behaviour Orders* (ASBOs)¹³⁰, anch'essi di marca non soltanto schiettamente preventiva ma, per così dire, dichiaratamente "anti-penale", nel senso che la loro legittima estraneità alla materia penale è esplicitamente argomentata in ragione del fallimento del diritto penale come sistema di protezione della collettività contro fenomeni di microcriminalità quotidiana, cioè contro situazioni di aggressione o disturbo sistematici, diffusi, capillari, sovente radicati in situazioni di generale disagio sociale e cause di ulteriore disgregazione ed allarme, che innestano nelle vittime un senso

¹²⁸ *Gough v. Chief Constable of Derbyshire Constabulary*, cit., p. 820.

¹²⁹ N. LACEY - C. WELLS - O. QUICK, *op. cit.*, che stigmatizzano lo «*intemperate language employed by the government and judges*» (p. 151). Scettico sull'efficiacia pratica parrebbe A. ASHWORTH, *Sentencing*, cit., p. 363.

¹³⁰ Cfr. A. ASHWORTH, *Sentencing*, cit., pp. 222 s. («*there is no definition of anti-social behaviour*»), 362 s.; N. LACEY - C. WELLS - O. QUICK, *op. cit.*, p. 151; C. BAKALLS, *Asbos, "Preventative orders" and the European Court of Human Rights*, in *E.H.R.L.R.*, 2007, 4, pp. 427 ss.; D. TAUSZ, *Anti social behaviour order: whether proceedings civil or criminal in nature*, in *Crim. L. R.*, 2003, April, pp. 269-271.

d'impotenza e di abbandono e negli aggressori la speculare arroganza dell'impunità¹³¹.

Peraltro, il sistema di misure di allontanamento di determinati soggetti dai luoghi dove hanno commesso condotte riprovevoli, o dove potrebbero commetterle, è largamente utilizzato in ambiti disparati dell'ordinamento giuridico: dal diritto societario, nel quale questo sistema avrebbe avuto origine, con riferimento al divieto di agire come direttore di una società¹³², alla materia dell'ordine pubblico, con riferimento ai poteri di proibire assembramenti non autorizzati («*trespassory assemblies*») che potrebbero portare scompiglio («*disruption*») in una comunità, al diritto della famiglia, con riferimento agli ordini di allontanamento dall'abitazione di residenza, o ad ordini di non molestare minacciosamente determinate persone¹³³. Anche con riferimento a questi ordini la giurisprudenza inglese è ferma nel ritenere ch'essi abbiano carattere tipicamente preventivo. Se pur la violazione dell'ordine costituisce senz'altro un illecito penale, ciò non porta ad affermare la natura penale dell'ordine in sé e per sé, non foss'altro perché si tratta di procedimenti del tutto indipendenti e separati¹³⁴.

Anche in materia possono essere riproposte le perplessità già avanzate a proposito dei *football orders*, ed in effetti tali sono le obiezioni avanzate in dottrina.

C) Analoghi argomenti (ed analoghe critiche) è dato riscontrare nell'esperienza inglese per quella tipologia di *disqualification orders* consistenti nel divieto permanente di lavorare con bambini a seguito di condanna per reati in danno di minori¹³⁵. Anche in questo caso, pur escludendo in concreto la natura penale dell'ordine – trattandosi di una misura concepita per proteggere membri della collettività e prevenire future condotte illecite, e non per punire condotte passate –, il confronto dei giudici con i criteri identificativi della materia penale stabiliti dalla giurisprudenza della Corte CEDU è esplicito e partico-

¹³¹ Cfr. ad es. le accorate parole del giudice Steyn in *House of Lords, R. (on the application of McCann) v. Manchester Crown Court*, cit., p. 805, nonché del giudice Hope, *ibidem*, pp. 813 s.

¹³² Company Director Disqualification Act, 1986.

¹³³ Per una rassegna cfr. ancora *House of Lords, R. (on the application of McCann) v. Manchester Crown Court*, cit., p. 806; si veda comunque anche A. ASHWORTH, *Sentencing*, cit., pp. 358-370.

¹³⁴ *House of Lords, R. (on the application of McCann) v. Manchester Crown Court*, cit., p. 808.

¹³⁵ Cfr. *R. v. Field*, cit., partic. pp. 884 ss.

larmente articolato¹³⁶. In proposito, può essere curioso rilevare come – in termini specularmente opposti rispetto a quanto osservato in tema di sospensione della patente – una misura di contenuto analogo sia considerata espressamente, dal legislatore italiano, se non una pena accessoria almeno un effetto (specificamente) penale della condanna¹³⁷.

3.3. *Valutazioni riassuntive sul tema dell'identificazione delle pene accessorie.* – È necessario, a questo punto, tirare le fila dell'analisi condotta alla luce della giurisprudenza CEDU e del diritto straniero preso in considerazione. Lasciando da parte per un momento ogni valutazione nel merito, sembra doveroso sottolineare – dal punto di vista metodologico – come oggi non sia probabilmente più possibile garantire la coerenza logico-sistematica dell'argomentazione e la giustizia della soluzione soltanto alla stregua dell'ordinamento interno, soprattutto su un tema – quello della legalità penale – che coinvolge direttamente anche il rispetto del principio di cui all'art. 7 CEDU: l'argomentazione dev'essere esplicitamente condotta alla luce del sistema Convenzionale. Sotto questo aspetto, l'approccio della giurisprudenza inglese poc'anzi menzionato costituisce un limpido esempio: il confronto dei giudici inglesi con la giurisprudenza di Strasburgo è esplicito e serrato; le conclusioni sono argomentate in sentenza con ampio, espresso riferimento (contrappuntistico) alla giurisprudenza della Corte europea. In tutti i casi più sopra esaminati, i giudici sono perfettamente consapevoli della tensione fra gl'istituti di diritto interno ed i parametri con i quali è misurata l'area della materia penale alla stregua della Convenzione; questa consapevolezza, come si è appena detto, si traduce in ampie motivazioni con le quali essi si confrontano con quei criteri.

Per contro, almeno in tema di identificazione delle pene accessorie, sembra difficile – ancorá oggi – riscontrare un'analogia sensibilità nelle pronunce dei giudici italiani. Sarebbe auspicabile, sotto questo profilo di metodo, un cambiamento di rotta; se è plausibile pensare

¹³⁶ Cfr. *R. v. Field*, cit., partic. pp. 891 ss.; fortemente critica l'annotazione di D.A. THOMAS, in *Crim. L.R.* 2003, March, p. 204: «How can it be said that a disqualification order made against a lorry driver or bank manager on conviction for downloading indecent photographs from the internet is preventive rather than punitive?».

¹³⁷ Il riferimento è al già ricordato art. 609-*nonies*, ultimo comma, c.p., che prevede, per i reati sessuali ivi previsti, l'interdizione perpetua da qualunque incarico nelle scuole nonché da ogni ufficio o servizio in istituzioni o altre strutture frequentate prevalentemente da minori.

che le soluzioni acquisite non cambierebbero di una virgola, tuttavia la trasparenza del sistema non potrebbe che ricavarne giovamento¹³⁸.

Si tratta, in generale, di un fenomeno tematizzato in modo particolarmente efficace da Julie Allard e Antoine Garapon: siamo di fronte ad una vera e propria modifica della «ragione giudiziaria» per effetto della quale «la *jurisdictio* non consiste nell'assicurare la coerenza di un sistema particolare, ma nel suffragare la razionalità delle sentenze particolari»¹³⁹; dove per razionalità possiamo intendere, qui, garanzia di effettività della tutela dei diritti in termini coerenti, fra l'altro, con quanto richiesto anche dalla Corte EDU, le cui sentenze – a prescindere dalla questione tecnica dell'efficacia nell'ordinamento interno – possiedono perlomeno una *persuasive authority*.

Come ha avuto modo di sottolineare anche la Corte costituzionale italiana, del resto, i giudici possono ed anzi devono – obbedendo ad un «vincolo interpretativo» – conferire un significato espansivo alle norme che esprimono la garanzia di un diritto inviolabile, al fine di rendere tale diritto, nei limiti del possibile, concreto ed effettivo¹⁴⁰. Si

¹³⁸ Sulle difficoltà del lavoro del giudice nell'applicare il diritto interno alla luce delle intersezioni con il diritto internazionale rilevante, in particolare in tema di diritti umani, e sulla necessità ch'egli conosca a fondo, al contempo, le norme e la giurisprudenza internazionale relativa alle garanzie procedurali (ma si dovrebbe dire, in generale, ai diritti – anche sostanziali – della persona coinvolta in un processo penale), cfr. di recente R. DE GOUTTES, *L'apport de la norme internationale à la cohérence de la procédure pénale et à l'«humanisme processuel»*, in *Justices et droit du procès. Du légalisme procédural à l'humanisme processuel - Mélanges en l'honneur de Serge Guinchard*, Paris, 2010, pp. 927 ss. (p. 932). L'A. sottolinea, sia pure con specifico riferimento alla procedura penale francese, che le norme internazionali in materia di tutela dei diritti sono state e sono «facteur de cohérence et de garantie d'humanisme» (p. 933). L'Autore è «*premier avocat général*» alla Corte di cassazione francese.

¹³⁹ J. ALLARD - A. GARAPON, *op. cit.*, p. 67. Il concetto di «*persuasive authority*» è impiegato dagli Autori con riferimento al fenomeno della citazione di sentenze appartenenti ad altri ordinamenti, cui si riconosce non valenza coercitiva (dell'interpretazione), ma, per l'appunto, persuasiva. Su questo aspetti insistono anche B. MARKESI-NIS - J. FEDTKE, *Giudici e diritto straniero*, cit., pp. 11, 27.

¹⁴⁰ Corte cost., sent. n. 10/1993. L'obbligo d'«interpretazione conforme» alla garanzia dei diritti convenzionali ha il limite nell'impossibilità di disapplicare norme interne contrastanti: in tal caso, è necessario sollevare questione di legittimità costituzionale ex art. 117 Cost.: cfr. Corte cost. nn. 348 e 349/2007. Su queste due sentenze e sulle perplessità che suscita la soluzione in esse accolta, sia sufficiente qui rinviare ad es. a C. SALAZAR - A. SPADARO, *Riflessioni sulle sentenze n. 348-349/2007 della Corte costituzionale*, Milano, 2009, ove in partic. lo scritto della stessa C. SALAZAR, *Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo, giudici: «affinità elettive» o «relazioni pericolose»?»,* partic. pp. 68 ss. (e, per le perplessità sull'obbligo di interpretazione conforme, che avvicinerrebbe il sindacato dei giudici ordinari al «*judicial review of*

tratta d'una direttiva ermeneutica che orienta l'interprete all'effettività dei diritti tutelati dalla Convenzione: una sorta di *Folgenorientierung*, orientamento alle conseguenze dell'interpretazione, capace di penetrare e ri-strutturare le connessioni sistematiche del diritto interno; la trama interpretativa si regge su fili intessuti anche dalla Corte europea, l'ordito non può che essere intrecciato su questa base e non dovrebbe esibire disegni difformi.

Su queste basi, una soluzione abbastanza agevole – relativamente al tema oggetto del lavoro – può essere conseguita soltanto per gli ordini di demolizione e i casi di rimessione in pristino, dei quali sembra ragionevole predicare il carattere essenzialmente “restitutorio” e non primariamente “punitivo”. Diverso è il caso della sospensione della patente e del divieto di accedere a luoghi dove si svolgono manifestazioni sportive. Se infatti tali misure sono considerate in relazione ai criteri stabiliti dalla Corte di Strasburgo, con particolare riferimento alla disciplina di simili provvedimenti nel diritto straniero, l'appartenenza al novero delle sanzioni penali parrebbe (ri)acquistare una sua plausibilità, nonostante le incertezze o le tensioni che caratterizzano le singole esperienze giuridiche.

A questo punto appare tuttavia necessario distinguere fra due piani reciprocamente collegati ma non coincidenti: da un lato, quello delle conclusioni interpretative che possano essere raggiunte una volta operato un confronto con i criteri stabiliti dalla Corte EDU [§ 3.3.1]; dall'altro, il piano delle conseguenze operative che discendano, in base all'ordinamento interno, da una diversa interpretazione degli istituti controversi che segua all'applicazione di quei criteri [§ 3.3.2].

3.3.1. *Conseguenze sull'interpretazione dei casi dubbi.* – A) Prendiamo ad esempio il caso della sospensione della patente che segua alla commissione di un reato da circolazione stradale. In tal caso, oltre a quanto già osservato dal punto di vista del diritto nazionale, anche applicando i criteri della CEDU parrebbe difficile negarne il carattere di

legislation» intollerabile nel nostro ordinamento perché non compatibile con il sistema dell'incidentalità della questione *ex art. 1, l. cost. n. 1/1948, pp. 86 s. e nt. 74*). Cfr. inoltre C. PAGOTTO, *La disapplicazione della legge*, Milano, 2008, partic. pp. 248-260, ove le due pronunce della Corte costituzionale sono criticate laddove si afferma che i singoli non siano ‘destinatari’ delle norme CEDU e che la Corte può avocare a sé il controllo della compatibilità con la Costituzione delle stesse norme convenzionali, nella prospettiva dei controlimiti, sottolineando il rischio di ‘contrasto di giudicati’ laddove la Corte italiana riconosca conforme alla Costituzione una normativa che la Corte europea abbia dichiarato incompatibile con la Convenzione (pp. 257-258).

misura non solo genericamente sanzionatoria ma intrinsecamente penale. Si tratta di una conseguenza diretta della sentenza di condanna; in questo caso, essa riveste anche carattere spiccatamente punitivo e non soltanto preventivo (ad es., l'eventuale occasionalità del fatto e comunque le sue modalità concrete potrebbero non essere affatto significative dell'esistenza di indefettibili ragioni preventive); non v'è dubbio che sia in discussione una limitazione della libertà personale in termini significativi rispetto agli *standards* della vita nella società contemporanea, come pure la Corte EDU – lo si è visto a proposito del meccanismo di decurtazione automatica dei punti-patente – mostra di riconoscere con particolare sensibilità. Quanto alla gravità della sanzione, come si è visto, non è elemento necessariamente significativo, ma nel caso di specie può costituire ulteriore argomento a favore della qualificazione penale: secondo il meccanismo di proporzione con la gravità del fatto, la sanzione accessoria della sospensione può arrivare *ex art.* 122 C.d.S. sino a quattro anni: una durata certamente non irrilevante.

B) Per converso, quanto al divieto di accesso a manifestazioni sportive di cui agli artt. 6, co. 1, e 8, l. n. 401/1989, sembra di poter dire che esso riveste carattere innanzi tutto preventivo e dunque tenderebbe, a prima vista, a situarsi al di fuori della “materia penale”, con il corollario che si debbano escludere profili d'incompatibilità con la Convenzione.

Tale conclusione sarebbe tuttavia affrettata, almeno con riferimento al suo corollario.

a) Essa potrebbe essere affermata, quanto allo scopo esclusivamente preventivo, soltanto per le ipotesi dell'art. 8 [*retro*, § 2.2]. Ma residuerebbero dubbi di qualificazione sia sotto il profilo dell'autorità emanante (il giudice penale) e delle relative procedure, sia sotto il profilo della gravità (da due ad otto anni). Inoltre, la disposizione appare problematica sotto un diverso punto di vista, parimenti rilevante ai fini del rispetto dei diritti previsti dalla Convenzione europea. In effetti, l'art. 2 del Protocollo n. 4, in tema di libertà di circolazione¹⁴¹, pre-

¹⁴¹ Art. 2 CEDU: «Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di scegliersi liberamente la sua residenza./ Ognuno è libero di lasciare qualsiasi Paese, compreso il suo./ L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che, *previste dalla legge*, costituiscono, in una società democratica, *misure necessarie* alla sicurezza nazionale, o alla sicurezza pubblica, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione delle infrazioni penali, ... o alla protezione dei diritti e libertà altrui».

scrive che le limitazioni a tale diritto devono essere comunque innanzi tutto «previste dalla legge» (art. 2, co. 3), oltre che necessarie ai fini di tutela indicati in quella disposizione. In questa prospettiva, il contenuto della disposizione appare particolarmente indeterminato, tanto da porre in dubbio la «*quality of law*», cioè la compatibilità della tecnica normativa utilizzata dall'art. 8, l. n. 401/1989, con il requisito della predeterminazione legale dei modi di restrizione della libertà personale espresso dalla CEDU. Come si è visto, la giurisprudenza di legittimità ha correttamente indirizzato in senso restrittivo la tendenza ad un'applicazione eccessivamente ampia da parte dei giudici di merito; ma, almeno in assenza d'un "diritto vivente" consolidato, la violazione dell'art. 2, Protocollo 4, sembra poter essere prospettata.

b) Quanto alle ipotesi dell'art. 6, co. 1, il problema si pone in termini parzialmente differenti. Rispetto ad esse, in effetti, sembra che si possano ripetere le obiezioni mosse anche dalla dottrina inglese alla fuoriuscita 'tattica' dal penale ed alla tendenza a dislocare siffatti provvedimenti sul versante delle attività di polizia amministrativa, per ragioni di (in)effettività della repressione con i tradizionali strumenti penali, che possono operare soltanto *post factum* e con *standards* disfunzionali ad urgenti esigenze preventive.

Questo rilievo investe principalmente, in realtà, solo alcune fra le situazioni di fatto presupposte dall'art. 6, co. 1: quella di cui alla terza alternativa (cioè il riferimento a «coloro che abbiano incitato, inneggiato o indotto alla violenza»)¹⁴²; nonché quella di cui all'ultima parte della stessa disposizione, allorché cioè la limitazione di libertà sia disposta dall'autorità amministrativa sulla (sola) base di «elementi oggettivi», nei confronti di chiunque «risulta avere tenuto una condotta finalizzata alla partecipazione attiva ad episodi di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive o tale da porre in pericolo la sicurezza pubblica in occasione o a causa delle manifestazioni stesse». Si

¹⁴² In occasione, si deve supporre, di episodi di violenza su persone o cose, generatisi in occasione o a causa di manifestazioni sportive (secondo presupposto individuato dall'art. 6: cfr. anche *retro*, nota 36, al n. 3); cfr. anche l'interpretazione autentica di cui all'art. 2 *bis*, comma 2, d.l. 20.8.2001, n. 336, conv. in l. n. 377/2001. Le espressioni utilizzate sono particolarmente elastiche: la giurisprudenza ha applicato la disposizione al caso in cui un tifoso si era abbassato i pantaloni mostrando i glutei alla tifoseria avversaria, annoverandolo fra i «comportamenti pericolosi per la sicurezza pubblica»: Cass., sez. I, 24.3.1998, Amici, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3093, con nota di P.V. MOLINARI, *In tema di divieto di accesso a manifestazioni agonistiche, ibid.*, pp. 3094 ss. Cfr. approfonditamente E. MARZADURI - L. BRESCIANI, *Commento*, cit., partic. pp. 220 ss. (E. Marzaduri).

deve tenere in special conto, in proposito, anche il fatto che la trasgressione alla prescrizione del questore – strutturalmente, un'ipotesi qualificata d'inosseranza di un provvedimento dell'autorità –¹⁴³ costituisce delitto punito con pena più grave di quella prevista per l'inosseranza di pene accessorie (reclusione da uno a tre anni anziché da due a sei mesi)¹⁴⁴; una disparità edittale, per giunta, difficilmente giustificabile sul piano sistematico. Qui ci si trova, in realtà, di fronte ad una “misura” che, formalmente non dichiarata penale, tuttavia assume carattere – oltre che indubbiamente preventivo, sulla base di una prognosi fondata su precedenti condotte di partecipazione attiva ad episodi di violenza, ecc. – anche spiccatamente sanzionatorio proprio di quelle condotte rispetto alle quali per qualche ragione, nonostante l'esistenza di «elementi oggettivi», non sia stato o non sarebbe comunque possibile addivenire ad un giudizio di responsabilità penale¹⁴⁵. Da questo punto di vista, si può concludere che, alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, la misura parrebbe rivestire carattere penale.

3.2.2. *Conseguenze operative derivanti dal riconoscimento della natura penale di determinate misure.* – Una volta ritenuto che determinate conseguenze debbano essere ricondotte alla «materia penale» come definita in base ai criteri della Corte EDU, resta da stabilire in quale modo tale diversa interpretazione possa essere affermata sul piano applicativo e quali conseguenze pratiche ne derivino alla stregua del diritto interno. Il tema, connesso alla più generale questione dell'efficacia delle norme e delle sentenze della Corte europea negli ordinamenti nazionali (per quel che qui interessa, in quello italiano), è particolarmente complesso e, nei suoi presupposti ed implicazioni costituzionali, non può essere affrontato compiutamente in questa sede¹⁴⁶. Ci limiteremo, in questa sede, ad alcune proposte di soluzione

¹⁴³ Costituente, com'è noto, contravvenzione ai sensi dell'art. 650 c.p., sempreché il fatto non costituisca più grave reato.

¹⁴⁴ Così stabilisce infatti l'art. 6, co. 6, l. n. 401/1989, che in modo involontariamente ironico – trattandosi d'un fatto preveduto come delitto – esordisce con il riferimento al «contravventore» (delle disposizioni del questore). L'inosseranza di pene accessorie è punita, come noto, dall'art. 389 c.p.

¹⁴⁵ Da questo specifico punto di vista il terzo e l'ultimo presupposto di applicazione della misure differiscono almeno in parte, se si ammette, con la Corte di cassazione (Cass., sez. I, 24.3.1998, cit.) che il terzo presupposto – inneggiare, incitare o indurre alla violenza «in nessun modo determinata» – «non riconduce le azioni considerate ad ipotesi specifiche di reato».

¹⁴⁶ Cfr. in tema, recentemente, C. PAGOTTO, *op. loc. cit.*

relative alle specifiche questioni qui discusse in tema di pene accessorie.

A) Se si tratti di sanzioni sulla natura delle quali il legislatore non si è espresso, non sembra che si possano porre particolari problemi: è possibile derivare direttamente ed immediatamente dal risultato conseguito in via interpretativa circa la natura della sanzione tutte le conseguenze previste per legge in relazione ad ogni altra sanzione che rivesta quella natura giuridica:

– quanto ai rapporti con la sospensione condizionale, ad esempio, il riconoscimento del carattere penale dovrebbe comportare, di regola, l'automatica applicazione dell'art. 166, co. 1, c.p., con estensione della sospensione alla pena accessoria così individuata;

– parimenti, l'applicazione della pena su richiesta non potrebbe mai comportare l'applicazione di tali sanzioni (art. 445, co. 1, c.p.p., cioè limitatamente ai casi di pena irrogata non superiore a due anni) salvo contraria, espressa previsione di legge.

Per la verità, come pure si è accennato, dal riconoscimento della natura penale di una misura potrebbero derivare dubbi sulla legittimità della disciplina per essa approntata, con riferimento – ad esempio – all'autorità che la irroga, alle garanzie che assistono il relativo procedimento, alla misura della sanzione sotto il profilo della necessità e proporzionalità¹⁴⁷. Da questo punto di vista, non si può escludere che un adeguamento in via meramente interpretativa si riveli insufficiente e che si prospetti, di conseguenza, la necessità di sollevare questione di legittimità costituzionale. Si pensi ancora una volta al caso del divieto di accesso a manifestazioni sportive di cui all'art. 6, l. n. 401/1989.

D'altra parte, con riferimento a quest'ultima misura, è necessario osservare che l'esistenza di profili d'incompatibilità con la CEDU potrebbe essere ravvisata – anche a prescindere, si noti, dalla natura giuridica del divieto di accesso alle manifestazioni sportive – sotto il profilo della limitazione della libertà di movimento, per la quale l'art. 2, Protocollo 4, prescrive che debba essere stabilita dalla legge. Si tratterebbe dunque di stabilire se il provvedimento del questore da un lato, il rinvio in bianco al provvedimento del giudice dall'altro, possano soddisfare quel requisito in termini di «*quality of law*». Quanto all'ipotesi dell'art. 6, non sembra di per sé incompatibile con la norma in-

¹⁴⁷ Sull'aspetto della proporzione cfr. l'ampio lavoro di S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.* (partic., per quel che concerne l'art. 7 CEDU, §§ 948-966, pp. 679-684).

ternazionale la previsione della competenza del questore, perché i presupposti del provvedimento sono definiti in termini elastici ma non del tutto vaghi dalla legge; meno convincente l'ipotesi prevista dall'ultima parte del primo comma della stessa disposizione, di cui si è detto in precedenza, per l'indeterminatezza dei presupposti oggettivi.

B) Più complesso sembra il caso in cui si riconosca carattere penale ad una sanzione qualificata dal legislatore espressamente come amministrativa (è il caso, come si è visto, della sospensione e revoca della patente *ex art. 222* o per la confisca *ex art. 22-ter C.d.S.*). In questo caso, riteniamo preliminarmente che il giudice possa senz'altro argomentare – in base alla nozione di materia penale ricevuta dalla giurisprudenza di Strasburgo – il carattere di sanzione intrinsecamente penale della misura, anche se in contrasto con la qualificazione espressa data dal legislatore.

Ma, a questo punto, si pone il problema se egli – ipotizzando per semplicità il caso d'un giudice di cognizione investito d'una richiesta *ex art. 444 c.p.p.* o determinato a concedere una sospensione condizionale della pena – possa legittimamente non disporre, in sede di patteggiamento, l'applicazione della sospensione della patente (dunque, in pratica, non disporre la comunicazione della sentenza al prefetto, competente per l'esecuzione *ex art. 224 C.d.S.*); o se egli possa ritenere che la sospensione condizionale della pena si estenda ad essa.

Che fare dunque? Mette conto precisare, innanzi tutto, che in questa sede non ci si esimerà bensì dall'esprimere una preferenza di massima per la soluzione che appare più congrua; ma preme anche, e forse più, indicare le strade che, in base a scelte non del tutto prive di una loro plausibilità, potrebbero essere percorse nel risolvere gli interrogativi appena ricordati.

B1) Riteniamo che il giudice non possa capovolgere la scelta normativa nel senso della natura amministrativa della sanzione, applicando direttamente norme riferite esclusivamente alle sanzioni penali; non già per le conseguenze nei confronti del condannato, che sarebbero concretamente *in bonam partem*, quanto perché vi osta il principio di legalità in quanto espressivo della divisione dei poteri. Si è visto, in effetti, che la Corte costituzionale ha bensì invitato i giudici a valorizzare il «vincolo interpretativo» nel senso di conferire un significato espansivo alle norme che esprimono, anche se solo in modo implicito, la garanzia di un diritto inviolabile convenzionalmente riconosciuto, al

fine di render concreto ed effettivo (nei limiti del possibile) tale diritto; ma essa ha ormai chiaramente definito anche il limite di tale adeguamento ermeneutico: non è ammessa la disapplicazione delle norme interne contrastanti con la CEDU¹⁴⁸.

Al giudice che “contesti” la qualificazione operata dal legislatore non resterebbe dunque che sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell’art. 117, co. 1, Cost.

Senonché, non sembra che siffatta questione possa essere sollevata sulla base di argomenti *direttamente* rivolti contro la scelta del legislatore, *sic et simpliciter*: si tratta di materia – quella della scelta fra sanzioni penali ed amministrative – che, dal punto di vista dell’ordinamento interno, rientra senz’altro nella discrezionalità del legislatore, salvi i casi di manifesta irragionevolezza della scelta (quello di irragionevolezza è però un giudizio possibile soltanto in caso di depenalizzazione, e non nel caso di mancata penalizzazione)¹⁴⁹.

Il riferimento all’art. 117 potrebbe essere soltanto destinato a sorreggere, in questa prospettiva, un sindacato di costituzionalità *ex art. 3* Cost.; l’andamento logico sarebbe del seguente tenore: poiché *ex art. 117*, sulla base dei criteri stabiliti dalla Corte di Strasburgo per l’identificazione della materia penale e delle sanzioni penali, la misura in discussione (la sospensione della patente) ha natura di sanzione penale accessoria, essa deve essere assoggettata al trattamento previsto per sanzioni di analoga natura, pena la violazione dell’art. 3. Questa parità di trattamento sarebbe a maggior ragione doverosa laddove, dall’assimilazione alle altre pene accessorie, deriverebbe per l’imputato un trattamento più favorevole (ad es., per l’appunto, l’esclusione in caso di patteggiamento). La stessa Corte di Strasburgo, in effetti, ha mostrato di ritenere, in tempi recenti, che un principio di *favor rei* abbia valore di principio generale anche al di fuori delle ipotesi di successione di leggi, imponendo il trattamento penale più mite che possa essere concretamente applicato in base alla legge¹⁵⁰; ed in un analogo or-

¹⁴⁸ Corte cost., sentt. n. 348 e 349 del 2007, cit.

¹⁴⁹ Salvo che ricorrano obblighi di tutela penale; ma è problema, questo, del tutto estraneo alle questioni sollevate dal tema qui in discussione. Di recente, sulla libertà di scelta del legislatore in tema di alternativa tra sanzioni penali e amministrative, cfr. Corte cost., sent. n. 273/2010 (che ha ritenuto non manifestamente irragionevole la depenalizzazione delle fattispecie in tema di impossessamento abusivo di acque pubbliche per fini non domestici).

¹⁵⁰ CEDU, 17.9.2009, *Scoppola v. Italy*, § 106: «a consensus has gradually emerged in Europe and internationally around the view that application of criminal law

dine d'idee – condivisibile o meno quanto alla fondazione del principio dell'applicazione della pena più mite sulle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri – sembra muoversi la Corte di Giustizia della Comunità Europea¹⁵¹ (è una realtà, che ovviamente non mette conto qui approfondire, che il principio di diritto sia costruito discorsivamente mediante il dialogo incrociato fra le Corti)¹⁵².

E tuttavia, si deve anche osservare che la disparità di trattamento non deriverebbe sempre direttamente dalla norma che stabilisce la sanzione amministrativa, bensì potrebbe dipendere dal rapporto con altre norme che – dal canto loro, in modo perfettamente legittimo – stabiliscono una specifica disciplina nel loro rispettivo ambito (ad es., la norma per la quale l'applicazione della pena su richiesta esclude, per determinati limiti di pena irrogata, le pene accessorie). Con la conseguenza che la dichiarazione d'illegittimità della prima si appunterebbe nuovamente, in questi casi, sulla scelta legislativa in quanto tale, talché la questione dovrebbe essere considerata inammissibile.

Per converso, un sindacato di legittimità sarebbe in linea di principio prospettabile laddove, ritenuta la natura penale della misura, la disparità di trattamento rispetto a sanzioni d'identica natura risultasse dall'espressa esclusione di quella misura dalla disciplina generale. Così accade, ad esempio, per la disposizione che espressamente stabilisce che la sanzione della sospensione della patente si applichi anche in caso di condanna a pena condizionalmente sospesa (art. 224 C.d.S.). Sennonché, in questi casi, spetterebbe pur sempre al legislatore d'introdurre deroghe alla disciplina generale; si tratterebbe, inoltre, d'una scelta sulla quale la questione della natura giuridica sarebbe influente: si potrebbe ad esempio ben supporre che, anche ammessa la natura di pena accessoria della sospensione della patente, proprio questa pena accessoria dev'essere irrogata in deroga alla regola generale dell'art. 166 c.p. L'unico limite alla scelta legislativa sarebbe individua-

providing for a more lenient penalty, even one enacted after the commission of the offence, has become a fundamental principle of criminal law» nonché soprattutto § 108: «Inflicting a heavier penalty for the sole reason that it was prescribed at the time of the commission of the offence would mean applying to the defendant's detriment the rules governing the succession of criminal laws in time»; CEDU, sent. 22.7.2003, *Gabbari Moreno c. Espagne*, cit. (nt. 7), § 23.

¹⁵¹ CGCE, 3.5.2005, *Berlusconi et al.*, espressamente richiamata dalla sent. CEDU *Scoppola v. Italy*, cit. alla nota che precede.

¹⁵² Prendo a prestito il titolo del volume di F. FONTANELLI - G. MARTINICO - P. CARROZZA (Eds.), *Shaping Rule of Law through Dialogue. International and Supranational Experiences*, Groningen, 2010.

bile, come di consueto, nella manifesta irragionevolezza; e sembra dubbio che quest'ipotesi ricorra nei casi che ci occupano.

Sotto altro profilo, una sanzione i cui contenuti e le cui modalità di applicazione non comportino *di per sé* la violazione di un diritto tutelato dalla Convenzione¹⁵³, non potrebbe essere ritenuta incostituzionale, per violazione della CEDU, in ragione della sua mera qualificazione formale (la quale non osta all'esercizio del sindacato da parte dei giudici internazionali).

Da quanto sinora osservato discende che, laddove il legislatore si sia espresso conferendo esplicitamente ad una materia sostanzialmente penale una veste amministrativa, il potere giudiziario può finire con il trovarsi concretamente fuori gioco.

Ciò non significa che un soggetto, il quale sia in concreto pregiudicato dalla scelta legislativa (ad es., per via della disparità di trattamento sopra evidenziata), non possa senz'altro adire la Corte EDU al fine di far dichiarare il carattere sostanzialmente penale della misura e dunque il suo diritto a beneficiare del più favorevole trattamento eventualmente previsto dalla 'nuova' qualificazione coerente con la 'realtà delle cose'. L'eventuale sentenza favorevole al ricorrente costituirà motivo di adeguamento della legislazione da parte del medesimo «processo politico» che ha espresso la fonte¹⁵⁴.

B2) Proprio questa osservazione, d'altra parte, offre lo spunto per una puntualizzazione. In effetti, qualora una sentenza della Corte europea dichiarasse, per avventura, la natura penale della sanzione formalmente qualificata dal legislatore come amministrativa, la conclusione circa i poteri dei giudici nazionali potrebbe essere parzialmente modificata. Essi sarebbero in grado di fondare le proprie argomentazioni direttamente sulla sentenza della Corte, laddove non ne derivi tecnicamente una disapplicazione della legge nazionale.

A questo punto, si tratterà di verificare quali strade siano legittimamente percorribili in relazione ad ogni singolo istituto rispetto al quale sia influente la questione della natura giuridica.

Così, ad esempio:

i) rispetto al patteggiamento sembra possibile affermare che già in via interpretativa la sospensione della patente potrebbe essere ricon-

¹⁵³ È il caso della sospensione della patente, applicata pur sempre, di regola, da un giudice e su presupposti definiti dalla legge.

¹⁵⁴ G. ZAGREBELSKY, *Diritto costituzionale*, Torino, 1987.

dotta al novero delle pene accessorie, risultando conseguentemente non irrogabile nel caso previsto dall'art. 222 (non così, però, in quello di cui all'art. 186, co. 2-*quater* od all'art. 187, co. 1);

ii) diverso sarebbe invece il caso della sospensione condizionale: qui, come si è appena ricordato, v'è un'espressa previsione nel senso che la sanzione in discorso consegua a condanna «anche a pena condizionalmente sospesa». Si potrebbe sostenere che questa disposizione è coerente con la dichiarata natura amministrativa della sanzione, rispetto ai cui scopi sono irrilevanti le sorti del procedimento penale; venuto meno il presupposto della natura amministrativa, essa non potrebbe ostare alla sospensibilità. E tuttavia, per un verso, in quest'ipotesi non si potrebbe che sollevare questione di legittimità costituzionale; per altro verso, v'è ragione di dubitare dell'ammissibilità della questione per le ragioni poc'anzi evidenziate [*supra*, punto B1)].

SEZIONE II

4. *Pene accessorie e riconoscimento della sentenza straniera.* – Rispetto al problema dell'identificazione delle pene accessorie in casi di dubbia natura della sanzione, il punto panoramico situato all'intersezione fra diritto interno e sistema della Convenzione europea dei diritti umani ha fornito argomenti per un ripensamento della natura di strumenti sanzionatori ascritti, pacificamente o meno, al diritto amministrativo. Come si è esposto in esordio del lavoro, tuttavia, le ripercussioni che sul sistema penale interno produce la dinamica tensione fra i due ambiti della legalità – quello interno e quello convenzionale – non si esauriscono nella questione (pur centrale) consistente nell'identificare il carattere intrinseco d'una sanzione, ma tendono a proiettarsi su specifiche questioni applicative in tema di pene accessorie, in termini che meritano una considerazione più attenta di quanto ad esse non sia comunemente uso riservare.

4.1. *Posizione della questione interpretativa.* – Uno degli aspetti che meritano d'essere oggetto, sia pure per sommi capi, di una considerazione dall'angolo visuale prescelto (*retro*, § 1.2) concerne il riconoscimento delle sentenze straniere agli effetti della determinazione delle pene accessorie (art. 12, n. 3, c.p.).

Com'è noto, l'intero meccanismo del riconoscimento si radica, nelle originarie intenzioni del legislatore, sul principio generale per il

quale le sentenze straniere, di norma, non possono avere efficacia nell'ordinamento interno¹⁵⁵; su questa base, i casi di riconoscimento sono da considerare una deroga a tale principio ed hanno, coerentemente, carattere tassativo¹⁵⁶; fuori da queste ipotesi, l'impossibilità di far valere nell'ordinamento italiano, agli effetti della pena principale, pronunce di autorità giudiziarie straniere, costituisce espressione diretta del principio di sovranità.

Orbene, fra le ipotesi per le quali quella deroga è ammessa, rientra anche il riconoscimento agli effetti dell'applicazione di pene accessorie: la sentenza straniera riconosciuta *ex art. 12, co. 1, n. 2* (quando la condanna comporterebbe, secondo la legge italiana, una pena accessoria) può costituire presupposto per l'applicazione¹⁵⁷. Sui tratti generali di questa previsione non si registrano particolari dubbi interpretativi (i commentari sembrano molto laconici sul punto specifico)¹⁵⁸. Di particolare interesse, tuttavia, è una questione che si è posta in giurisprudenza – in tempi invero non più recentissimi – e che sembra passata inosservata in dottrina¹⁵⁹: si trattava di stabilire la rilevanza o meno del tipo di procedimento seguito nello Stato estero, ai fini dell'applicazione di pena accessoria *ex art. 12, n. 2, c.p.*¹⁶⁰

Sul punto, la Corte di cassazione si è espressa nel senso che il tipo di procedimento seguito all'estero è irrilevante¹⁶¹:

«Poiché il termine sentenza contenuto nella formulazione dell'art. 12 cod. pen. riguarda qualsiasi provvedimento decisorio su un'accusa

¹⁵⁵ Cfr. per tutti M. ROMANO, *Commentario sistematico del codice penale*, I, Milano, 2004³, sub art. 12, p. 150, nr. marg. 1.

¹⁵⁶ Interpretazione assolutamente pacifica in dottrina: per tutti, ancora M. ROMANO, *Commentario*, cit., p. 151, nr. marg. 5.

¹⁵⁷ L'art. 12 stabilisce *in parte qua*: «Alla sentenza penale straniera pronunciata per un delitto può essere dato riconoscimento: ... 2) quando la condanna importerebbe, secondo la legge italiana, una pena accessoria».

¹⁵⁸ Cfr. ad es. L. DE MATTEIS, sub *Art. 12*, in G. LATTANZI - E. LUPO, *Codice penale - Rassegna di giurisprudenza e di dottrina*, I, *La legge penale e la pena*, Milano, 2000, p. 291. Cfr. inoltre D. VIGONI, sub *Art. 730*, in A. GIARDA - G. SPANGHER (a cura di), *Codice di procedura penale commentato*, Milano, 2007³, p. 6180.

¹⁵⁹ Un attento cenno critico, però, in D. MANZIONE, sub *Art. 12*, in T. PADOVANI (a cura di), *Codice penale*, Milano, 2007⁴, p. 85.

¹⁶⁰ Nella specie, si trattava dell'interdizione perpetua dai pubblici uffici.

¹⁶¹ Cass., sez. IV, 10.4.1996, Fagnini, in *CED Cass.* 1996/1077, n. 204445, relativamente ad un caso nel quale il ricorrente aveva dedotto che il rito seguito nell'ordinamento straniero (spagnolo) era del tutto omologo all'applicazione della pena su richiesta, derivandone l'impossibilità di applicare nei suoi confronti la pena accessoria. Il corsivo nel testo è aggiunto.

penale assunta da un'autorità giudiziaria straniera, una volta intervenuto il riconoscimento ..., il quale ha natura costitutiva, da tale momento ed automaticamente, *senza alcun condizionamento quanto al tipo di procedimento seguito presso lo Stato estero* si producono nell'ordinamento nazionale gli effetti previsti dalla legge, in relazione ai quali il riconoscimento è stato richiesto».

La perentoria presa di posizione dei giudici di legittimità può apparire perfettamente coerente con il dato positivo; ma ad una più attenta considerazione, sia dal punto di vista esegetico, sia da quello teleologico, essa non sembra del tutto soddisfacente ed anzi solleva consistenti perplessità di coerenza sia con i principi costituzionali, sia con i più recenti orientamenti della giurisprudenza di Strasburgo.

4.2. *Per un diverso approccio esegetico.* – Come poc'anzi documentato mediante la pericope della motivazione, i giudici di legittimità indulgiano esclusivamente sul concetto di «sentenza» oggetto della procedura di riconoscimento e sulla natura giuridica di quest'ultimo: su questa base, annettono rilevanza a qualsiasi provvedimento decisorio (proposizione di per sé corretta) e ribadiscono la natura costitutiva del riconoscimento (pure non controvertibile), dalla quale discende anche l'automaticità degli effetti per i quali esso è operato.

4.2.1. *Dal concetto di "sentenza" al significato dell'applicabilità della pena accessoria "in base alla legge italiana".* – Ma l'interpretazione appena riassunta, a ben vedere, sorvola a piè pari proprio sullo scopo – o meglio: sul significato complessivo della procedura di riconoscimento, nel caso che questo sia effettuato per l'applicazione di pene accessorie: alla sentenza penale straniera può essere dato bensì riconoscimento, ma soltanto quando la condanna comporterebbe, «secondo la legge italiana», una pena accessoria. In altri termini, *fondamentale presupposto teleologico della procedura, in tal caso, non è tanto l'esistenza di una sentenza – che di tale procedura costituisce una mera condizione fattuale –, quanto la circostanza che la legge italiana prevede, qualora si trattasse di sentenza italiana, l'applicazione d'una pena accessoria.*

In questa prospettiva, appare evidente che il tema interpretativo centrale, nel caso deciso dalla Cassazione, s'impenna sul significato del riferimento alla derivazione della pena accessoria dalla condanna «secondo la legge italiana». Ci si deve chiedere, quindi, che cosa si debba intendere per «legge italiana» ai sensi dell'art. 12, n. 2, c.p.; alla risposta a questo interrogativo la Corte non fornisce nessun contributo. Essa

dà invece implicitamente per scontato che si tratti della sola legge sostanziale: lo si desume dal fatto che l'attenzione dei giudici è rivolta all'applicazione della pena accessoria quale conseguenza automatica «in base alla legge italiana» di un riconoscimento *già* avvenuto, e non all'applicabilità della pena accessoria «in base alla legge italiana», quale presupposto e condizione di legittimità dell'intero procedimento. Non si tratta d'una sfumatura sintattica, ma di differenti modi di leggere l'art. 12, capaci di portare a conclusioni diametralmente opposte.

A ben vedere, già su questo piano esegetico, si deve ribadire che non tanto il significato dell'espressione «sentenza», quanto piuttosto quello dell'espressione «secondo la legge italiana» – in quanto quest'ultima connota specificamente lo scopo per il quale il riconoscimento della sentenza è richiesto – costituisca in realtà il tema interpretativo centrale della fattispecie.

Orbene, in assenza di un'espressa indicazione in senso contrario, non sembra che quell'espressione debba essere limitata alla sola legge penale sostanziale. Tale limitazione, d'altra parte, sarebbe coerente in un sistema nel quale il processo sia assolutamente neutro rispetto al «rapporto punitivo», sia cioè meramente strumentale alla realizzazione della potestà punitiva i cui presupposti esso serve solo ad accertare e implementare in concreto, senza poterne influenzare la fisionomia sostanziale. Ma, com'è stato da tempo dimostrato¹⁶², il c.d. dogma della neutra strumentalità del processo appartiene, per l'appunto, alle ideologie¹⁶³. Al di là della questione teorica, comunque, la realtà normativa s'incarica di mostrare che il processo, anzi: talune forme del processo possono reagire sulla misura e sulla stessa persistenza della pretesa punitiva sostanziale (riducendola cioè, e se del caso estinguendola)¹⁶⁴; è il caso, di particolare rilievo rispetto alla questione qui discussa, proprio dei riti speciali.

¹⁶² M. NOBILI, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Milano, 1974; recentemente, ID., *Principio di legalità, processo, diritto sostanziale*, in ID., *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, pp. 181 ss.

¹⁶³ La questione è stata ripresa di recente da D. PULITANÒ, *Sui rapporti fra diritto penale sostanziale e processo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 951 ss.; criticamente G. RUGGIERO, *Ideologia e dogmatica sui rapporti tra diritto penale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 255 ss., ma cfr. la replica e le puntualizzazioni di D. PULITANÒ, *Consensi e fraintendimenti sui rapporti fra diritto sostanziale e processo*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, pp. 517 ss.

¹⁶⁴ Di recente cfr. un cenno in F. PATERNITI, *Contributo allo studio della punibilità*, Torino, 2008, pp. 124-127; inoltre A. ASTROLOGO, *Le cause di non punibilità. Un percorso tra nuovi orientamenti interpretativi e perenni incertezze dogmatiche*, Bologna, 2010.

Se dunque per «legge italiana» alla stregua della quale è richiesto il riconoscimento s'intendesse anche la legge processuale italiana, la conclusione della Cassazione nel senso dell'irrelevanza del rito straniero potrebbe essere ribaltata, ove risulti congruo il giudizio di omogeneità a seguito d'una attenta attività di comparazione con la disciplina processuale straniera (con gli strumenti previsti dall'art. 14, l. 31.5.1995, n. 218)¹⁶⁵. Conseguentemente, non sarebbe possibile applicare la pena accessoria ad una pronuncia di condanna straniera che sia stata resa all'esito d'una procedura analoga a quella prevista dall'ordinamento italiano, se per quest'ultima la legge italiana escluda l'applicabilità di pene accessorie.

4.2.2. ...*Un suggerimento da Strasburgo?*... – Tale conclusione, nel senso che non vi sia nessuna cogente ragione, né letterale né logica, perché il riferimento alla legge penale sia limitato al diritto penale sostanziale, potrebbe essere corroborata dal riferimento – ancora una volta – alla visione del «sistema penale» che caratterizza la giurisprudenza della Corte EDU. Con riferimento all'esercizio del proprio potere di controllo, nel senso ormai chiaro del carattere funzionale del principio di legalità, non dubita dell'insostenibilità della distinzione tra diritto sostanziale e diritto processuale; più specificamente, essa ha espressamente ritenuto di carattere sostanziale anche quelle previsioni, contenute formalmente in disposizioni di procedura, che influenzano la misura della pena applicabile¹⁶⁶.

¹⁶⁵ Cfr. V. BONINI, *Limiti sistematici ed opzioni ricostruttive della negoziabilità nella giustizia penale*, Torino, 2004 (sul «procedimento abbreviato» di cui alla Ley 28.12.1988 v. pp. 66 s. e nt. 25-29); v. comunque E. ESCUSOL BARRA, *El proceso penal por delitos: estudio sistemático del procedimiento penal abreviado (Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre)*, Madrid, 1997⁴; nella manualistica, ad es., V. GIMENO SENDRA - V. MORENO CATENA - V. CORTES DOMINGUEZ, *Derecho procesal. Proceso penal*, Valencia, 1993, pp. 513 ss.; sulla «conformidad» dopo la modifica del 2000, cfr. S. QUATTROCOLO - A.I. LUACES GUTIÉRREZ, *Conformidad e patteggiamento: spunti per un'analisi comparata tra Spagna e Italia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, pp. 341 ss.; la modifica è successiva alla sentenza della Cassazione italiana, ma ciò non incide sul discorso di metodo.

¹⁶⁶ Così, a proposito dell'art. 442 c.p.p., CEDU, G.C., 17.9.2009, *Scoppola v. Italy* (n. 2), cit., §§ 110-113: «There is no doubt that the penalties mentioned in Article 442 § 2 of the CCP were those to be imposed following conviction for a criminal offence..., that they were qualified as “criminal” in domestic law and that their purpose was both deterrent and punitive. In addition, they constituted the “penalty” imposed for the acts with which the defendant was charged, and not measures concerning the “execution” or “enforcement” of a penalty... In the light of the foregoing, the Court considers that Article 442 § 2 of the CCP is a provision of substantive criminal

Su queste basi, l'interpretazione qui prospettata in alternativa all'esegesi compiuta dalla Corte di cassazione parrebbe risultare confermata in plausibilità e coerenza. In questa sede, comunque, non interessa affrontare nel merito la questione concreta della comparabilità tra le due procedure (che potrebbe avere esito anche negativo)¹⁶⁷; piuttosto, è fondamentale rilevare come – ancora una volta – il confronto tra ordinamenti venga a giocare un ruolo decisivo per l'interpretazione, con effetti diretti sulla decisione giudiziaria¹⁶⁸.

4.2.3. *Una diversa e più cauta soluzione, argomentata in base alla ratio del "patteggiamento"; e dubbi residui.* – In una diversa ottica, si potrebbe sostenere la necessità di distinguere a seconda della *ratio* sottesa all'esclusione delle pene accessorie nel patteggiamento.

Se questa fosse ricollegata al carattere sommario dell'accertamento (pur presente)¹⁶⁹, si deve negare che il riconoscimento possa essere effettuato ai fini dell'applicazione della pena accessoria.

law concerning the length of the sentence to be imposed in the event of conviction following trial under the summary procedure. It therefore falls within the scope of the last sentence of Article 7 § 1 of the Convention».

¹⁶⁷ Si dovrebbe in effetti accuratamente verificare se l'introduzione di un principio consensuale su determinati aspetti dello specifico procedimento «*abreviado*», nella forma vigente al momento del giudizio terminato con la pronuncia di cui si chiedeva il riconoscimento, rendesse quest'ultimo effettivamente comparabile con il patteggiamento: le norme di riferimento sono gli artt. 789, co. 5, punto quinto; 791, co. 3; 793, co. 3 della «legge sul procedimento penale» spagnola: cfr. V. GIMENO SENDRA - V. MORENO CATENA - V. CORTES DOMINGUEZ, *op. cit.*, pp. 516 ss., e partic. pp. 541 s. Senza che sia qui possibile entrare nel merito, le disposizioni prevedono che in tre fasi del procedimento abbreviato possa formarsi un accordo fra accusa e difesa (in dettaglio E. ESCUSOL BARRA, *op. cit.*, pp. 133-136), per effetto del quale si possa chiedere al giudice di pronunciare immediatamente sentenza. Chiaro commento alle disposizioni anche in C. CONDE-PUMPIDO FERREIRO (dir.), *Enjuiciamiento criminal. Ley y legislación complementaria - Doctrina y Jurisprudencia*, II, Madrid, 1998, pp. 2802-2804, 2829, 2872-2874). Centrale è l'ultima: l'accusa e la difesa possono chiedere che il giudice proceda a «*dictar sentencia*» che non potrà riferirsi ad un diverso fatto, né qualificarlo in modo più grave rispetto a quanto contenuto nella richiesta dell'accusa (condivisa con l'imputato); sempre che la pena detentiva che il giudice ritiene di irrogare non superi i sei anni, quegli redigerà una sentenza in stretta «conformità» con quella accettata dalle parti («*de estricta conformidad con la aceptada por las partes*»).

¹⁶⁸ Sulla «comparazione giudiziaria» cfr. A. ESER, *Funzioni, metodi e limiti della ricerca in diritto penale comparato*, in *Dir. pen.* XXI sec., pp. 10-14.

¹⁶⁹ Sul carattere sommario dell'accertamento compiuto in sede di applicazione della pena, sia pure in relazione all'applicazione di sanzioni sostitutive su richiesta dell'imputato, prevista originariamente dalla l. n. 689/1981, cfr. in particolare E. MARZADURI, *L'applicazione di sanzioni sostitutive*, cit., pp. 155 s.

La soluzione sarebbe destinata a capovolgersi, almeno in apparenza, se – come prevalentemente si ritiene –¹⁷⁰ la ragione d'inapplicabilità delle pene accessorie sia di carattere tipicamente premiale: nulla osterebbe al riconoscimento perché non v'è ragione di premio rilevante per l'ordinamento italiano.

Tuttavia, adottando questo punto di vista, il problema, non che risolto, sembrerebbe addirittura aggravarsi in termini di rispetto delle garanzie costituzionali: in tal caso, infatti, non sembra infondato prospettare una possibile violazione del principio di uguaglianza, perché – una volta che il procedimento di riconoscimento abbia reso equipollente la sentenza straniera ad una italiana, come titolo per l'applicazione di pene accessorie – allora il soggetto condannato all'estero sarebbe sottoposto ad un trattamento deteriore rispetto a quello cui sarebbe sottoposto un soggetto condannato in Italia a séguito di procedimento omologo per lo stesso fatto.

SEZIONE III

5. *Illegalità della pena accessoria inflitta, diritto internazionale (dei diritti umani), diritto sopranazionale.* – L'ultimo dei profili di (possibile ed auspicabile) intersezione fra disciplina nazionale e diritto internazionale e sopranazionale, che sono stati qui identificati come significativi in tema di pene accessorie, è rappresentato – come si è detto – dal problema di quali soluzioni siano disponibili, in base all'ordinamento interno, nel caso di illegalità della pena accessoria inflitta.

5.1. *Stato della questione.* – Com'è noto, l'art. 676 c.p.p. stabilisce piuttosto laconicamente che il giudice dell'esecuzione è competente a «decidere» in ordine alle pene accessorie; in tal caso, si procede con rito semplificato *ex art. 667, co. 4, c.p.p.* (con ordinanza *de plano* senza formalità). Solo in caso di opposizione di parte si fa luogo alla procedura esecutiva ordinaria, con udienza in camera di consiglio *ex art. 666 c.p.p.* Tale disposizione non ha suscitato particolari commenti (né particolare attenzione) da parte della dottrina – diversamente, ad esempio, dalle altre ipotesi d'intervento del giudice dell'esecuzione relativa-

¹⁷⁰ Sia sufficiente rinviare a D. VIGONI, *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, in M. PISANI (a cura di), *I procedimenti speciali in materia penale*, Milano, 2003², pp. 116 ss. (pp. 217 s., ove la non applicazione di pene accessorie è spiegata come «effetto normativo premiale» del patteggiamento ordinario; pp. 220-223); nonché già ID., *L'applicazione della pena su richiesta delle parti*, Milano, 2000, pp. 413 s., 419-444.

mente all'esecuzione della pena detentiva –¹⁷¹; di regola, ci si limita ad osservare cursoriamente come il potere di decidere in tema di pene accessorie rientri fra quelli di «integrazione» del giudicato¹⁷²; con riguardo, evidentemente, all'applicazione di una pena non irrogata dal giudice della cognizione (ché, altrimenti, il riferimento all'integrazione del giudicato non sarebbe comprensibile), oltre che, ovviamente, a questioni che sorgano in relazione all'esecuzione.

Ora, il problema consiste nello stabilire se tale procedura sia esperibile, per l'appunto, anche nel caso d'illegalità della pena accessoria inflitta.

La dizione letterale dell'art. 676 c.p.p. sembra di per sé sufficientemente generica da consentire senza troppe difficoltà di riferirsi alla situazione che ci occupa; in tal senso, come si dirà, si pronuncia in effetti parte della giurisprudenza. D'altronde, anche quanti tendono ad escludere «un intervento *in executivis* per rimediare ad errori della sede cognitiva, non più sindacabili, dato l'effetto preclusivo del giudicato»¹⁷³, sembrano ammettere tuttavia l'intervento del giudice dell'esecuzione in chiave correttiva d'un effetto sanzionatorio illegale¹⁷⁴.

Dal punto di vista sistematico, inoltre, potrebbe apparire singolare che ai sensi dello stesso art. 676 sia riconosciuta senz'altro la competenza del giudice dell'esecuzione a decidere delle cause *estintive*, dunque anche di quelle estintive della pena, e sia invece negata la competenza a decidere dell'invalidità della vicenda *costitutiva* della pena. Similmente incoerente sarebbe negare l'intervento sull'illegalità di una pena accessoria e riconoscerne uno alquanto penetrante di manipolazione del giudicato, quale quello che si determina in caso di applicazione d'indulto in fase esecutiva nei casi di reato continuato, con scissione del cumulo giuridico e rideterminazione della pena¹⁷⁵.

Già sulla scorta di questi rilievi – lasciando per il momento da parte il caso specifico della sentenza di patteggiamento – si potrebbe

¹⁷¹ Cfr. per tutti, di recente, D. VIGONI, *Relatività del giudicato ed esecuzione della pena detentiva*, Milano, 2009, cui si rinvia anche per le opportune indicazioni bibliografiche.

¹⁷² P. TONINI, *Procedura penale*, Milano, 2009¹⁰, p. 899.

¹⁷³ D. VIGONI, *op. cit.*, p. 197.

¹⁷⁴ D. VIGONI, *op. loc. cit.*, in nt. 71, la quale, se non intendiamo male, considera plausibile l'opinione di A. SCALFATI, *La pronuncia di abolitio criminis nel vigente assetto dell'esecuzione penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, pp. 175 ss., 209.

¹⁷⁵ Il che accade, come si sa, quando il giudice di cognizione non abbia indicato la misura dell'aumento per il reato satellite: tale potere è riconosciuto da Cass. S.U. 23.4.2009, in *CED Cass.*, rv. 243380. Cfr. anche D. VIGONI, *op. cit.*, pp. 225 s.

concludere che, almeno dal punto di vista delle regole processuali, non vi sono ragioni immediatamente evidenti per interpretare restrittivamente il potere del giudice dell'esecuzione di decidere «in ordine alle pene accessorie».

Tuttavia, come si è accennato, se in termini generali i giudici di legittimità non dubitano che l'illegalità della pena accessoria inflitta debba essere rilevata dal giudice in ogni stato e grado del processo¹⁷⁶, si registra però un contrasto giurisprudenziale circa lo strumento per rimediare: secondo talune più recenti pronunce, non si può procedere alla mera correzione di errore materiale, né ad incidente di esecuzione, perché si tratterebbe di modifica sostanziale del contenuto decisorio della sentenza: il rimedio è dunque l'impugnazione; ma l'orientamento non è pacifico¹⁷⁷.

Quello contrario all'applicabilità in sede esecutiva – peraltro riconosciuta quando la pena applicata sia completamente avulsa da una pretesa punitiva o nel caso di *abolitio criminis* – argomenta che: *a*) non può parlarsi d'illegittimità della pena quando sopravvengano disposizioni più favorevoli al reo, per le quali vale il limite del giudicato *ex art. 2, co. 4, c.p.*; *b*) neppure può parlarsi d'illegittimità della pena quando questa derivi da un'opinabile interpretazione delle norme di legge, controversa in giurisprudenza (si pensi, ad es., alla discussione se in caso di reato continuato le pene accessorie siano da riferire alla pena base inflitta per la violazione più grave oppure a quella risultante dall'aumento); *c*) quando il titolo esecutivo consista in una sentenza di patteggiamento (allargato), non è possibile incidere in sede esecutiva sulla pena, perché oggetto di accordo tra le parti.

Poiché questi argomenti non si esauriscono nell'esegesi e nella ricostruzione sistematica della disciplina processuale, ma oppongono anche obiezioni di diritto sostanziale, essi meritano di essere attentamente considerati anche da quest'ultimo punto di vista. In quest'ottica emerge subito la necessità d'un preliminare chiarimento concettuale.

5.2. *Per una corretta posizione del problema.* – In effetti, per quanto la giurisprudenza non dubiti – lo si è poc'anzi ricordato – che il principio di legalità della pena si estenda alle pene accessorie, sulla

¹⁷⁶ Per tutte, Cass., sez. I, 13.3.1984, Bartoloni, in *CED Cass.*, rv. 165055.

¹⁷⁷ Per l'impugnazione, Cass., sez. I, 19.2.2009, Blasi Nevone, in *CED Cass.* 2009/14827, n. 243740; Cass., sez. I, 20.3.2007, Fragnito, in *CED Cass.* 2007/14007, n. 236213; *contra*, ad es., Cass., sez. I, 25.2.2005, Pozzi, in *CED Cass.* 2005/9456, n. 230928; Cass., sez. I, 10.11.2004, Tinnirello e a., in *CED Cass.* 2004/45381, n. 230129.

situazione specularmente negativa, e cioè sul concetto di “illegalità della pena”, è tuttavia necessario intendersi. Sebbene la considerazione sembri appartenere all’ambito delle ovvietà, non sembra inopportuno sollecitare a tener distinte la sfera d’applicazione del principio di previsione legale delle conseguenze sanzionatorie (art. 1 c.p.: nessuno può essere punito con pene che non siano stabilite dalla legge), da un lato, e quella di applicazione delle regole sulla successione di leggi relative al trattamento sanzionatorio, dall’altro lato. Quest’ultima – per l’appunto – è questione relativa non già all’aspetto della necessaria previsione/predeterminazione legale della pena, quanto a quella specificazione del principio generale di legalità, rappresentata dal divieto di trattamento deteriore e dai suoi limiti di diritto positivo (art. 2 c.p.).

Ora, l’illegalità della pena inflitta può essere riferibile o all’applicazione di una pena non prevista dalla legge – ed allora si darà una violazione dell’art. 1 c.p. – oppure alla violazione dei criteri relativi all’applicazione della legge nel tempo – ed allora verrà in considerazione l’art. 2 c.p.; in entrambi i casi si tratta di *error in iudicando* che conduce a «violazione di legge»; ma la norma violata non è necessariamente la stessa e proprio questo rilievo, come si dirà subito, appare rilevante dal punto di vista pratico ai fini dell’identificazione del rimedio processuale.

5.3. *Osservazioni critiche.* – Sulla scorta di questa precisazione, vediamo dunque agli argomenti che la giurisprudenza spende per negare il potere di provvedere in fase esecutiva.

I) Il primo argomento [§ 5.1, lett. a)] non convince nell’assolutezza con cui è enunciato.

Sulla base di quanto poc’anzi osservato [§ 5.2], nel caso in cui la legge vigente al momento del fatto non comminasse la pena accessoria, si dovrà riconoscere che la pena non era prevista dalla legge al momento del fatto, come richiesto invece dall’art. 1 c.p. Una legge successiva che introduca la pena accessoria “modifica” bensì il trattamento sanzionatorio del fatto, ma non si tratta di un ordinario fenomeno di successione di leggi “modificative” rilevante *ex art. 2, co. 4*, bensì, per così dire, di un fenomeno equipollente – dal punto di vista del trattamento sanzionatorio – ad una nuova incriminazione: non si tratta d’un fenomeno meramente successorio fra trattamenti sanzionatori differenti perché il giudizio di “diversità” non può essere effettuato *ab origine* in quanto manca la base del confronto.

In tal senso, quando una legge successiva preveda per il fatto una pena accessoria in precedenza non prevista, il divieto di applicare la norma successiva discende dall'art. 1 del codice penale e non dall'art. 2: la pena accessoria non è una pena prevista dalla legge per il fatto (al momento in cui fu commesso).

Può accadere che la pretesa erroneità derivi dall'applicazione di una pena accessoria perpetua in luogo di una temporanea, o viceversa. In tal caso, si dovrebbe muovere dal presupposto che fra pena perpetua e temporanea vi è un rapporto di eterogeneità qualitativa e non meramente quantitativa. Dovrebbe dunque essere ammesso l'incidente di esecuzione, sempre in applicazione dell'art. 1, sia qualora il ricorso sia volto a far valere l'applicazione della pena temporanea in luogo di quella perpetua; sia nel caso contrario.

Fuori da queste ipotesi, se sussiste un fenomeno di successione modificativa (es., modifica della durata di una pena temporanea; modifica dei limiti di durata specifica della singola pena) si applicherà senz'altro l'art. 2, co. 4, con conseguente necessità di proporre impugnazione¹⁷⁸.

Ma se non sussiste un fenomeno di successione, la predetta norma, come si è detto, è fuori gioco e il rimedio in sede esecutiva è legittimato *ex art. 1*.

Tale interpretazione, del resto, potrebbe essere corroborata mediante il riferimento al più recente orientamento della CEDU, che ha censurato la mancata applicazione della legge più favorevole (che sarebbe stata 'dovuta' alla stregua del diritto nazionale) vigente al momento del fatto anche al di fuori di un fenomeno successorio¹⁷⁹. Ma, a maggior ragione, quando si ritenga sussistente tale fenomeno, la normativa nazionale dovrebbe essere interpretata nel senso in cui sia compatibile con la tutela dei diritti umani, anche nei termini in cui quest'ultima è prefigurata dalla Corte EDU; e, come si è visto, questa non

¹⁷⁸ Per una meditata rilettura del limite del giudicato cfr. D. PULITANO, *Legalità discontinua? Paradigmi e problemi di diritto intertemporale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, partic. pp. 1292 ss., ove si richiamano anche recenti progetti di riforma (pp. 1293 s.), nonché p. 1295 e nt. 54 a proposito dell'indulto applicato alle pene accessorie nel caso di condanna per fatti successivi al momento di riferimento indicato nel provvedimento di clemenza ma legati ai precedenti, coperti dall'indulto, dal vincolo della continuazione (ai fini delle presenti considerazioni si prende nota della competenza del giudice dell'esecuzione; non rileva, invece, la soluzione di merito, ritenuta discutibile, adottata dalla Corte di cassazione).

¹⁷⁹ CEDU, 22.7.2003, *Gabbari Moreno v. Spagna*, in *Legisl. pen.*, 2004, p. 133; cfr. sul punto DE VERO, in G. DE VERO - G. PANEBIANCO, *op. cit.*, p. 23.

dubita dell'applicazione del principio del trattamento più favorevole quando si tratti di determinare la misura della punizione.

Sotto altro profilo, una volta che si ritenga applicabile l'art. 2, co. 4, c.p., potrebbero sorgere perplessità nel caso in cui – decorso il termine per proporre impugnazione e vanamente esperito il ricorso ad un giudice dell'esecuzione che si sia rivelato fedele seguace dell'orientamento della Cassazione – si consolidi per l'ordinamento interno l'effetto pregiudizievole di una pena illegalmente inflitta. Ci si può chiedere infatti se, non essendo stati esperiti i rimedi interni, identificati nell'impugnazione, e data la ritenuta indisponibilità di ulteriori strumenti, il condannato possa adire la Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 7 CEDU.

Una prima obiezione, di tipo procedurale, consisterebbe nell'eccepire il difetto di legittimazione ad agire, appunto perché non sarebbero stati esperiti tutti i rimedi interni – pur potendo, il prevenuto dell'esempio non ha infatti proposto impugnazione. Ma si tratterebbe di un'obiezione debole, che semplicemente sposta il problema. In effetti, si potrebbe replicare che, per l'appunto, l'ordinamento prevede che il giudice dell'esecuzione possa decidere in ordine alle pene accessorie – senza ulteriori, restrittive specificazioni – proprio in relazione ad un giudicato già formato, e che tali poteri, soprattutto in assenza di un ostacolo testuale insormontabile, dovrebbero essere interpretati in conformità alla CEDU: precisamente, nel senso che il giudice dell'esecuzione possa far cessare l'applicazione di una pena illegale anche se avente titolo in un provvedimento passato in giudicato.

Su questa base, l'art. 676 c.p.p. *dovrebbe* essere interpretato, in adempimento dell'obbligo d'interpretazione coerente con la CEDU, nel senso di consentire l'eliminazione (anche) in sede esecutiva della pena illegale.

II) Venendo al secondo argomento contrario all'esperibilità del rimedio esecutivo (secondo il quale sarebbe da escludere una illegittimità della pena quando tale giudizio derivi da un'opinabile interpretazione delle norme di legge, controversa in giurisprudenza), il problema si è concretamente posto nel caso di reato continuato¹⁸⁰. In effetti, la giurisprudenza maggioritaria ritiene che la pena principale alla quale si deve fare riferimento per stabilire la durata della pena accessoria è quella inflitta per la violazione più grave e non quella complessiva, risultante

¹⁸⁰ Cfr. Cass., sez. I, 19.2.2009, cit.

dall'aumento per la continuazione; si tratta di un "diritto giurisprudenziale" rispetto al quale, per l'appunto, sul tema del rimedio esecutivo la Cassazione si attesta in posizione di cautela: come a dire che, già interpretato *in favorem rei* il criterio d'irrogazione, non si può addirittura concedere – ad ulteriore 'beneficio' – l'estremo rimedio esecutivo.

Tuttavia, prendere atto del diritto vivente – il quale, si noti, è il solo astrattamente prevedibile dal reo – equivale ad osservare che una pena accessoria applicata in relazione al *quantum* di pena risultante dall'aumento e che non sarebbe applicabile, invece, per limiti inferiori di pena principale (quali quelli raggiunti dalla sola violazione più grave) è applicata in difetto della sua base legale.

E tuttavia il problema, per questa ipotesi specifica, si sposta su un diverso piano: si tratta cioè di stabilire i presupposti e i limiti in relazione ai quali un'interpretazione giurisprudenziale possa rilevare in funzione costitutiva nella determinazione delle conseguenze sanzionatorie. La soluzione positiva potrebbe essere argomentata in ragione degli effetti più favorevoli al reo; quella negativa troverebbe la sua legittimazione nel principio di legalità *tout court*. Anche optando in astratto per la soluzione negativa, d'altronde, si potrebbe ritenere pur sempre l'inapplicabilità della soluzione più sfavorevole: conclusione suggerita ed anzi imposta, come si è poc'anzi accennato, dalla lettura del principio di legalità sotto il differente profilo – valorizzato in particolare alla luce della giurisprudenza della CEDU – della necessaria preventivabilità di tutte le conseguenze giuridiche delle proprie azioni¹⁸¹.

III) Infine, quanto al caso in cui la pena accessoria sia stata (illegalmente) irrogata in sede di patteggiamento, la posizione giurisprudenziale che fa leva sull'inattaccabilità dell'accordo fra le parti può apparire formalistica. Per un verso, si potrebbe ritenere che la correzione in sede esecutiva non verrebbe ad incidere discrezionalmente sul contenuto dell'accordo, ma si limiterebbe ad integrarlo in termini normativamente vincolati e, per giunta, favorevoli al reo. La difficoltà tuttavia esiste; si potrebbe peraltro ancora osservare che, se si ammette la possibilità di correzione in sede esecutiva quando la decisione irrevocabile sia stata resa a seguito di procedimento ordinario, parrebbe difficile ammettere una soluzione negativa nel caso di pena patteggiata senza interrogarsi sul rispetto del principio di uguaglianza. Del resto,

¹⁸¹ Per i necessari riferimenti sia sufficiente rinviare a B. EMMERSON - A. ASHWORTH - A. MACDONALD (Eds.), *Human Rights*, cit., p.

poiché il procedimento esecutivo *ex art. 676 c.p.p.* è avviato su istanza di parte, l'altra parte potrà ben opporsi, ed allora si reinstaura il contraddittorio in udienza, nel quale potrebbe formarsi un nuovo accordo; la situazione sarebbe assimilabile, da questo punto di vista, al patteggiamento *in executivis ex art. 188 disp. att. c.p.p.*, per il quale fra l'altro è previsto che, in caso di disaccordo fra le parti, «il giudice, se lo ritiene ingiustificato, accoglie ugualmente la richiesta»¹⁸².

6. *A mo' di conclusione.* – La pena ha una legalità difficile; quella delle pene accessorie è stata in parte anche negletta. Sofferinarsi a considerare le intersezioni – effettive o possibili – con altri livelli ordinali è uno dei punti di vista che si possono e invero si dovrebbero adottare; il tema può apparire magari secondario e, forse, il metodo suggerito impone uno sforzo sproporzionato all'argomento potendo persino aggravarne la confusione.

Però, accade di constatare che il sistema penale – non solo nazionale – «inclina verso i modi di gestione amministrativa della penalità»¹⁸³: con lessico più proclive alla sociologia, qualcuno ha parlato di “società della prevenzione criminale” («*pre-crime society*») ¹⁸⁴ – per quanto non si possa dimenticare che si tratta d'una tensione costante nella storia del diritto penale¹⁸⁵. E allora l'esigenza di controllo

¹⁸² Per comodità si riporta il testo, per la parte che può interessare in questa sede, dell'art. 188 c.p.p. (come modif. dalla l. 2.8.2004, n. 205): «... nel caso di più sentenze di applicazione della pena su richiesta delle parti pronunciate in procedimenti distinti contro la stessa persona, questa e il pubblico ministero possono chiedere al giudice dell'esecuzione l'applicazione della disciplina del concorso formale o del reato continuato, quando concordano sulla entità ... nel caso di disaccordo del pubblico ministero, il giudice, se lo ritiene ingiustificato, accoglie ugualmente la richiesta».

¹⁸³ M. NOBILI, *Scenari e trasformazioni del processo penale*, Padova, 1998, p. 204.

¹⁸⁴ L. ZEDNER, *Pre-crime and Post-criminology?*, in 11 *Theoretical Crim.*, 2007, pp. 261 ss.: «Il controllo preventivo del crimine [*Pre-crime*] sposta la prospettiva temporale, per anticipare e paralizzare ciò che non si è ancora verificato e mai potrebbe verificarsi. In una società della prevenzione criminale ci sono calcolo, rischio e incertezza, sorveglianza, precauzione, 'prudenzialismo', azzardo morale, prevenzione e, come coprendo ad arco tutto ciò, il perseguimento della sicurezza». In ambito germanico, fra una amplissima bibliografia, cfr. di recente M. REINHART, *Administrative Präventionsstrategien und Strafrecht im Rechtsstaat*, in W. Beulke at al. (Hrsg.), *Das Dilemma des rechtsstaatlichen Strafrechts. Symp. für Bernhard Haffke zum 65. Geburtstag*, etc., Berlin, 2009, pp. 127 ss.

¹⁸⁵ Mi limito a richiamare W. NAUCKE, *Feuerbachs Lehre von der Funktionstüchtigkeit des gesetzlichen Strafens*, in E. HILGENDORF, J. WEIZEL (Hrsg.), *Der Strafgedanke*

delle soluzioni normative e degli atteggiamenti giurisprudenziali si fa più urgente; essa sollecita a percorrere quadrivi ed angiporti delle periferie, nelle quali è necessario mantenere una bussola, ma dalle quali è anche possibile guardare in modo meno scontato un'intera città.