

## Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia?

Spunti di Riflessione a Margine di *Corte Cost.*, sent. 5 aprile 2017 (dep. 11 maggio 2017), n. 109, Pres. Grossi, Rel. Zanon

### *Constitutional and Conventional Guarantees “En Matière Penale”: Osmosi or Autonomy?*

*Thoughts inspired by Corte Cost., Judgment 5th April 2017  
(Deposit 11th May 2017), N. 109, President Grossi, Reporting Judge Zanon*

IRENE PELLIZZONE

*Ricercatrice in Diritto costituzionale presso il Dipartimento di Diritto pubblico italiano e sovranazionale dell'Università degli Studi di Milano  
irene.pellizzone@unimi.it*

DEPENALIZZAZIONE, CRITERI ENGEL,  
CONTROLLO DI COSTITUZIONALITÀ ACCENTRATO,  
RISERVA DI LEGGE IN MATERIA PENALE

DECRIMINALIZATION, ENGEL CRITERIA,  
CENTRALIZED CONSTITUTIONAL REVIEW OF LEGISLATION,  
PRINCIPLE OF LEGALITY

#### ABSTRACT

Nella sentenza in esame la Corte esclude che l'art. 25, c. II, Cost., possa essere evocato come parametro di costituzionalità per questioni riguardanti norme di depenalizzazione che non rispettano, ai sensi dell'art. 7 CEDU, il principio di irretroattività in materia penale, rinvenendo invece nell'art. 117, primo comma, Cost., il parametro appropriato. Dopo l'analisi della sentenza, l'Autore mette in luce come la distinzione del campo di operatività dei due parametri sia tutt'altro che nominalistica, ma si radichi invece nella condivisibile valorizzazione dell'autonomia tra sistema delle garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale. Infine si propone, in una sorta di riepilogo, un vademecum per la corretta costruzione delle questioni di costituzionalità da parte dei giudici remittenti.

This paper examines a recent judgment by the Italian Constitutional Court as to the extent of the principle of non-retroactivity of criminal laws, as applied to laws that de-criminalise previous criminal offences by transforming them into mere administrative offences. The author discusses, in particular, whether the normative framework of this whole discussion should be found in Article 25 (2) of the Italian Constitution or, rather, in Article 7 ECHR, to which Article 117 (1) of the Italian Constitution implicitly refers.

## SOMMARIO

1. Introduzione: i piani di lettura della pronuncia. – 2. La questione di legittimità costituzionale. – 3. Autoqualificazione legislativa e riserva di legge: il ruolo dell'art. 25, secondo comma, Cost. – 4. Autoqualificazione legislativa, soggezione del giudice alla legge e obbligo di sollevare la questione di legittimità costituzionale. – 5. Considerazioni conclusive: qualche spunto per le autorità giurisdizionali remittenti.

## 1.

**Introduzione: i piani di lettura della pronuncia.**

La sentenza in commento pare meritevole di attenzione per due ordini di motivi, di natura processuale e sostanziale.

La parte più interessante della pronuncia riguarda l'esame della possibile violazione del principio costituzionale di irretroattività in materia penale: la Corte, infatti, non essendo stato evocato l'art. 117, primo comma, Cost., affronta interessanti interrogativi circa il possibile ruolo dell'art. 25, secondo comma, nelle questioni di costituzionalità sollevate in ragione della sospetta elusione delle garanzie previste a livello convenzionale per la materia definita penale sulla base dei criteri Engel, attraverso le c.d. "truffe delle etichette"<sup>1</sup>.

Sul versante processuale, occorre segnalare che la Corte, mettendo in luce gli aspetti contraddittori del thema decidendum, che la conducono ad una pronuncia di inammissibilità, coglie l'occasione per offrire importanti indicazioni sulle corrette modalità con cui sollevare questioni di legittimità costituzionale vertenti sulla estensione delle garanzie convenzionali della materia penale a ipotesi di sanzioni non qualificate come penali dal legislatore italiano, consegnando ai giudici remittenti una sorta di vademecum cui fare riferimento<sup>2</sup>.

Più precisamente, e come si vedrà meglio nel § 2, la pronuncia, a partire da un vizio logico nella motivazione dell'ordinanza di remissione, chiarisce come, quando si dubiti che, a causa della esclusione per via legislativa interna dalla materia penale di misure di fatto punitive siano state vanificate le garanzie previste a livello convenzionale dall'art. 6 o 7 CEDU<sup>3</sup>, occorra evocare come parametro l'art. 117, primo comma, Cost., lasciando tendenzialmente fuori dai giochi, invece, l'art. 25, secondo comma, Cost.

## 2.

A questo riguardo è bene evidenziare immediatamente che la sentenza, in coerenza con lo scopo di dare all'autorità giurisdizionale penale gli strumenti necessari per impostare correttamente il rinvio alla Corte di analoghe questioni di costituzionalità, non perde l'occasione per affermare con enfasi l'obbligo, che in realtà dovrebbe essere pacificamente riconosciuto a partire dalle sentenze nn. 348 e 349 del 2007, di rimettere al sindacato di costituzionalità la soluzione di dubbi di costituzionalità riguardanti norme interne in contrasto con la CEDU, una volta appurata l'impossibilità di una loro interpretazione in senso convenzionalmente conforme<sup>4</sup>.

In realtà, come si cercherà di dimostrare, la decisione non è affatto liquidabile come una

<sup>1</sup> Cfr. la sent. *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8 giugno 1976, serie A, n. 22, la cui evoluzione giurisprudenziale è peraltro, come noto, molto ricca e complessa; in tema tra i tanti v. F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss.; si v. inoltre V. MANES, *Art. 7*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena e V. Zagrebelsky, Padova, 2012, 259 ss.; M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C. E. Paliero - F. Viganò (a cura di), *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, 273 ss.

<sup>2</sup> I casi in cui vengono poste simili questioni sono sempre più frequenti: solo tra la fine del 2016 e l'inizio del 2017 si contano 7 pronunce, compresa quella in commento: sentt. nn. 193, 276 del 2016, 2, 43 e 69 del 2017.

<sup>3</sup> In questo senso v. N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in I. Pellizzone (a cura di), *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, Milano, 2017, 85 ss.

<sup>4</sup> V., all'interno del punto 3.1. del considerato in diritto, il passaggio in cui si afferma che in presenza di una legislazione interna di contenuto contrario alla CEDU il giudice comune, "verificata l'impraticabilità di una interpretazione in senso convenzionalmente conforme [...] deve sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna, per violazione di tale parametro costituzionale (ex plurimis, sentenze n. 150 del 2015, n. 264 del 2012, n. 113 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009)".

Da notare che subito prima la Corte si sofferma sull'obbligo di interpretazione convenzionalmente conforme, affermando che, "[n]ell'attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima". Come si vedrà oltre nel testo, il modo in cui la Corte mette in correlazione, subito dopo, questo obbligo con quello di sollevare questioni di legittimità costituzionale quando interpretazioni convenzionalmente conformi siano precluse dal testo della legge pare sintomatico di un preciso orientamento del giudice costituzionale circa i rapporti tra giudice e legge.

semplice scorciatoia processuale<sup>5</sup>, ma fonda l'inammissibilità per erronea individuazione del parametro su serie ragioni sostanziali. Nella pronuncia infatti la Corte conferma e rafforza, sulla scia di quanto affermato nella di poco antecedente sent. n. 43 del 2017<sup>6</sup>, l'autonomia tra sistema di garanzie approntate per la materia penale a livello nazionale, in forza degli artt. 25 e 27 Cost., da una parte, e convenzionale, imperniate dunque sugli artt. 117, primo comma, Cost., unitamente agli 6 e 7 CEDU, dall'altra.

Ciò allo scopo evidente di non offuscare il valore politico criminale della scelta, riservata al Parlamento, di depenalizzare fattispecie originariamente sanzionate con la pena, in forza di un'improvvida deviazione del canale di collegamento tra sistema convenzionale di garanzie della materia penale e ordinamento costituzionale italiano, che conduce a sfruttare il perimetro di applicazione dell'art. 25, secondo comma, Cost., per far confluire i principi degli artt. 6 e 7 CEDU all'interno del sistema di tutela posto dalla Costituzione all'esercizio dello ius puniendi<sup>7</sup>.

In queste brevi riflessioni si tenterà, dopo una rapida ricostruzione della questione oggetto dello scrutinio della Corte, di mettere in luce come il piano processuale (la scelta del parametro) ed il piano sostanziale (l'autonomia tra garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale) convergano verso un medesimo scopo: ovverosia aprire una strada per raggiungere un effettivo rispetto degli artt. 6 e 7 CEDU, senza annacquare, in una commistione impropria tra Costituzione e sistema convenzionale, le specificità della protezione che la riserva di legge in materia penale è preposta ad accordare.

## 2.

### La questione di legittimità costituzionale.

Ma andiamo con ordine. La questione, della massima delicatezza ed importanza, per come prospettata dal remittente, pur meritevole di avere rinviato la questione alla Corte costituzionale, presenta aspetti paradossali<sup>8</sup>.

Le norme oggetto sono gli artt. 8, commi 1 e 3, e 9 del d. lgs. 15 gennaio 2016, n. 8, con cui come noto è stata disposta la depenalizzazione, a norma dell'articolo 2, comma 2, della legge delega 28 aprile 2014, n. 67, di ampi e vari settori dell'ordinamento.

Per quanto qui interessa, con questo intervento il legislatore ha sottratto all'area di ciò che è penalmente rilevante la fattispecie di mancato versamento delle ritenute previdenziali ed assistenziali operate dal datore di lavoro sulle retribuzioni dei dipendenti.

In questo quadro, il giudice a quo dubita della conformità a Costituzione delle norme citate, in particolare in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 27, per i perversi effetti dell'applicazione retroattiva delle sanzioni amministrative sostitutive delle sanzioni penali, che

<sup>5</sup> In senso diverso si v. F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 5/2017, 330 ss., il quale in estrema sintesi ritiene che la pronuncia mascheri, dietro una severità formale di facciata, la ritrosia del giudice costituzionale a dirimere una questione molto spinosa nel merito.

<sup>6</sup> In cui come noto la Corte si era pronunciata sulla questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto l'art. 30 della l. n. 87 del 1953, nella parte in cui non prevede la propria applicabilità alle sentenze irrevocabili con le quali è stata inflitta una sanzione amministrativa qualificabile come "penale" ai sensi del diritto convenzionale.

Sulla pronuncia v., per commenti critici, M. C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 3/2017, 293 ss., che sottolinea come, se destinataria di un ricorso, la Corte europea ben potrebbe ritenere violato l'art. 7 CEDU, essendo la condanna priva di base legale; e A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, in *Dir. pen. cont. emporaneo*, fasc. 5/2017, 15 ss. spec. 31 ss., il quale nota che la Corte costituzionale non ha colto l'occasione per allargare l'ambito di applicazione dell'art. 30 della l. n. 87 del 1953 ad ambiti materiali sostanzialmente penali alla luce di criteri Engel, posto che ciò avrebbe avuto solo l'effetto di allargare delle garanzie, con conseguenze, dunque, solo ed esclusivamente in *bonam partem*.

<sup>7</sup> Enfatizza, tra i costituzionalisti, la massima discrezionalità del legislatore nella scelta politica del ricorso alla sanzione penale, chiamata ad operare quale *extrema ratio*, v. V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 227 ss., proprio a partire da casi di depenalizzazione. In tema v. anche, sempre tra i costituzionalisti, P. CHIRULLI, *La sanzione penale: ovvero "se", "come", "quando" e "quanto" punire, alla luce della giurisprudenza costituzionale*, in E. D'Orlando - L. Montanari (a cura di), *Il diritto penale nella giurisprudenza costituzionale*, Torino, 2009, 39 ss.

<sup>8</sup> Va peraltro dato atto al giudice a quo del merito di aver investito la Corte costituzionale di simile questione e della sua complessità, che rendevano certamente difficile la costruzione della questione di legittimità costituzionale (si tenga anche conto che la sent. n. 43 del 2017, che chiarisce come il rapporto tra garanzie convenzionali e costituzionali della materia penale vada inteso in senso di autonomia, è stata pubblicata dopo la stesura dell'ordinanza di remissione). Anche la Corte sembra valorizzare l'iniziativa del remittente, come emerge dalla ampia e distesa motivazione della pronuncia, che non pare certo rientrare nella categoria di decisioni di inammissibilità - sanzione, con cui invece la Corte costituzionale indirettamente "bacchetta" il giudice a quo, mediante motivazioni molto stringate, combinate a dispositivi manifesta inammissibilità, per i macroscopici vizi processuali dell'ordinanza di remissione. In tema v. per tutti A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano 2004, 216.

avrebbe condotto all'irrogazione di una sanzione amministrativa di natura economica (e dunque, è vero, non più penale) notevolmente maggiore della multa che l'imputata avrebbe dovuto pagare nel vigore dell'originario sistema punitivo<sup>9</sup>.

Per dare concretamente conto della questione, è opportuno precisare che lo stesso fatto del mancato versamento delle ritenute era, prima della depenalizzazione, punito con la reclusione fino a tre anni e con la multa fino 1.032,91 euro, mentre, sulla base della mutata cornice normativa, è prevista una sanzione amministrativa pecuniaria che va da un minimo di euro 10.000 ad un massimo di euro 50.000. Tenuto conto che, nel caso di specie, sussisteva, nel quadro legislativo vigente al momento di commissione del fatto, la possibilità di applicazione della sospensione condizionale della pena e che la somma non versata ammontava a 177 euro, si può immaginare che il giudice penale, chiamato dal nuovo apparato sanzionatorio a trasmettere gli atti all'autorità amministrativa competente ad irrogare la nuova sanzione non penale, abbia avvertito una profonda contraddizione nel sistema. Egli ha dunque sollevato una questione di costituzionalità per la possibile violazione del principio di irretroattività in materia penale, attesa, alla luce della giurisprudenza della Corte Edu sui criteri Engel, la natura sostanzialmente penale della sanzione amministrativa risultante dalla depenalizzazione; del principio di eguaglianza, per la disparità di trattamento fra i soggetti già condannati al momento dell'entrata in vigore del decreto ed i soggetti le cui posizioni, al contrario, sono in quel momento ancora sub iudice; nonché, da ultimo, del principio di rieducazione della pena, in quanto la nuova sanzione, applicata retroattivamente, sarebbe percepita come frutto di un abuso dello stato e ciò la renderebbe incompatibile con lo scopo rieducativo.

Le questioni in merito a questi ultimi due parametri sono dichiarate inammissibili per difetto di rilevanza, perché l'applicazione dell'art. 3 del d. lgs. n. 8 del 2016 (cioè la norma che detta, a seguito della depenalizzazione, il minimo ed il massimo della sanzione economica) non è più posta nelle mani del giudice penale, ma dell'autorità amministrativa cui quest'ultimo è tenuto a trasmettere gli atti. In realtà, consapevole di questo scoglio, rivelatore di un'anticipazione del momento di applicazione della norma ritenuta di dubbia compatibilità con la Costituzione, il remittente aveva "spostato il fuoco" sulla norma prodromica all'irrogazione della sanzione depenalizzata, ovvero l'art. 9 del d. lgs. n. 8 del 2016, che prevede in capo al giudice penale davanti a cui pende un procedimento avente ad oggetto un reato depenalizzato l'obbligo della trasmissione degli atti all'autorità amministrativa competente per l'irrogazione della sanzione amministrativa sostitutiva di quella penale. Ma ciò non basta, naturalmente, a superare gli ostacoli che rendono impossibile la corretta configurazione della rilevanza della questione, non sfiorando la norma oggetto in alcun modo i problemi della discriminazione o della frustrazione del principio rieducativo, strettamente correlati all'estensione della sanzione amministrativa. Pare opportuno sottolineare, come la stessa Corte ha cura di fare, che questo ostacolo processuale è facilmente rimediabile, potendo questa questione di costituzionalità essere sollevata dall'eventuale giudice dell'opposizione al provvedimento sanzionatorio.

Quanto alla questione sollevata in riferimento all'art. 25, secondo comma, Cost., la Corte costituzionale mette in luce alcuni aspetti paradossali dell'ordinanza di rimessione. In estrema sintesi, essa sottolinea l'incoerenza del giudice a quo, che, rinvenendo una contraddizione tra retroattività della sanzione amministrativa e giurisprudenza della Corte Edu sui criteri Engel, ha evocato un parametro non conferente, cioè l'art. 25, secondo comma, Cost., anziché puntare l'attenzione sull'art. 117, primo comma, Cost., per mancato rispetto dell'art. 7 CEDU. E, per questo, perviene ad una decisione di inammissibilità.

La Corte, in altre parole, censura la scelta del remittente di svalutare completamente il significato dell'autoqualificazione legislativa della sanzione come amministrativa, per costruire il profilo di illegittimità costituzionale attorno all'art. 25, secondo comma, Cost.: l'impostazione del giudice a quo pare, infatti, alla Corte completamente irrispettosa della scelta di politica criminale attuata con la legge di depenalizzazione, che sottrae all'area del penalmente rilevante alcune fattispecie e le inserisce in un sistema sanzionatorio non penale.

<sup>9</sup> Ciò per effetto della concessione della sospensione condizionale della pena. Per ulteriori riflessioni, volte all'individuazione di una possibile interpretazione razionalizzatrice, esclusa da parte del giudice *a quo* in modo ritenuto convincente dalla Corte, v. F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, cit.

## 3.

**Autoqualificazione legislativa e riserva di legge: il ruolo dell'art. 25, secondo comma, Cost.**

Ad un primo esame della sentenza, si può rimanere sorpresi, forse, dalla voluta presa di distanza da parte della Corte da quell'orientamento della giurisprudenza costituzionale, anche recente, che ha fatto ricadere sotto l'ombrello dell'art. 25, secondo comma, Cost. sanzioni formalmente non penali (alcuni tipi di confisca, ad esempio<sup>10</sup>) e che avrebbe potuto fungere da grimaldello per uno scrutinio nel merito della presente questione.

Tuttavia, per lasciare ai giudici costituzionali la strada aperta verso questo percorso argomentativo, il remittente avrebbe dovuto radicare il suo dubbio in una interpretazione estensiva del parametro costituzionale in questione e sostenerne la applicazione anche alle sanzioni amministrative, quantomeno quelle di carattere particolarmente afflittivo. Cosa che, invece, esplicitamente esclude. In realtà, a giustificazione della "incoerenza" del remittente, si potrebbe addurre che in questo caso l'art. 25, secondo comma, Cost., non abbraccia sanzioni di natura sfuggente ed ibrida, come alcune ipotesi di confisca, ma una scelta di depenalizzazione recentemente operata dal legislatore penale, che, in quanto tale, è evidentemente refrattaria alla sfera di applicazione del citato parametro costituzionale.

Ciò posto, il rimedio allo scarto tra scelta legislativa di depenalizzazione, da una parte, ed estensione di garanzie poste a presidio, nel sistema interno, della materia penale, dall'altra, non può essere dato dall'assorbimento del piano di tutela offerto dalla CEDU in quello costituzionale, come avrebbe richiesto di fare l'ordinanza di rimessione, ma avrebbe dovuto condurre all'evocazione dell'art. 117, primo comma, Cost.

Ma quali sono le ragioni sostanziali che, al di là dell'effetto formale, possono giustificare la scelta della Corte?

A ben vedere, se si ammette che l'art. 25, secondo comma, Cost. possa ricomprendere le tutele convenzionali per la materia penale, pur in spregio alla qualificazione legislativa voluta dal Parlamento, si vanifica infatti un profilo essenziale delle garanzie dello stesso art. 25, secondo comma, Cost., ovvero la riserva di legge in materia penale.

Per questa via si chiederebbe, infatti, alla Corte, di sussumere l'art. 7 CEDU nell'art. 25, secondo comma, Cost., ovvero di estendere l'area di applicazione di un principio costituzionale, l'irretroattività in *malam partem*, dal cerchio più stretto, includente solo ciò che è definito penale ai sensi della legge nazionale, al cerchio più largo, comprensivo anche di tutto ciò che costituisce materia penale ai sensi della Convenzione, pur essendo considerato come extrapenale dalla legislazione interna.

L'artificiosità di tale impostazione tracima in contraddittorietà nei casi di depenalizzazione, in cui la sanzione sostitutiva di quella penale è non solo definita come amministrativa, ma anche volutamente espunta dall'ordinamento penale e collocata all'interno di un sistema di tutela tipicamente amministrativo.

Si potrebbe dubitare che le obiezioni a questa commistione di tutele abbiano fondamento, affermando sbrigativamente che fin tanto che essa dispiega conseguenze in *bonam partem* va accettata. Tuttavia, è bene sottolineare che i costi di questa operazione paiono non indifferenti, posto che la "strumentalizzazione" dell'art. 25, secondo comma, Cost., al fine di applicare gli artt. 6 e 7 CEDU, porterebbe ad un vero paradosso: l'art. 25, secondo comma, veicolerebbe nel nostro ordinamento violazioni di un istituto che esso stesso sancisce e protegge, cioè la riserva di legge penale, intesa come rinvio alla discrezionalità parlamentare della scelta, così come della esclusione, della sanzione penale per garantire la protezione di un bene giuridico<sup>11</sup>.

Se poi si guarda al problema in un'ottica di sistema delle fonti, si deve notare che la Corte ha condivisibilmente alzato un argine dinanzi ai rischi di un'inversione molto grave nel rap-

<sup>10</sup> Come nota F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, cit., la Corte avrebbe potuto entrare nel merito della questione facendo leva su questo filone giurisprudenziale. Cfr. le sentt., n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010. In questo senso potrebbe essere letta, forse, anche la sent. n. 276 del 2016, in tema di incandidabilità sopravvenuta.

Per una lettura estensiva dell'art. 25, secondo comma, Cost., tale da abbracciare, nel suo nucleo duro (principio di irretroattività in *malam partem*) anche le sanzioni amministrative, comprese quelle frutto di scelte di politica criminale di depenalizzazione, v. M. SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole: il caso delle sanzioni amministrative*, in *Giur. cost.*, 2016, 1406 s.

<sup>11</sup> A suffragio di questa osservazione pare importante ricordare quanto affermato dalla giurisprudenza costituzionale più recente, che riconduce in modo esplicito le scelte di depenalizzazione alla riserva di legge sancita, in materia penale, dall'art. 25, secondo comma, Cost., specificando che questa norma "attribuisce al Parlamento funzione centrale, tanto nella individuazione dei fatti da sottoporre a pena e delle sanzioni loro applicabili, quanto nella selezione delle materie da depenalizzare". Cfr. la sent. n. 127 del 2017, al punto 4.2 del considerato in diritto.



porto tra Costituzione e Convenzione europea, dal momento che l'art. 7 CEDU, secondo la ricostruzione negata dalla sentenza in esame, avrebbe funto da strumento per individuare l'ambito di applicazione dell'art. 25, secondo comma, Cost.

## 4.

### Autoqualificazione legislativa, soggezione del giudice alla legge e obbligo di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

L'intento di salvaguardare, nella pronuncia, le garanzie insite nella riserva di legge, pare presidiato anche da considerazioni, non strettamente necessarie ai fini della soluzione del dubbio di legittimità costituzionale, svolte dalla Corte rispetto al ruolo del giudice nei casi di antinomie, apparenti o reali che siano, tra legge e Convenzione europea.

Ci si riferisce al passaggio, già menzionato in apertura, in cui la Corte costituzionale ricorda che il giudice deve prima di tutto provare a ricomporre la dicotomia attraverso l'interpretazione conforme alla Convenzione e, in secondo luogo, nel caso ciò non sia possibile perché il contenuto della legge è incompatibile con simile tentativo, sollevare questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost.

Si potrebbe dire che la Corte ha indugiato su un aspetto che, a 10 anni di distanza delle sentenze gemelle nn. 348 e 349 del 2007, appare ovvio, cioè che non è possibile disapplicare le leggi interne in contrasto con la Convenzione<sup>12</sup>. In realtà, dietro alla incidentale enfaticizzazione del divieto di disapplicazione delle leggi interne che non qualificano la sanzione come penale, vi è l'intento, strettamente connesso alla ratio decidendi, di proteggere il ruolo della legge, riaffermando, grazie al richiamo all'art. 101, secondo comma, Cost., la soggezione del giudice penale a quest'ultima, similmente a quanto avvenuto nell'ordinanza n. 24 del 2017, riguardante una vicenda, quella Taricco, completamente diversa ma per questo aspetto forse collegata a quella in esame<sup>13</sup>.

Si consideri, da questo angolo visuale, che la riserva di legge in materia penale non costituisce una garanzia fine a se stessa, ma plasma l'assetto ordinamentale interno dei poteri al fine ultimo di proteggere le libertà individuali: la previa e chiara legge approvata per via parlamentare dovrebbe infatti, oltre ad impedire abusi dell'Esecutivo, prevenire arbitrii del potere giudiziario, legittimandone e allo stesso tempo circoscrivendone il potere<sup>14</sup> in ossequio al principio democratico<sup>15</sup>. Ma gli assi portanti della riserva di legge, solo apparentemente relegabili ad un apparentemente arido terreno ordinamentale, irrorano anche il principio di eguaglianza, evidentemente non soddisfatto da decisioni giurisdizionali che, in quanto tali, producono effetto inter partes.

Se così stanno le cose, diventa più agile l'interpretazione del passaggio precedente della pronuncia, in cui la Corte, con un tono marcatamente diffidente rispetto a quello usato in pronunce coeve<sup>16</sup>, esprime incidentalmente preoccupazione per "il criterio casistico cui sarebbe [...] consegnata l'identificazione della natura penale della sanzione (che potrebbe porsi in problematico rapporto con l'esigenza garantistica tutelata dalla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.)"<sup>17</sup>. La Corte teme, in altre parole, i rischi di una valutazione caso per caso, da parte dell'autorità giurisdizionale procedente (e poi, forse, di sé stessa), dell'estensione

<sup>12</sup> Cfr. il punto 3.1. del considerato in diritto, dove si afferma che il giudice "verificata l'impraticabilità di una interpretazione in senso convenzionalmente conforme, e non potendo disapplicare la norma interna, né farne applicazione, avendola ritenuta in contrasto con la Convenzione e, pertanto, con la Costituzione, alla luce di quanto disposto dall'art. 117, primo comma, Cost." è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna, per violazione di quest'ultimo parametro.

<sup>13</sup> Si v. per tutti le considerazioni di F. PALAZZO, *Introduzione. Poche parole sparse per una lettura "europeista" dell'ord. n. 24 del 2017*, in A. Bernardi - C. Cupelli (a cura di), *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti*, Napoli, 2017, il quale mette in luce come la decisione della Corte costituzionale miri a preservare il paradigma costituzionale della legalità penale da incursioni di "diritto giurisprudenziale" della Corte di Giustizia che, a bene vedere, non sarebbero prospettabili nemmeno in base al diritto UE.

Sembra nutrita dalla medesima sensibilità anche la sent. n. 230 del 2012, che viene ripresa, per questi aspetti, da D. PULITANÒ, *Paradossi della legalità. Fra Strasburgo, ermeneutica e riserva di legge*, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2/2015, p. 49 e 51 ss.

<sup>14</sup> Cfr. al riguardo la sent. n. 327 del 2008, punto 4 del considerato in diritto, dove si menziona il principio di divisione dei poteri.

<sup>15</sup> Come autorevolmente nota M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir., Annali LXI (2016)*, spec. 398, con ulteriori considerazioni nella nota 61, occorre domandarsi se "le dottrine aristocratiche dell'interpretazione siano coerenti con la professione di democrazia degli ordinamenti che le ospitano".

<sup>16</sup> Cfr. la sent. n. 68 del 2017, di cui si dirà qualcosa a breve.

<sup>17</sup> Sottolinea come, oltre alle problematiche ricadute rispetto al principio di eguaglianza, il criterio casistico generi violazioni delle esigenze di garanzie tutelate dall'art. 25, secondo comma, Cost., nonché della legalità europea, "intesa come prevedibilità delle conseguenze da parte dell'autore del reato", N. ZANON, *op. cit.*

delle garanzie previste dalla CEDU a settori ritenuti come sostanzialmente penali nonostante la loro diversa qualificazione legislativa<sup>18</sup>.

È bene sottolineare che la preoccupazione della Corte sembrerebbe andare oltre i casi di illegittima disapplicazione della legge interna, di cui si è già detto. Probabilmente, infatti, in queste righe si può intravedere anche la consapevolezza del giudice costituzionale che alle ferite inferte al principio di eguaglianza da una giurisprudenza insofferente al controllo di costituzionalità accentrato si sommerebbe in questi casi l'incertezza delle interpretazioni della giurisprudenza Engel, costruita dalla Corte europea a partire, come naturale, da ricorsi relativi a casi concreti, riguardanti anche ordinamenti con sistemi sanzionatori molto diversi. La Corte costituzionale insomma pare anche aver voluto adombrare una generale diffidenza, giustificata dalle esigenze garantistiche di eguaglianza e certezza retrostanti all'applicazione della sanzione penale, verso la trasposizione nell'ordinamento interno di sentenze emesse dalla Corte Edu in riferimento a sanzioni diverse, attuata non solo mediante la (illegittima) disapplicazione della norma interna, ma anche mediante una interpretazione convenzionalmente conforme, quando vi siano gli spazi per percorrerla. Ciò essenzialmente in ragione della efficacia inter partes delle pronunce del giudice penale, a differenza delle decisioni di accoglimento della Corte costituzionale.

Da questo punto di vista, il giudice costituzionale si è però già espresso poco prima della decisione in esame in modo più aperto, non ritenendo necessari precedenti pronunce della Corte di Strasburgo riferiti al trattamento sanzionatorio del procedimento principale, nella sent. n. 68 del 2017. Si legge infatti in questa pronuncia che è “da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo” e viene evocato l'obbligo di applicare le norme della CEDU, “specie quando il caso sia riconducibile a precedenti della giurisprudenza della Corte EDU”<sup>19</sup>.

## 5.

### Considerazioni conclusive: qualche spunto per le autorità giurisdizionali remittenti.

In conclusione, volendo trarre qualche spunto per le autorità giurisdizionali “alle prese” con norme sanzionatorie potenzialmente rientranti nella sfera di applicazione degli artt. 6 e 7 CEDU, ancorchè non formalmente qualificate come penali, si può ricavare quanto segue.

Per prima cosa, il giudice è tenuto a compiere un tentativo di interpretazione conforme alla Convenzione europea, al fine di estendere alla materia convenzionalmente penale le garanzie ivi previste.

Questa è la soluzione senz'altro più rapida e semplice, ma, è bene avvertire, le condizioni perché essa si verifichi paiono piuttosto difficilmente concretizzabili<sup>20</sup>.

Infatti, l'interpretazione convenzionalmente conforme è praticabile se compatibile con la lettera della legge.

Occorre dunque escludere in blocco tutte le fattispecie di illeciti depenalizzati dalla pratica della interpretazione conforme, giacchè in questi casi il dato testuale depone sempre ed inequivocabilmente per la loro estrapolazione dalla materia penale e, giocoforza, impedisce la trasmissione in via interpretativa delle garanzie tipiche di questo settore.

Vi sono poi le sanzioni che sin dalla loro originaria introduzione nell'ordinamento giuridico sono state collocate al di fuori dell'ambito penale, ma che presentano elementi tali da soddisfare uno o più criteri Engel: si pensi a sanzioni irrogate quale reazione alla commissione di un reato<sup>21</sup>.

All'interno di questa categoria, occorre distinguere le fattispecie riconducibili al genus delle sanzioni amministrative pecuniarie delineato dalla legge di modifica del sistema penale n.

<sup>18</sup> Questa è la preoccupante deriva segnalata da M. ROMANO, *Ripensare il diritto penale (a dieci anni dalla scomparsa di Federico Stella)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2017, 1 ss., proprio a proposito della contaminazione tra diritto penale ed altre aree del diritto prodotta dalla applicazione in via giurisprudenziale dei criteri Engel.

<sup>19</sup> Quest'ultimo passaggio è tra l'altro ripreso anche nella sentenza in esame, ma, attorniato dei *caveat* ricordati nel testo, sotto un'altra luce.

<sup>20</sup> Ritiene ridotto lo spazio per interpretazioni convenzionalmente conformi anche N. ZANON, *op. cit.*

<sup>21</sup> Come le misure di confisca per equivalente. Per un recente esame di questo elemento (la pertinenzialità al reato), frutto della declinazione dei criteri Engel, v. C. NARDOCCI, *Sulla (in)convenzionalità della incandidabilità sopravvenuta e della decadenza dal mandato parlamentare: spunti a partire dal caso Berlusconi c. Italia*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 13 settembre 2017.

689 del 1981 e dunque rientranti nel sistema di applicazione di queste ultime, che ad esempio, come noto, esclude il regime della irretroattività in bonam partem.

In questo caso, non è evidentemente possibile ipotizzare interpretazioni convenzionalmente e costituzionalmente conformi, ma occorrerà sollevare questione di legittimità costituzionale, pena la illegittima disapplicazione della medesima l. n. 689 del 1981.

Nella seconda evenienza - e - lo si ribadisce, nel silenzio della legge -, si può essere indotti a ritenere di trovarsi in uno "spazio vuoto" da scelte legislative circa la applicazione alla fattispecie sanzionatoria sostanzialmente penale delle regole poste dalla CEDU a presidio della stessa materia penale<sup>22</sup>.

Anche qui, l'interpretazione conforme non è risolutiva, non essendovi norme da interpretare. È possibile piuttosto, limitatamente a questa specifica ipotesi, immaginare una applicazione diretta degli artt. 6 e 7 CEDU e, dunque, estendere immediatamente alla materia convenzionalmente penale le garanzie ivi previste?

In verità, la sentenza non pare occuparsi di questo delicato dubbio, enfatizzando piuttosto l'obbligo generalizzato di sollevare questione di costituzionalità come unica alternativa al fallimento di tentativi di interpretazione conforme, a tutela delle esigenze di eguaglianza che il giudizio di costituzionalità assicura, di cui la Corte si è implicitamente fatta carico.

In questa sede, dinanzi ad un interrogativo così ricco di implicazioni, ci si limita a rilevare che, ammesso che vi siano davvero casi in cui il legislatore ha introdotto sanzioni non qualificandole come penali e, allo stesso tempo, nemmeno amministrative o altrimenti extrapenali, il vuoto legislativo pare suscettibile di valutazione da parte della Corte costituzionale, affinché, una volta provata la natura convenzionalmente penale della sanzione, possa dichiarare incostituzionale la norma che non associa alla sanzione le garanzie di cui agli artt. 6 e 7 CEDU.

Da ultimo, occorre sottolineare che, in tutti i casi in cui si rivolgerà alla Corte, il giudice dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., in riferimento agli artt. 6 e 7 CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo rilevante, lasciando invece da parte l'art. 25, secondo comma, Cost.

<sup>22</sup> In senso contrario, v. F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, cit., secondo cui la Corte per la prima volta discorre, in riferimento ai giudici nazionali, del "dovere di applicare (direttamente) le disposizioni della Convenzione, che - in quanto incorporate nell'ordinamento italiano in forza della legge n. 848/1955 - formano parte integrante della "legge" che il giudice medesimo ha il dovere di applicare, ai sensi dell'art. 101, comma 2, Cost.". Probabilmente questa tesi è ancorata al passaggio della pronuncia in cui si afferma che "Nell'attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., il giudice comune ha il dovere di evitare violazioni della Convenzione europea e di applicarne le disposizioni, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, specie quando il caso sia riconducibile a precedenti di quest'ultima". A parere di chi scrive, tuttavia, come dimostra il tenore complessivo della sentenza, la Corte qui non si è occupata della applicazione diretta della CEDU, ma ha affermato che, nell'interpretare in modo convenzionalmente conforme la legge interna, il giudice è chiamato ad applicare la CEDU ed i principi elaborati a partire dalla giurisprudenza europea.