



GRUPPO
di PISA

Dibattito aperto sul Diritto
e la Giustizia Costituzionale

L'AMBITO DI OPERATIVITÀ DEL PRINCIPIO DI LEGALITÀ PENALE: I CONFINI DELLA *MATERIA PENALE*, TRA DIRITTO NAZIONALE E DIRITTO EUROPEO

STEFANO BISSARO¹

SOMMARIO: 1. Premessa e finalità dello studio - 2. I confini della *materia penale* nell'ordinamento interno: tra riserva di legge, auto-qualificazione legislativa e possibili "truffe delle etichette" - 3. I confini della *matière pénale* nel sistema europeo: nascita ed evoluzione della giurisprudenza *Engel* - 4. *Materia penale vs. matière pénale*: lo stato dell'arte, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale - 5. Sul ruolo e sulle responsabilità del giudice comune: considerazioni intorno ai limiti dell'interpretazione convenzionalmente conforme in *materia penale* - 6. Le implicazioni, sul versante delle garanzie, della (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali: coesistenza o assimilazione dei due paradigmi? - 7. Riflessioni conclusive: alcune aperture della giurisprudenza (di merito e costituzionale) in ordine alle potenzialità espansive dell'art. 25, secondo comma, Cost.

1. Premessa e finalità dello studio

Con la mia ricerca dottorale, dal titolo "*Il principio di legalità penale. Profili costituzionali*", intendo studiare l'evoluzione del principio di legalità penale, concentrandomi, in particolare, sulla sua attuale tenuta, a fronte dell'emersione di molteplici fattori di crisi², sia "endogeni" che "esogeni"³, capaci, questi ultimi, di condizionare – e per alcuni autori, addirittura trasformare⁴ – i confini applicativi e il contenuto stesso del principio riconosciuto dall'art. 25, secondo comma, Cost.

¹ Dottorando di ricerca in Diritto costituzionale, Università degli Studi di Milano.

² Per un'ampia ed aggiornata riflessione sui fattori di crisi del principio di legalità penale, si v. M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, in *Rivista AIC*, 4/2016. Sul medesimo tema, si segnalano le preziose riflessioni di G. FIANDACA, *Crisi della riserva di legge e disagio della democrazia rappresentativa nell'età del protagonismo giurisdizionale*, in *Criminalia*, 2011, 79 ss.; N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, in *Criminalia*, 2011, 315 ss., e C. F. GROSSO, *Il fascino discreto della conservazione (considerazioni in margine all'asserita crisi del principio di riserva di legge in materia penale)*, in *Criminalia*, 2011, 125 ss.

³ Tra i numerosi contributi, si rinvia, in questa sede, per una puntuale analisi del tema, agli scritti raccolti nel volume AA.VV., *Europa e diritto penale*, a cura di C. E. Paliero, F. Viganò, Milano 2013, e alla monografia di C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, Milano 2010.

⁴ Da ultimo, si v. V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, in *Cass. Pen.*, 3/2017, 955 ss.; F. VIGANO', *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, già pubblicato in *www.penalecontemporaneo.it*, 5 aprile 2017, e in corso di pubblicazione in AA.VV., *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, a cura di S. Tordini, Atti del convegno su "Giurisprudenza legalità e diritto penale" – Università degli Studi di Bologna 5 novembre 2015, Bologna 2017. Si v. anche V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strenghtening o*

L'indagine che mi propongo di condurre, peraltro, riguarda, come ha affermato perentoriamente la Corte costituzionale nella recente ord. n. 24 del 2017⁵, non già un semplice, pur rilevante, principio costituzionale⁶, bensì “*un principio supremo dell'ordinamento*”⁷ posto a salvaguardia dei diritti inviolabili dell'individuo, (almeno) per la parte che impone la determinatezza e l'irretroattività *in malam partem* delle norme penali.

Ebbene, delle molte questioni problematiche connesse all'evoluzione del principio di legalità penale – alcune delle quali, invero, benché risalenti, ancora assai attuali e controverse (si pensi, a tal riguardo, nella prospettiva nazionale, al tema del rapporto tra il sindacato di costituzionalità e la riserva di legge in materia penale⁸) – è possibile individuarne una che, oltre a costituire un argomento di rinnovato interesse nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale *in subiecta materia*, sembra doversi esaminare, in omaggio ad un criterio logico-sistematico⁹, con precedenza rispetto a tutte le altre.

Ci si riferisce, in questi termini, alla dibattuta questione della delimitazione dei confini della *materia penale*, quale nozione perimetrante l'ambito di operatività delle garanzie sottese al principio di legalità penale.

A parere di chi scrive, infatti, la riflessione in ordine alla delimitazione della *materia penale* – che, come si dirà distesamente oltre, appare tutt'altro che agevole e priva di insidie¹⁰ – sembra risultare, proprio da un punto di vista logico, pregiudiziale rispetto all'esame del contenuto del principio in commento nonché dell'evoluzione delle garanzie da esso ricavabili.

Una simile indagine, del resto, rappresenta, per chi voglia, come lo scrivente, interrogarsi sull'attuale tenuta del principio di legalità penale, una tappa ineludibile.

manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti, in www.penalecontemporaneo.it, 20 giugno 2016.

⁵ Cfr., tra i moltissimi commenti già pubblicati, con particolare attenzione ai profili costituzionali della decisione della Corte, M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e “dialogo” tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*; M. LUCIANI, *Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo*; e I. PELLIZZONE, *Il ruolo del giudice penale nella tutela degli interessi finanziari dell'Unione (e nazionali): battaglia di retroguardia o principio ineludibile da esporre a controlimite del diritto dell'Unione europea?*. Contributi tutti raccolti nel volume AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, a cura di A. Bernardi e C. Cupelli, Jovene 2017.

⁶ Principio considerato “fondamentale” - ben prima dell'ord. n. 24 del 2017 della Corte costituzionale - per F. PALAZZO, *Legalità penale. Considerazioni su trasformazione e complessità di un principio “fondamentale”*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, vol. XXVII, *Principio di legalità e diritto penale*, 2007, 1279 ss. Si v., anche, E. DOLCINI, *Leggi ‘ad personam’, riserva di legge e principio costituzionale di eguaglianza*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1/2004, 51 ss. Deve in ogni caso osservarsi che l'opera della Corte costituzionale è stata fondamentale per giungere ad una precisa definizione del contenuto di garanzia del principio di legalità penale: si segnalano, in questa prospettiva, le decisioni (cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. nn. 393 e 394 del 2006, e 236 del 2011) con cui la Corte ha riconosciuto uno statuto di assoluta inderogabilità al principio di irretroattività *in malam partem*, quale fondamentale corollario del principio di legalità ex art. 25, secondo comma, Cost. Si veda, sul tema, V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale) – Giurisprudenza sistematica (2014)*, in www.cortecostituzionale.it, 2014.

⁷ Sul tema, si v. P. FARAGUNA, *Ai confini della Costituzione. Principi supremi e identità costituzionale*, Milano, 2015; si v., inoltre, con riferimento alla ben nota vicenda *Taricco*, O. CHESSA, *Meglio tardi che mai. La dogmatica dei controlimiti e il caso Taricco*, in AA.VV., *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, a cura di A. Bernardi, Jovene 2016, 301 ss.

⁸ Cfr. M. D'AMICO, *Sulla costituzionalità delle decisioni manipolative in materia penale*, in *Giur. It.*, 1990, part IV, 254 ss.; G. VASSALLI, *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, Napoli 2006; F. MODUGNO, *La giurisdizione costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1978, I, 1249 ss.

⁹ Condividono questa impostazione metodologica F. VIGANO, *Il nullum crimen conteso: legalità ‘costituzionale’ vs. legalità ‘convenzionale’*, cit., e G. CIVELLO, *La legalità come inconveniente: la “dimenticanza della legge” e le sue conseguenze nella teoria del reato*, in *Archivio Penale*, 2/2017.

¹⁰ In conseguenza, in particolare, dell'integrazione con il sistema convenzionale. Si 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.*, 4/2013, 1899 ss.; e O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità penale tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, in *Studi in onore di Mario Romano*, IV, Napoli 2011, 2249 ss; per una panoramica più ampia sul medesimo tema V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni fra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma 2012.

Tanto premesso, con le riflessioni proposte nelle seguenti pagine, si intende, anzitutto, ragionare sulle differenze tra la nozione di *materia penale* propria dell'ordinamento nazionale e quella di *matière pénale* elaborata in seno alla Corte EDU.

Ci si concentrerà, in particolare, dopo aver esaminato l'origine e l'evoluzione dei due paradigmi, sul ruolo svolto dalla Corte costituzionale in ordine alla delimitazione del perimetro applicativo delle garanzie sottese al *nullum crimen*, tema, quest'ultimo, rispetto al quale, proprio a fronte delle sollecitazioni provenienti dalla Corte di Strasburgo, la Corte costituzionale è stata chiamata, in numerose occasioni, a determinare (giungendo, talvolta, anche a rivedere) il proprio orientamento¹¹.

Si cercherà, in conclusione, a partire da alcune recenti decisioni della Corte costituzionale¹², di segnalare, con alcune brevi notazioni critiche, le questioni più controverse ancora sul tappeto; questioni, peraltro, in relazione alle quali, come si dirà, la dottrina – con posizioni talvolta antitetiche al suo interno¹³ – e la stessa Corte costituzionale non sempre offrono letture convergenti.

2. I confini della materia penale nell'ordinamento interno: tra riserva di legge, auto-qualificazione legislativa e possibili "truffe delle etichette"

Recita, come noto, l'art. 25, secondo comma, Cost. che *"nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"*¹⁴.

La Corte costituzionale, sulla scorta della più autorevole dottrina¹⁵ e in coerenza con l'ispirazione illuministica del principio di legalità penale¹⁶, da questa previsione ha ricavato, anzitutto, sul versante storico-formale¹⁷, il corollario della riserva di legge¹⁸ che, in linea di

¹¹ Cfr. N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, in AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Milano 2017, 85 ss.

¹² Ci si riferisce, come si dirà ampiamente nel prosieguo testo, in particolare, alle sent. n. 43, 68 e 109 del 2017. Si veda, per un'analisi di carattere generale sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, G. FIANDACA, *Sulla giurisprudenza costituzionale in materia penale, tra principi e democrazia*, in *Cass. Pen.*, 1/2017, 13 ss.

¹³ Cfr., a titolo di esempio, con riferimento alla sent. n. 109 del 2017, le opposte letture di F. VIGANO', *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in www.penalecontemporaneo.it, 15 maggio 2017; I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost., n. 109 del 2017*, in www.penalecontemporaneo.it, 26 settembre 2017.

¹⁴ Cfr., per tutti, M. D'AMICO, *Art. 25*, in AA.VV., *Commentario alla costituzione*, a cura di R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti, Torino 2006; e F. BRICOLA, *Art. 25, co. 2, Cost.*, in AA.VV., *Commentario alla Costituzione*, a cura di F. Branca, Bologna 1981.

¹⁵ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, Milano 2001; e G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, Bologna 2008.

¹⁶ Ispirazione ben evidenziata in alcuni importanti pronunciamenti della Corte costituzionale in materia: così, tra i molti, nella sent. n. 487 del 1989, in cui la Corte afferma che *"la riserva di legge penale [...] fu il portato d'una ben determinata concezione che, partendo dall'illuminismo, tese a ribaltare il precedente sistema: quest'ultimo trovava il fondamento dell'intervento penale, a tutela dei beni più importanti per l'ordinato svolgimento della vita sociale, nei contenuti religiosi, metafisici, "naturali", idonei ad offrire la "verità" del principio costitutivo dell'esperienza giuridica in genere e penale in particolare. La riconduzione ad unità delle sparse, frammentarie disposizioni giuridiche, la certezza che soltanto attraverso il superamento delle varie, numerose fonti, sostanziali e formali, dell'Antico Regime, si potesse raggiungere, insieme, la massima garanzia della riacquistata libertà individuale ed il massimo ordinato vivere sociale condussero a ravvisare nella legge, nella legge dello Stato, quale unità organica dell'intero popolo sovrano, il nuovo principio costitutivo, il nuovo fondamento del diritto penale"*. Sul tema, si veda, per tutti, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Manuale di diritto penale*, Milano 2015, 39 ss.

¹⁷ Si veda, per una precisa distinzione tra il versante storico-formale – *"attinente all'individuazione delle fonti legittimate alla produzione delle norme penali, e soggetto ai condizionamenti degli assetti politico-istituzionali operanti nelle diverse epoche all'interno dei singoli Stati"* – e il versante storico-universalistico – *"attinente alla conoscibilità delle norme penali da parte dei loro destinatari, viceversa tendenzialmente avulso dai suddetti condizionamenti"* – del principio di legalità penale, C. GRANDI, *Riserva di legge e legalità penale europea*, cit., 7 ss.

¹⁸ Sul carattere della riserva di legge ex art. 25, secondo comma, Cost., la dottrina (costituzionalistica e penalistica) è davvero sterminata. Si segnalano, in questa sede, le monografie di C. CUPELLI, *La legalità delegata: crisi e attualità*

principio, concentra proprio nella legge – quale fonte promanante dall’organo direttamente rappresentativo della volontà popolare – la capacità (e la responsabilità) di formulare i precetti penali e determinare le relative sanzioni.

Il potere di normazione in materia penale, così, coerentemente con la *ratio* democratica sottesa al principio di legalità di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., è stato in origine demandato, in quanto incidente sulla libertà degli individui, all’istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica, il Parlamento appunto, le cui determinazioni sono espresse all’esito di un procedimento che implica “*un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione*”¹⁹.

E nondimeno, come altrettanto noto, nel corso degli anni, la prassi legislativa e, con essa, la stessa giurisprudenza costituzionale²⁰, attenuando il rigore di questa originaria caratterizzazione²¹ ed interpretando la riserva *de qua* come riserva di fonte e non di organo, si sono orientate nel senso di ammettere, pur con alcune criticità²², l’adozione, da parte del potere esecutivo, di atti aventi forza di legge nel settore penale.

Ai fini delle riflessioni qui proposte, comunque, tenendo in disparte le problematiche legate alla circostanza che sia il Parlamento ovvero il Governo a legiferare nel settore penale²³, preme

della riserva di legge nel diritto penale, Roma-Napoli 2012; I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, Milano 2015; e M. SCOLETTA, *Metamorfosi della legalità. Favor libertatis e sindacabilità in malam partem delle norme penali*, Pavia 2012.

¹⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 230 del 2012, *Considerato in diritto n. 7*. Con alcune osservazioni critiche sulla decisione della Corte, si v. A. RUGGERI, *Penelope alla Consulta: tesse e sfila la tela dei suoi rapporti con la Corte EDU, con significativi richiami ai tratti identificativi della struttura dell’ordine interno e distintivi rispetto alla strutture dell’ordine convenzionale (“a prima lettura” di Corte cost. n. 230 del 2012)*, in www.diritticomparati.it, 15 ottobre 2012; e V. NAPOLEONI, *Mutamento di giurisprudenza in bonam partem e revoca del giudicato di condanna: altolà della Consulta a prospettive avanguardistiche di (supposto) adeguamento ai dicta di Strasburgo*, in www.penalecontemporaneo.it, 19 ottobre 2012. Più adesivo il commento di N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., 323 ss.

²⁰ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 330 del 1996, *Considerato in diritto n. 3.1*, ove si legge che il “rischio di sottrazione al Parlamento del potere e della responsabilità delle scelte in materia penale, che i giudici rimettenti ritengono possa derivare dall’uso del decreto-legge come atto di normazione penale del tutto precario e non imputabile alla volontà del legislatore, non ha, comunque, ragion d’essere per il decreto-legge [oggetto della questione], che è stato convertito in legge”.

²¹ Interpretazione rigorosa condivisa da molti autori: nella dottrina costituzionalistica, L. CARLASSARE, *Legge (riserva di)*, in *Enc. Giur. Treccani*, XVIII (1990), 3 ss.; e M. D’AMICO, *Art. 25*, cit., 536 ss.; nella dottrina penalistica, G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit.

²² Criticità rese ancor più evidenti allorquando il Governo abusa di strumenti in suo possesso, come la questione di fiducia (spesso accompagnata da ricorso al maxiemendamento), in grado di strozzare il dibattito parlamentare, provocando “*problematiche di ordine costituzionale che si aggravano [proprio] quando all’esame delle Camere vi sono leggi penali*”. Così M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., 7. Sul tema, si segnala, altresì, che se è vero che la prassi degli ultimi anni si è orientata nel senso di considerare ammissibili simili interventi (in linea con una lettura meno rigorosa della riserva di legge ex art. 25, secondo comma, Cost.), è altrettanto vero che non mancano, in dottrina, autori che insistono nell’indagare questi temi, offrendo letture spesso critiche. Cfr. I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit.; da ultimo, C. SOTIS, *Punire per un fatto che non la legge ha stabilito non essere più reato*, in AA.VV., *Dall’emergenza alla ‘deflazione’: il sistema sanzionatorio dopo la L. 28.04.2014, n. 67*, a cura di M. Catenacci, in corso di pubblicazione. Peraltro, la stessa Corte costituzionale, nelle sent. n. 5 e 32 del 2014, è giunta a denunciare alcuni gravi vizi nell’uso degli atti aventi forza di legge nel settore penale. Nella sent. n. 32, in particolare, sia pure in un *obiter dictum*, la Corte ha affermato che la riforma dei reati in materia di stupefacenti (di cui era questione nel giudizio) avrebbe dovuto essere approvata, perché “*coinvolgente delicate scelte di natura politica, giuridica e scientifica, [con] un adeguato dibattito parlamentare, possibile [soltanto] ove si fossero seguite le ordinarie procedure di formazione della legge, ex art. 72 Cost.*”. Evidenzia questi profili M. D’AMICO, *La Corte costituzionale dinanzi al principio di legalità penale e l’alibi della discrezionalità del legislatore: problemi e prospettive*, in AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, cit., 3 ss.

²³ Circostanza, questa, che mantiene comunque una centrale importanza nella ricerca dottorale che fa da sfondo a questo contributo e che, tuttavia, per ragioni di opportunità, si è deciso di non approfondire in questa sede, essendo, come si è precisato nella premessa, l’obiettivo di questo lavoro quello di studiare (alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale) il rapporto tra la nozione di *materie penali* propria dell’ordinamento nazionale e quella di *matière*

rimarcare come il nostro ordinamento sia informato ad un paradigma formale-nominalistico, in applicazione del quale può considerarsi reato – e, come tale, può ritenersi protetto dal fascio di garanzie del principio di legalità scolpito nel citato art. 25, secondo comma, Cost. – soltanto quella particolare condotta che il *legislatore*²⁴, nell'esercizio della sua discrezionalità²⁵, qualifica come penalmente rilevante, ritenendo applicabile, in relazione ad essa, una delle sanzioni penali espressamente contemplate dal codice²⁶.

In altri termini, per ritenere esistente, quantomeno sul piano della previsione legislativa astratta, un reato, si deve, semplicemente ed unicamente, avere riguardo al *nomen iuris* della sanzione che il *legislatore* ha inteso assegnare a quel particolare comportamento umano²⁷.

Parimenti, sul versante del trattamento sanzionatorio, in tanto una sanzione può considerarsi come rientrante nel perimetro applicativo dell'art. 25, secondo comma, Cost., in quanto il *legislatore* abbia ad essa riconosciuto, *expressis verbis*, la qualifica di sanzione penale²⁸.

In questo senso, la riserva di legge e, con essa, lo strumento dell'auto-qualificazione, di cui si serve, per l'appunto, il *legislatore* nel tracciare i confini del *penalmente rilevante*, rappresentano, ad un tempo, il fondamento e il limite stesso dello *ius puniendi* statale.

E' infatti il *legislatore* che, proprio attraverso lo strumento dell'auto-qualificazione, distingue in modo netto, almeno sul piano formale, tra i comportamenti che rientrano nell'ambito di operatività dell'art. 25, secondo comma, Cost., da quelli che, viceversa, perché non meritevoli del presidio penale in quanto non *sufficientemente* lesivi di beni di rilievo costituzionale²⁹, ne sono esclusi.

Occorre peraltro rilevare, sul punto, che se è vero che la Corte costituzionale ha riconosciuto che il *legislatore* non è sostanzialmente arbitro delle sue scelte criminalizzatrici, dovendo ancorare ogni previsione di reato ad una reale dannosità sociale e dovendo circoscrivere, per quanto possibile

pénale elaborata nel sistema della CEDU. Con riguardo alle tematiche oggetto di questo contributo, ci si limita qui a rimarcare che il paradigma formale-nominalistico descritto nel testo (secondo cui, come visto, l'ambito di operatività delle garanzie sottese al *nullum crimen* è determinato unicamente in virtù delle scelte classificatorie del *legislatore*) non viene meno in conseguenza di una interpretazione meno rigorosa della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. In altri termini, anche qualora dovesse essere il Governo (in luogo del Parlamento, democraticamente eletto) a legiferare in materia penale rimarrebbe valida la regola per cui solo ciò che è formalmente qualificato come penale rientra nel perimetro applicativo del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

²⁴ Si utilizza intenzionalmente la forma corsiva proprio per segnalare che, con l'utilizzo del termine *legislatore*, ci si riferisce non soltanto al Parlamento ma anche al Governo (il cui spazio d'intervento nella materia penale, come si è detto, è andato accrescendosi nel corso degli anni). Sul tema, si v., ancora, I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit.

²⁵ Sul tema del rapporto tra discrezionalità del *legislatore* in materia penale e sindacato della Corte costituzionale, si v., ancora, M. D'AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., *passim*.

²⁶ Cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., e M. BOSCARRELLI, *Nullum crimen sine lege*, in *Enc. Giur. Treccani*, XXI (1990), 2 ss.

²⁷ Cfr. 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.*, 4/2013, 1899 ss., che ricorda come "sin dalla prima lezione di diritto penale, le nozioni di reato e di pena sono chiamate ad individuare le specificità della materia ed i tratti che la contraddistinguono rispetto alle altre branche dell'ordinamento".

²⁸ Per completezza, va osservato che non mancano autori - nella dottrina più risalente - che sembrano considerare tale ricostruzione come eccessivamente semplicistica. Cfr., in questo senso, M. SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Milano 1966, 16 ss.

²⁹ Cfr., in particolare, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX (1973), 5 ss. Sul medesimo tema, con un punto di vista differente, cfr. G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit. Si vedano inoltre i contributi raccolti nel volume AA.VV., *Bene giuridico e riforma della parte speciale*, a cura di A. M. Stile, Napoli 1985 (in particolare i saggi di D. PULITANO, *Bene giuridico e giustizia costituzionale*, 131 ss. e di G. FIANDACA, *Il "bene giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*, 3 ss); e M. D'AMICO, *Note introduttive ad uno studio sulle libertà costituzionali in materia penale*, in AA.VV., *Libertà e giurisprudenza costituzionale*, a cura di V. Angiolini, Torino 1992, 103 ss.

– tenuto conto del sacrificio della libertà personale che spesso la sanzione penale determina³⁰ – l’ambito del *penalmente rilevante*³¹; è vero anche che, secondo il costante insegnamento della giurisprudenza costituzionale³², le scelte di politica criminale del *legislatore* possono essere censurate dalla Corte, in sede di scrutinio di costituzionalità, soltanto in casi eccezionali.

Si tratta, infatti, di valutazioni, quelle da cui dipende la decisione di ricorrere o meno alla sanzione criminale ovvero di depenalizzare fatti già costituenti reato, che “*per loro natura, sono autenticamente ideologiche e politiche*”³³ e, come tali³⁴, sindacabili dalla Corte costituzionale soltanto ove trasmodino nella irragionevolezza o nell’arbitrio³⁵.

Ciò precisato in termini generali, deve aggiungersi che, sotto un diverso profilo, la riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost., al pari di qualsiasi altra riserva, costituisce anche un limite nei confronti dello stesso *legislatore*³⁶, che, nella *materia penale*, assume una particolare pregnanza.

Ed è proprio in questa prospettiva che si coglie l’esigenza, autorevolmente segnalata in dottrina³⁷, di pervenire ad una precisa individuazione dell’ambito di operatività delle norme costituzionali che, come l’art. 25, secondo comma, Cost., oltre a prevedere un ampio fascio di garanzie per gli individui, impongono obblighi al *legislatore*.

A tal riguardo, è necessaria però una precisazione.

Gli obblighi di cui si discute – come ampiamente riconosciuto dalla dottrina e dalla stessa giurisprudenza costituzionale³⁸ – non si sostanziano in vincoli positivi di criminalizzazione³⁹, essendo il *legislatore*, come visto, libero di determinare, sulla base di autonome valutazioni, l’*an*, il *quantum* e il *quomodo* della sanzione penale⁴⁰.

E, tuttavia, non può non riconoscersi come l’art. 25, secondo comma, Cost., nel prescrivere che le norme penali siano configurate (e poi applicate) in conformità ad alcuni principi fondamentali – al principio di *determinatezza* e al principio di irretroattività *in malam partem*, in

³⁰ Per puntuali riflessioni sul rapporto tra l’art. 13 e l’art. 25, secondo comma, Cost., si rinvia a L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano 1962, e F. PALAZZO, *Il principio di determinatezza nel diritto penale*, Padova 1979, 190 ss.

³¹ Cfr., in particolare, Corte cost., sent. n. 409 del 1989, *Considerato in diritto n. 4*.

³² La Corte ha, a più riprese, precisato che “*rientra nella discrezionalità del legislatore sia l’individuazione delle condotte punibili, sia la scelta e la quantificazione delle relative sanzioni, discrezionalità che può essere oggetto di censura, in sede di scrutinio di costituzionalità, soltanto ove il suo esercizio ne rappresenti un uso distorto o arbitrario, così da confliggere con il canone della ragionevolezza*”. Cfr., *ex multis*, Corte cost., ord. n. 262 del 2005.

³³ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 409 del 1989, *Considerato in diritto n. 4*.

³⁴ E ciò anche nel rispetto di quanto previsto dall’art. 28 della l. 87 del 1953, secondo cui, come noto, “*il controllo di legittimità della Corte costituzionale su una legge o un atto avente forza di legge esclude ogni valutazione di natura politica e ogni sindacato sull’uso del potere discrezionale del Parlamento*”. Evidenzia questo aspetto V. MANES, *Principi costituzionali in materia penale (Diritto penale sostanziale) – Giurisprudenza sistematica (2014)*, cit., 53.

³⁵ Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 68 del 2012, *Considerato in diritto n. 4*. Con specifico riferimento alle scelte di depenalizzazione del *legislatore*, cfr. Corte cost., sent. n. 273 del 2010 e 364 del 2004, e ord. n. 144 del 2001.

³⁶ Cfr., per tutti, R. GUASTINI, *Legge (riserva di)*, in *Digesto delle disc. Pubbl.*, 1994, 166 ss., il quale evidenzia come questo limite nei confronti del legislatore rappresenti il cd. *aspetto positivo* della riserva.

³⁷ Peraltro, tipica dei regimi, come l’Italia, a Costituzione rigida. Cfr., sul tema, F. BRICOLA, *Art. 25, co. 2, Cost.*, cit., 294 ss. Per una interessante riflessione sul rapporto tra principi costituzionali e norme penali, alla luce della rigidità della Carta fondamentale, cfr. M. SINISCALCO, *Giustizia penale e Costituzione*, Milano 1968, 10 ss.

³⁸ Se si eccettua l’obbligo previsto dall’art. 13, comma 4, Cost. in forza del quale “*è punita ogni forma di violenza, fisica o morale, sulle persone comunque sottoposte a restrizioni di libertà*”, la Corte costituzionale ha, infatti, escluso che sia possibile ricavare dalla Costituzione precisi obblighi di penalizzazione. Cfr., *ex multis*, Corte cost., ord. n. 267 del 1999 e 447 del 1998. In dottrina, si v., per tutti, D. PULITANO, *Obblighi costituzionali di tutela penale?*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1983, 484 ss.

³⁹ Si tratta, peraltro, di obblighi che non si riferiscono soltanto al *legislatore*: il principio di *tassatività* per esempio, quale precipitato del principio di *determinatezza*, costituisce certamente un vincolo per il *legislatore* (nel momento in cui configura le norme incriminatrici) ma rappresenta anche un vincolo per il giudice che è chiamato ad applicare quelle stesse norme. Cfr., sul tema, M. D’AMICO, *Il principio di determinatezza in materia penale tra teoria e giurisprudenza costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1998.

⁴⁰ Cfr., ancora, M. D’AMICO, *Corte costituzionale e discrezionalità del legislatore in materia penale*, cit., 12.

particolare – impegni in modo significativo, anzitutto, proprio il *legislatore* le cui scelte di politica criminale, una volta che lo stesso abbia deciso di ricondurre un particolare fatto (e/o una particolare sanzione) all'interno dei confini applicativi dell'art. 25, secondo comma, Cost., non possono dirsi, sotto questo specifico profilo, del tutto discrezionali, pena la violazione proprio dell'anzidetto parametro costituzionale.

A ben vedere, peraltro, l'esigenza di individuare precisamente l'ambito di operatività delle norme costituzionali appare tanto più stringente, come nel caso dell'art. 25, secondo comma, Cost., ove si consideri che (alcune del)le garanzie sottese al principio di legalità penale⁴¹ sono state, come anticipato, recentemente elevate dalla Corte costituzionale al rango dei *principi supremi* (qualificanti l'identità costituzionale dell'ordinamento nazionale)⁴².

Quanto si è detto fin qui è sufficiente per comprendere come possa essere giustificata, da un punto di vista teorico, la preoccupazione di chi – sia in dottrina⁴³ che in giurisprudenza⁴⁴ – intravede, come possibile conseguenza di un'applicazione rigorosa del paradigma formale proprio dell'ordinamento interno, il rischio che si realizzino fenomeni di cd. “truffa delle etichette”⁴⁵.

Il *legislatore*, infatti, pur essendo, nell'esercizio della discrezionalità ad esso riconosciuta dalla riserva di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., libero di mettere in atto – come, invero, in molte occasioni già ha fatto⁴⁶ – legittime (o *normali*⁴⁷) politiche di depenalizzazione, potrebbe (ri)qualificare in modo *surrettizio* comportamenti prima ritenuti penalmente rilevanti (e,

⁴¹ In particolare, come si è detto, il principio di *determinatezza* e il principio di irretroattività *in malam partem*. Sul tema si rinvia, ancora, a raccolti nel volume AA.VV., *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza n. 24/2017 della Corte costituzionale*, cit.

⁴² Cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017. Cfr., tra i molti, M. LUCIANI, *Il brusco risveglio. I controlimiti e la fine mancata della storia costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2/2016.

⁴³ Cfr. P. NUVOLONE, *Depenalizzazione apparente e norme penali sostanziali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1968, 63 ss. Dello stesso autore si v. *Pena (Dir. Pen.)*, in *Enc. Dir.*, XXXII (1982), 787 ss. Da ultimo, sullo stesso tema, F. VIGANO', *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, cit.

⁴⁴ Come si dirà ampiamente nel prosieguo dello scritto, la Corte costituzionale è stata recentemente chiamata, su impulso del Tribunale di Como, a valutare la legittimità costituzionale di alcune disposizioni del d.lgs. n. 8 del 2016 recante, per l'appunto, *Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell'art. 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67*. Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017. Si segnala, inoltre, la sent. n. 127 del 2017 con cui la Corte costituzionale è stata chiamata a scrutinare le censure di incostituzionalità formulate dal Tribunale ordinario di Bari (ancora una volta) su alcune disposizioni del d.lgs. n. 8 del 2016.

⁴⁵ Cfr. F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, cit., 1899 ss.

⁴⁶ In questa prospettiva, si segnala che, ben prima della nota l. 24 novembre del 1981, n. 689 (*Legge di depenalizzazione*), il *legislatore* ha effettuato significativi interventi di *depenalizzazione*: così con la l. 3 maggio 1967, n. 317 (*Modificazioni al sistema sanzionatorio delle norme in tema di circolazione stradale e delle norme dei regolamenti locali*), l. 9 ottobre 1967, n. 950 (*Sanzioni per i trasgressori delle norme di polizia forestale*) e l. 24 dicembre 1975, n. 706 (*Sistema sanzionatorio delle norme che prevedono contravvenzioni punibili con l'ammenda*). Sul tema si v., tra i molti, G. CONTI, *Dalla depenalizzazione alla disciplina dell'illecito amministrativo*, in AA.VV., *Modifiche al sistema penale (legge 24 novembre 1981, n. 689)*, a cura di R. Bertoni, G. Lattanzi, E. Lupo, L. Violante, Milano 1982, 4 ss.

⁴⁷ A tal riguardo, si segnala che la dottrina penalistica distingue tra depenalizzazioni cd. *normali* e depenalizzazioni cd. *anormali*, intendendo, con la prima locuzione, il processo legislativo di trasformazione di un illecito penale lesivo di un valore costituzionale (o di un valore non costituzionale, ove però la lesione sia presupposto necessario dell'offesa di un bene costituzionale) in un illecito amministrativo sanzionato con misure pecuniarie o comunque non restrittive della libertà personale; con la seconda, invece, quel processo legislativo di trasformazione di un illecito penale lesivo di un valore costituzionale (nel duplice senso sopra chiarito) in un illecito amministrativo sanzionato con una misura (solo) formalmente amministrativa ma in qualche modo restrittiva della libertà personale. Cfr., ancora, F. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, cit., 20 ss. A tal riguardo, si precisa inoltre che, con la locuzione *depenalizzazione*, si intende sulla scorta della prevalente dottrina, quel particolare intervento legislativo diretto a trasformare un reato in illecito amministrativo, con la conseguente sostituzione della sanzione penale con quella del pagamento di una somma di denaro (normalmente, quindi, con una *sanzione amministrativa*). Si deve, pertanto, tenere distinto il diverso fenomeno della *decriminalizzazione*, che consiste nella trasformazione di un illecito penale in un fatto lecito, in un fatto, cioè, privo di qualsivoglia connotato di illiceità (penale o amministrativa). Cfr. M. GALASSO, F. GALASSO, *Il nuovo sistema delle sanzioni amministrative e le altre modifiche dell'ordinamento penale*, Roma 1982.

successivamente, non più meritevoli del presidio penale), per limitare l'ambito di operatività del *nullum crimen* di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., con evidenti ripercussioni, sul versante delle garanzie individuali, nei confronti dei soggetti direttamente interessati dall'intervento riformatore.

Peraltro, che scelte legislative di tal fatta possano, nel concreto, risolversi in un *surrettizio* aggiramento delle garanzie tipiche della *materia penale* è premessa da cui la Corte EDU ha preso le mosse, come si dirà nel prossimo paragrafo, per elaborare alcuni specifici criteri, aggiuntivi rispetto a quello della qualificazione formale attribuita dal *legislatore* nazionale, al fine di stabilire se un illecito e la relativa sanzione debbano, o meno, ritenersi compresi nella nozione di *matière pénale*.

3. I confini della *matière pénale* nel sistema europeo: nascita ed evoluzione della giurisprudenza Engel

Preliminarmente, per introdurre il tema dei confini della *matière pénale* nel sistema europeo, quale nozione delimitante l'ambito di operatività del principio di legalità penale di matrice sovranazionale⁴⁸, di cui all'art. 7 CEDU⁴⁹ (e al "quasi gemello" art. 49 CDFUE⁵⁰), può utilmente richiamarsi un passaggio di una importante pronuncia della Corte costituzionale, in cui si precisa che:

La Corte EDU, fin dalle sentenze 8 giugno 1976, Engel contro Paesi Bassi, e 21 febbraio 1984, Ozturk contro Germania, ha elaborato peculiari indici per qualificare una sanzione come una 'pena' ai sensi dell'art. 7 della CEDU, proprio per scongiurare che i vasti processi di decriminalizzazione [...] potessero avere l'effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie sostanziali assicurate dagli artt. 6 e 7 della CEDU⁵¹

⁴⁸ Esulano dall'economia di questo contributo le riflessioni in ordine alle differenze tra il principio di legalità penale di cui all'art. 7 CEDU, da una parte, e quello di cui all'art. 49 CDFUE, dall'altra. Ci si limita, in questa sede, a segnalare che la Corte di Giustizia, nel riferirsi al principio di legalità di cui all'art. 49 CDFUE, adotta un approccio *sostanzialistico* analogo a quello proprio della Corte EDU e che comunque, in una prospettiva più generale, esiste la clausola di equivalenza di cui all'art. 52, terzo comma, CDFUE (in forza della quale, laddove la Carta europea contenga "diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione"). A conferma di ciò, può utilmente segnalarsi la sentenza della Corte di Giustizia nel caso *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, C-617/10, §§ 35, in cui, per stabilire la natura *sostanzialmente* penale delle sanzioni tributarie di cui era questione nel giudizio, sono stati utilizzati criteri del tutto sovrapponibili a quelli elaborati dalla Corte EDU a partire dal citato caso *Engel* (cfr. anche CG, *Bonda*, C-489/10, §§ 37). Cfr. M. BRANCACCIO, *Considerazioni sul principio del ne bis in idem nella recente giurisprudenza europea: la sentenza 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri contro Italia*, 8 maggio 2014, testo consultabile sul sito www.cortedicassazione.it (Ufficio del ruolo e del massimario, settore penale). Sul tema, va inoltre segnalato che frequentemente si registrano fenomeni di *cd. judicial borrowing* tra la Corte di Giustizia e la Corte EDU. Così nel caso noto caso *Taricco*: si v., in questo senso, M. BASSINI, *Prescrizione e principio di legalità nell'ordine costituzionale europeo. Note critiche alla sentenza Taricco*, in *Consulta online*, 1/2016.

⁴⁹ Cfr. A. BERNARDI, *Nessuna pena senza legge (art. 7)*, in AA.VV., *Commentario della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, diretto da S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi, Padova 2001, 256 ss; V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità in materia penale*, in *Ius*, 17, 2009, 61 ss; e V. MANES, *Commento all'art. 7*, in AA.VV., *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Padova 2012, 258 ss. Va peraltro rilevato che il concetto di *matière pénale* descrive il perimetro di operatività, non solo del principio di legalità penale, bensì anche del principio del giusto processo, ex art. 6 CEDU; del principio di cui all'art. 2, Prot. n. 7, che sancisce il diritto di revisione della condanna da parte di un'istanza giurisdizionale superiore per chiunque sia stato condannato per un illecito *penale*; del principio del *ne bis in idem*, sancito dall'art. 4, Prot. n. 7.

⁵⁰ Su cui, per tutti, M. D'AMICO, *Articolo 49*, in AA.VV., *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, a cura di R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, Bologna 2001, 334 ss.

⁵¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto n. 6.1.*

Tale rilievo – che, peraltro, la Corte ha ripreso e confermato in numerose occasioni⁵² – coglie nel segno laddove individua proprio nell’esigenza di fronteggiare le cd. “truffe delle etichette” l’originaria ispirazione della giurisprudenza europea in materia.

Ed è, del resto, la stessa Corte EDU che, nella citata pronuncia *Engel c. Paesi Bassi* (1976) – chiamata a giudicare della legittimità convenzionale di un procedimento qualificato come disciplinare nell’ordinamento nazionale con cui erano state inflitte sanzioni incidenti sulla libertà personale⁵³ – ha affermato chiaramente che:

*Se gli Stati contraenti potessero, a loro piacimento, qualificare come disciplinare piuttosto che penale un illecito [...] l’effetto delle norme fondamentali degli art. 6 e 7 sarebbe subordinato alla loro volontà sovrana. Una così ampia libertà rischierebbe di condurre a risultati incompatibili con l’oggetto e lo scopo della Convenzione*⁵⁴

Per poi rimarcare, nel successivo caso *Ozturk c. Repubblica Federale Tedesca* (1984), proprio in riferimento ai processi di *depenalizzazione* avviati negli Stati del Consiglio d’Europa, che:

*La Convenzione non si oppone alle tendenze di “depenalizzazione” esistenti – sotto forme molto diverse – negli Stati membri del Consiglio d’Europa [...] Tuttavia, se gli Stati contraenti potessero, a loro piacimento, qualificare come amministrativo piuttosto che penale un illecito, [ancora una volta] l’effetto delle norme fondamentali degli art. 6 e 7 sarebbe subordinato alla loro volontà sovrana*⁵⁵

E così, al fine di evitare che gli Stati nazionali si sottraggano agli obblighi convenzionali, attraverso l’espedito della qualificazione formale, e cioè “*chiamando non penali una infrazione o una pena che tali devono essere considerate per rendere effettive le garanzie previste dagli artt. 6 e 7 della Convenzione*”⁵⁶ – la Corte EDU ha fatto ricorso alla cd. *interprétation autonome*⁵⁷, adottando, sulla base di un approccio anti-formalistico, una autonoma nozione di *matière pénale*, applicabile nei confronti di tutti i Paesi parte del sistema europeo (sia di *civil law* che di *common law*).

Si osservi, a tal riguardo, che la CEDU (e i relativi protocolli), non contengono una definizione esplicita di *matière pénale*, limitandosi le disposizioni in essa contenute a far riferimento, alternativamente, ai concetti di *reato* e di *pena* (nell’art. 7 CEDU) o all’aggettivo *penale* (così nell’art. 6 CEDU, nell’art. 2, Prot. n. 7 e nell’art. 4 Prot. n. 7).

⁵² Così anche nelle recenti sent. nn. 43 e 109 del 2017. In quest’ultima decisione, in particolare, il giudice costituzionale ha rimarcato che “*l’elaborazione dei criteri in parola [...] è servita alla Corte EDU per evitare la cosiddetta ‘truffa delle etichette’, cioè per scongiurare che i processi di decriminalizzazione avviati da alcuni Stati aderenti avessero l’effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie sostanziali assicurate dalla CEDU. In tal senso – e a questi specifici fini: applicare le garanzie convenzionali – la Corte di Strasburgo ha potuto di volta in volta ritenere non decisiva la qualificazione in termini di sanzione amministrativa attribuita dai legislatori interni a determinate disposizioni*”.

⁵³ Per una più precisa descrizione della vicenda processuale, si v. V. MANES, *Commento all’art. 7*, cit., 260 ss.

⁵⁴ Cfr. Corte EDU, GC, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, 8.6.1976, §§ 81 ss.

⁵⁵ Conclude, anche in questo caso, la Corte EDU ribadendo che “*una così ampia libertà rischierebbe di condurre a risultati incompatibili con l’oggetto e lo scopo della Convenzione*”. Cfr. Corte EDU, *Ozturk c. Germania*, 21.2.1984, §§ 49 ss. Per un ampio commento della decisione, si v. C. E. PALIERO, ‘*Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione ‘classica’ ad una svolta radicale*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3/1985, 894 ss.

⁵⁶ Così V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo e il principio di legalità penale*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, a cura di V. Manes, V. Zagrebelsky, Milano 2011, 76.

⁵⁷ Cfr. A. JR. GOLIA, F. ELIA, *Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni ‘sostanzialmente’ penali dichiarate incostituzionali. Riflessioni a margine dell’ord. Trib. Como del 4 febbraio 2015 (reg. ord. n. 106 del 2015, pubbl. su G.U. del 10 giugno 2015, n. 23)*, in *Osservatorio AIC*, 1/2017.

Coerentemente con questa premessa, il progressivo affinamento della nozione di *matière pénale* – analogamente a quanto accaduto in ordine al contenuto delle garanzie ad essa riferibili⁵⁸ – è stato frutto di una copiosa elaborazione giurisprudenziale della Corte EDU, i cui pronunciamenti hanno contribuito a definire – nel senso di un progressivo ampliamento, come si dirà – i confini applicativi della *matière pénale* e, con essa, di riflesso, delle garanzie sottese al *nullum crimen* di cui all'art. 7 CEDU⁵⁹.

Deve evidenziarsi, peraltro, che, nella prospettiva della Corte EDU⁶⁰, la nozione di *matière pénale* – lungi dall'ambire ad essere migliore o più rigorosa delle nozioni utilizzate nell'ambito degli Stati nazionali per delimitare i confini di operatività delle garanzie penalistiche in essi previste – si propone come unico obiettivo quello di identificare gli strumenti più utili per l'applicazione della CEDU, secondo il suo oggetto e il suo scopo⁶¹.

Ciò premesso, va anzitutto rilevato che gli indici di cui si è servita la Corte EDU per definire i confini della *matière pénale* – comunemente noti come cd. criteri *Engel* – coesistono in un rapporto alternativo e non necessariamente cumulativo⁶², di guisa che la natura penale di un determinato istituto può essere ricavata anche da uno soltanto di essi.

Secondo la Corte EDU, inoltre, la regola dell'alternatività dei criteri *Engel* non impedisce di adottare un approccio unitario se l'analisi separata di ciascuno di essi non permette di giungere ad una conclusione certa in merito alla sussistenza del carattere penale di un istituto⁶³.

Più nel dettaglio, tali criteri – che sono stati via via precisati, ad opera della Corte europea, nel loro contenuto e nei loro rapporti reciproci (fino all'individuazione di alcuni sotto-criteri ad essi correlati)⁶⁴ – hanno ad oggetto rispettivamente:

- i) La *qualificazione* formale nel diritto interno;
- ii) La *natura* dell'infrazione o dell'illecito;
- iii) Il grado di *afflittività* della sanzione prevista;

In ordine al primo criterio, come è facilmente intuibile, non vi è molto da aggiungere se non che si tratta, come è stato osservato in dottrina⁶⁵, di un indice che non ha che “*un valore formale e*

⁵⁸ Si segnala, in questa prospettiva, tra le molte, la nota sentenza *Scoppola c. Italia* con cui la Corte EDU ha, attraverso una interpretazione *evolutiva*, riconosciuto che dall'art. 7 della CEDU si ricava anche il principio di retroattività della norma penale più favorevole. Si v., M. GAMBARDELLA, *Il caso Scoppola: per la Corte europea l'art. 7 CEDU garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. Pen.*, 5/2010, 2020 ss.

⁵⁹ Cfr., a tal proposito, C. E. PALIERO, *Il diritto liquido. Pensieri post-delmasiani sulla dialettica delle fonti penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 3/2014, 1099 ss., che evidenzia come la “*inevitabile, progressiva espansione della 'matière pénale', [è] almeno in parte fomentata dall'innegabile impatto che può esercitare la penalità come strumento di costruzione di una 'identità comune'*”.

⁶⁰ Si v., ancora, V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità penale*, cit., 75.

⁶¹ Interessante sul punto il rilievo di F. MAZZACUVA, *La materia penale e il “doppio binario” della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, cit., “*posto che ogni definizione non è né vera né falsa, bensì adeguata o meno rispetto ad uno scopo, criteri ontologici non possono esistere e la materia penale assume forme definite solo se inquadrata in una determinata prospettiva teleologica-assiologica*”.

⁶² Cfr. Corte EDU, *Lutz c. Germania*, 25.8.1987, §§ 55; *Garyfallou Aebe c. Grecia*, 24.9.1997, §§ 33; *Lauko c. Slovacchia*, 2.9.1998, §§ 57; *Janosevic c. Svezia*, 23.7.2002, §§ 67; e, da ultimo, *Grande Stevens e a. c. Italia*, 4.3.2014, §§ 94.

⁶³ Cfr. Corte EDU, GC, *Jussila c. Finlandia*, 23.11.2006, §§ 30 – 31; *Zaicevs c. Lettonia*, 31.7.2007.

⁶⁴ Criteri che, in ogni caso, non brillano per “*capacità connotativa: né nella loro versione originaria, fornita da Engel, né nelle innumerevoli declinazioni e concretizzazioni dovute alla giurisprudenza successiva*” per F. VIGANO, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'*, cit., 4. Per un approfondimento sull'evoluzione dei criteri *Engel*, AA.VV., *La «matière pénale» au sens de la Convention européenne des droits de l'homme, flou du droit pénal*, in *Rev. sci. crim. et droit pén. comp.*, 1987; P. VAN DIJK, F. VAN HOOFF, A. VAN RIJIN, L. ZWAAK, *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, IV ed., Antwerpen-Oxford, 2006, p. 547 ss; D. HARRIS, M. O' BOYLE, C. WARBRICK, *Law of the European Convention*, II ed., Oxford, 2009, 206.

⁶⁵ Sul tema, si rinvia a V. MANES, *Commento all'art. 7*, cit., 260 ss.

*relativo*⁶⁶ e che costituisce soltanto il punto di partenza dell'itinerario ermeneutico che è tenuto a seguire l'interprete per stabilire se un particolare istituto debba essere ricompreso nella *matière pénale*.

Il secondo criterio, quello relativo alla *natura* dell'infrazione, ricopre certamente un ruolo più rilevante nelle valutazioni che tradizionalmente compie la Corte EDU in materia.

Esso, peraltro, come ha rilevato la stessa Corte costituzionale⁶⁷, può essere desunto da un complesso di fattori, tra cui, principalmente, la funzione della norma di cui si discute e la portata della stessa⁶⁸.

Secondo il tipico approccio "*funzionalistico*" fatto proprio dalla Corte EDU⁶⁹, infatti, ove sia possibile, come nel celebre caso *Welch c. Regno Unito*⁷⁰, rintracciare una finalità repressiva o punitiva nella norma oggetto di scrutinio – e pur eventualmente nella compresenza (anche) di scopi preventivi⁷¹ –, la formale qualificazione come *non* penale assegnata dalla legislazione nazionale non osta in alcun modo alla lettura di quella stessa norma in termini *sostanzialmente* penali⁷².

Così, come noto, nel campo del diritto tributario, la Corte EDU si esprime costantemente⁷³ nel senso della natura *sostanzialmente* penale di norme che impongono al contribuente, unitamente al pagamento della somma evasa (in ossequio ad un modello restitutorio-compensativo), anche un *quid pluris*, dovendosi registrare in tale maggiorazione un evidente tratto repressivo, caratteristico non già dei tipici strumenti di riparazione dei pregiudizi economici, bensì delle sanzioni penali⁷⁴.

Quanto al terzo criterio, quello relativo alla *gravità* della sanzione, è interessante notare che per valutare un simile indice si deve fare riferimento al massimo edittale e non alla misura effettivamente irrogata nei confronti di chi lamenta una violazione di un diritto riconosciuto dalla CEDU⁷⁵.

⁶⁶ Si legge, infatti, nella sentenza Corte EDU, GC, *Grande Stevens c. Italia*, 4.3.2014, che "*le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno un valore relativo*". Cfr. anche Corte EDU, *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 52; e *Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia*, 27 settembre 2011, § 39.

⁶⁷ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2017, *Considerato in diritto* 3.3, ove si precisa che "*ai fini dell'applicazione delle garanzie previste dalla Convenzione, sono [...] riconducibili alla materia penale [...] tutte quelle sanzioni che, pur se non qualificate come penali dagli ordinamenti nazionali, sono rivolte alla generalità dei consociati; perseguono uno scopo non meramente risarcitorio, ma repressivo e preventivo*".

⁶⁸ Cfr. Corte EDU, *Anghel c. Romania*, 4.10.2007, §§ 51. Si segnala, inoltre, che vi sono ulteriori elementi che potrebbero essere valutati per considerare la natura *sostanzialmente* penale di una norma (diversamente qualificata dal legislatore nazionale), tra cui principalmente "*il tipo di condotta sanzionata, il nesso fra la misura inflitta e l'accertamento di un reato, la presenza di beni e interessi tradizionalmente affidati alla sfera penale e il procedimento con il quale è adottata*". Cfr. Corte cost., sent. n. 276 del 2016, *Considerato in diritto* n. 5.6.1.

⁶⁹ Cfr. V. MANES, *Commento all'art. 7*, cit., 268 ss.

⁷⁰ Cfr. Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, 9.2.1995.

⁷¹ Cfr., ancora, Corte EDU, *Welch c. Regno Unito*, in cui la misura oggetto di valutazione da parte della Corte, implicando estesi poteri di confisca (peraltro, con inversione dell'onere della prova), veniva considerata come avente carattere repressivo e come tale protetta dalle garanzie del *nullum crimen* di cui all'art. 7 CEDU. Cfr., anche, Corte EDU, *Phillips c. Regno Unito*, 5.7.2001, §§ 34; e *Sud Fondi s.r.l. c. Italia*, 30.8.2007, di cui si dirà ampiamente nel prosieguo dello scritto e rispetto al quale può, fin d'ora, anticiparsi che si tratta della prima condanna nei confronti dell'Italia per violazione dell'art. 7 della CEDU.

⁷² Cfr., ancora, Corte EDU, *Grande Stevens c. Italia*, cit., in cui la Corte europea riconosce che le sanzioni irrogate dalla CONSOB – all'esito dello scrutinio, come noto, considerate come ricomprese nella nozione di *matière pénale* – "*mirassero essenzialmente a punire per impedire la recidiva [ed] erano dunque basate su norme che perseguivano uno scopo preventivo, ovvero dissuadere gli interessati dal ricominciare, e repressivo, in quanto sanzionavano una irregolarità*".

⁷³ Cfr., *ex multis*, Corte EDU, *Nykanen c. Finlandia*, 20.5.2014, in cui la Corte si è espressa sulla natura penale di una multa, di importo piuttosto modesto, pari a 1.700,00 euro, inflitta al ricorrente dall'amministrazione finanziaria nazionale.

⁷⁴ Così, tra i molti, Corte EDU, *Bendenoun c. Francia*, 24.2.1994, §§ 47.

⁷⁵ Cfr. Corte EDU, *Hirst c. Regno Unito*, 30.3.2004; *Grande Stevens e a. c. Italia*, 4.3.2014; *Weber c. Svizzera*, 22.5.1990, §§ 34. Cfr. anche Corte EDU, *Ziliberg c. Moldavia*, 1.2.2005, §§ 34.

Il rigore di una misura punitiva, peraltro, dipende, come ha di recente evidenziato anche la Corte costituzionale⁷⁶, dalla sua capacità di incidere sulla posizione del destinatario. In questo senso, né la mancata incidenza sulla libertà personale, né l'assenza di un contenuto economico "immediato e diretto" nella sanzione sono determinanti, rilevando piuttosto, come è stato osservato in dottrina⁷⁷, il complessivo effetto limitativo e potenzialmente incapacitante per la sfera personale del soggetto attinto dalla sanzione. Di tal che, secondo la Corte EDU⁷⁸, anche la sanzione della decurtazione dei punti dalla patente di guida, come conseguenza di una condanna per un illecito in materia di circolazione stradale, merita dignità penale.

Ebbene, appare evidente, alla luce di quanto sopra, come la Corte europea, attraverso l'elaborazione della nozione "antiformalistica" di *matière pénale*, abbia fatto proprio un paradigma profondamente diverso da quello tradizionalmente recepito nei sistemi costituzionali di *civil law*, come l'Italia, nei quali, e lo si è visto, in linea di principio, le garanzie del *nullum crimen* sono applicabili (soltanto) in base a categorizzazioni di tipo formale⁷⁹.

A confronto vi sono dunque due modelli antitetici: quello *formale*, per l'appunto, proprio dell'ordinamento costituzionale, per cui, unicamente le scelte classificatorie del *legislatore* tracciano i confini di operatività delle garanzie sottese al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.; e quello *sostanziale*, sperimentato nel sistema convenzionale grazie all'attività interpretativa della Corte EDU, in forza del quale, come detto, le scelte formali del *legislatore* nazionale sono relegate ad un ruolo del tutto marginale e secondario.

4. Materia penale vs. *matière pénale*: lo stato dell'arte, alla luce della più recente giurisprudenza costituzionale

Dopo aver ricostruito, nei termini sopra descritti, l'origine e la differente caratterizzazione delle nozioni di *materia penale* e di *matière pénale*, è opportuno, a questo punto, esaminare il controverso tema delle ricadute, sul fronte domestico, degli orientamenti che la Corte EDU ha elaborato, nel corso degli anni, proprio in ordine al perimetro applicativo delle garanzie sottese al *nullum crimen*⁸⁰.

A tal riguardo, pare opportuno dar conto, preliminarmente, del percorso giurisprudenziale che la Corte costituzionale ha seguito per inquadrare, da un punto di vista teorico⁸¹, i rapporti tra l'ordinamento nazionale e il sistema della CEDU.

Appare forse superfluo ricordare che le previsioni convenzionali – pur essendo state incorporate, a far data dal 1955, in forza della legge n. 848, nell'ordinamento nazionale – non hanno conosciuto grande fortuna presso la giurisprudenza nazionale, che di esse, per lungo tempo, come è stato rilevato in dottrina⁸², ne hanno fatto un uso soltanto citazionale, quasi *letterario*.

⁷⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 276 del 2016, *Considerato in diritto* n. 5.6.2.

⁷⁷ Cfr., ancora, V. MANES, *Commento all'art. 7*, cit., 265 ss.

⁷⁸ Cfr. Corte EDU, *Lauko c. Slovacchia*, 2.9.1998, §§ 39.

⁷⁹ Pressoché in questi termini, V. MANES, *Common law-isation del diritto penale? Trasformazioni del nullum crimen e sfide prossime future*, cit., 959.

⁸⁰ Su cui, tra i molti, F. PALAZZO, *Principio di legalità penale e giustizia penale*, in *Cass. Pen.*, 7-8/2016, 2695 ss.; e O. MAZZA, *Legge e potere: l'irruzione delle Corti sovranazionali*, in *Atti del convegno 'Legge e potere nel processo penale. Pensando a Massimo Nobile'*, in corso di pubblicazione.

⁸¹ Cfr., tra i molti, M. CARTABIA, *La tutela multilivello dei diritti fondamentali. Il cammino della giurisprudenza costituzionale italiana dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, testo dell'intervento dell'A. all'incontro trilaterale tra le Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola - Santiago del Compostela 16-18 ottobre 2014, consultabile sul sito ufficiale della Corte costituzionale.

⁸² Così O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato della legge al primato dell'interpretazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 1/2013, 161 ss.

La svolta, come noto, si è avuta nel 2007, anno in cui la Corte costituzionale, con le sent. n. 348 e 349 (cd. *sentenze gemelle*)⁸³, è giunta, da un lato, a precisare il rango sub-costituzionale delle norme convenzionali, e, dall'altro lato, per quanto più interessa, ad estendere l'obbligo di interpretazione conforme⁸⁴ – originariamente affermato solo con riguardo alle norme costituzionali⁸⁵ e al diritto dell'Unione europea⁸⁶ - anche alle norme della CEDU⁸⁷.

E così, a partire dal 2007, il giudice comune, nell'esercizio dell'attività interpretativa che gli spetta ai sensi dell'art. 101, secondo comma, Cost., è tenuto, anzitutto, a dare alla disposizione interna un significato quanto più aderente alle previsioni convenzionali, secondo la dimensione ermeneutica loro riconosciuta dalla Corte EDU.

E soltanto una volta che abbia verificato l'impraticabilità di una simile interpretazione, il giudice comune – non potendo disapplicare la norma interna⁸⁸, né, ovviamente, farne diretta applicazione, avendola ritenuta in contrasto con la CEDU e, di riflesso, quindi, con la stessa Costituzione, alla luce di quanto disposto dall'art. 117, primo comma, Cost. – è tenuto a sollevare questione di legittimità costituzionale⁸⁹, assumendo che la norma interna collida con l'obbligo convenzionale.

Con le successive sentenze n. 311 e 317 del 2009, le cd. *seconde gemelle*⁹⁰, la Corte costituzionale – oltre a ribadire l'obbligo, per i giudici comuni, di interpretare in senso convenzionalmente conforme le norme interne – ha ulteriormente definito il modello in commento, affermando che il confronto tra la tutela convenzionale e la tutela costituzionale dei diritti fondamentali “*deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti*”⁹¹.

Ed ancora, con la nota n. 49 del 2015⁹², la Corte ha poi aggiunto un ulteriore tassello nel mosaico delle “*regole d'ingaggio*”⁹³ tra l'ordinamento nazionale e il sistema della CEDU,

⁸³ Cfr. Corte cost., sent. nn. 349 e 348 del 2007. La letteratura sul tema è sterminata. Si segnalano in questa sede i contributi di A. RUGGERI, *La CEDU alla ricerca di una nuova identità (sent. nn. 348/2007 e 349/2007)*, in *Quaderni costituzionali*, 2008; e D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte “sub-costituzionale” del diritto*, in *Quaderni costituzionali*, 2008.

⁸⁴ Sul tema, si v. R. BIN, *L'interpretazione conforme. Due o tre cose che so di lei*, in *Rivista AIC*, 1/2015.

⁸⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 356 del 1996, ove si legge che “*le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perché è possibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perché è impossibile darne interpretazioni costituzionali*”. Sul tema si v., per tutti, M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, IX (2015), 391 ss.

⁸⁶ Evidenziano questo profilo, da ultimo, A. JR. GOLIA, F. ELIA, *Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni ‘sostanzialmente’ penali dichiarate incostituzionali. Riflessioni a margine dell’ord. Trib. Como del 4 febbraio 2015 (reg. ord. n. 106 del 2015, pubbl. su G.U. del 10 giugno 2015, n. 23)*, cit., 11 ss. Sul tema dell'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, si v., tra i molti, G. SALCUNI, *L'interpretazione conforme al diritto europea e la legittimazione del giudice*, in *legislazionepenale.eu*, 2016.

⁸⁷ Per una riflessione di carattere generale sul tema, si v. M. D'AMICO, *Relazione conclusiva*, in AA.VV., *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, a cura di M. D'Amico, B. Randazzo, Torino 2009.

⁸⁸ Qui si incentra, come noto, la differenza fondamentale con il sistema dell'Unione europea. La Corte costituzionale, fin dalle sentenze gemelle, ha infatti sottolineato che “*il giudice comune non ha [...] il potere di disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta in contrasto con una norma della CEDU, poiché l'asserita incompatibilità tra le due si presenta come un questione di legittimità costituzionale, per eventuale violazione dell'art. 117, primo comma, Cost., di esclusiva competenza del giudice delle leggi*” (così, *ex multis*, Corte cost., sent. n. 348 del 2007, *Considerato in diritto n. 4.3.*).

⁸⁹ Nella sua recente giurisprudenza, la Corte ha più volte ribadito tale modello. Nei termini riportati nel testo, cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017, *Considerato in diritto n. 3.1.*

⁹⁰ Cfr. O. DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato della legge al primato dell'interpretazione*, cit., 161 ss.

⁹¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 317 del 2009, *Considerato in diritto n. 7*. A commento della decisione, tra i molti, si v. A. RUGGERI, *Conferme e novità di fine anno in tema di rapporti tra diritto interno e CEDU (a prima lettura di Corte cost. nn. 311 e 317 del 2009)*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 2009.

⁹² A commento della decisione si vedano, *ex multis*, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 2/2015; V. ZAGREBLESKY, *Corte cost. n. 49 del*

affermando che soltanto un “*diritto consolidato*”, generato dalla giurisprudenza europea, potrebbe essere posto dal giudice interno a fondamento del proprio processo interpretativo, non esistendo alcun obbligo in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo⁹⁴.

Ciò significa, e giova sottolinearlo, che il difetto di una giurisprudenza europea univoca, tale da superare la sporadicità delle decisioni della Corte EDU – peraltro, spesso caratterizzate dalle particolarità della fattispecie oggetto di scrutinio oltreché dalle peculiarità dell’ordinamento in cui la decisione è destinata a spiegare effetto⁹⁵ –, “*libera l’interprete dall’obbligo di porre alla base della decisione un [particolare] contenuto della normativa interposta*”⁹⁶.

Sul punto, occorre rilevare che talune delle riserve manifestate dalla dottrina all’indomani della sent. n. 49⁹⁷, in particolare, in relazione alle difficoltà, per il giudice comune, di raggiungere un significativo grado di certezza in ordine al carattere *consolidato* di un determinato orientamento della Corte EDU, sono state in larghe parte confermate dal seguito giurisprudenziale della predetta decisione.

Paradigmatica, in questo senso, la recente vicenda *De Tommaso*⁹⁸, in cui, a fronte di una sentenza di condanna emessa dalla Grande Camera della Corte EDU nei confronti dell’Italia (in materia di misure di prevenzione), i giudici comuni hanno fornito risposte differenti, addirittura antitetiche con specifico riguardo alla valutazione del carattere, più o meno, *consolidato* dell’orientamento della Corte europea.

Da una parte, infatti, la Corte d’appello di Napoli⁹⁹, nel marzo del 2017, prendendo atto della citata sentenza della Corte EDU, ha sollevato questione di legittimità costituzionale, censurando la illegittimità convenzionale/costituzionale della disciplina interna in materia di misure di prevenzione, con ciò, pur in assenza di una inequivoca presa di posizione sul punto¹⁰⁰, risolvendo

2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione, in Osservatorio costituzionale, maggio 2015; e M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Cont., 2/2015, 288 ss.

⁹³ L’espressione è di V. VALENTINI, *La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strenghtening o manipolazione autodistruttiva? Su Taricco, Varvara e altre mine vaganti*, cit.

⁹⁴ Con particolare attenzione alle conseguenze della decisione sull’equilibrio tra la Corte costituzionale e la Corte europea, si v. M. D’AMICO, *La Corte europea come giudice “unico” dei diritti fondamentali? Note a margine della sentenza, 27 agosto 2015, Parrillo c. Italia*, in Forum di Quaderni costituzionali, 2015.

⁹⁵ Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto n. 7*. Questione, in parte, diversa è quella che riguarda le cd. sentenze pilota “*le quali traggono origine dalla circostanza che spesso vengono presentati alla Corte numerosi ricorsi relativi alla stessa situazione giuridica interna all’ordinamento convenuto. Normalmente questi ricorsi scaturiscono da un contesto interno di carattere generale (in quanto coinvolgente una pluralità di persone) in contrasto con la CEDU, e mettono in evidenza un problema di carattere strutturale nell’ordinamento dello Stato convenuto. In queste sentenze la Corte non si limita a individuare il problema che il caso presenta, ma si spinge sino a indicare le misure più idonee per risolverlo*” (così Corte cost., sent. n. 210 del 2013, *Considerato in diritto n. 7.2*).

⁹⁶ Cfr. Corte cost., sent. n. 200 del 2016, *Considerato in diritto n. 5*.

⁹⁷ In particolare dalla dottrina penalistica, si v. F. VIGANO’, *La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su Corte cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione*, in Riv. Trim. Dir. Pen. Cont., 2/2015, 333 ss.

⁹⁸ Cfr. Corte EDU, GC, *De Tommaso c. Italia*, 23.2.2017. Come commento, a prima lettura, della decisione, si v. F. VIGANO’, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 marzo 2017; e A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità della ‘legge’, ma una rondine non fa primavera*, in www.penalecontemporaneo.it, 6 marzo 2017.

⁹⁹ Cfr. Corte d’appello di Napoli, Sez. VIII pen. – misure di prevenzione, ord. 14 marzo 2017, Pres. Grasso, Est. Cioffi, consultabile su www.penalecontemporaneo.it, con un breve commento di F. VIGANO’, *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, 31 marzo 2017.

¹⁰⁰ Si legge nell’ordinanza citata che “*le decisioni della Corte EDU che interpretino la Convenzione assegnando uno specifico contenuto precettivo alle norme della stessa, particolarmente quando assunte dalla Grande Camera e come tali espressive di orientamento uniforme e definitivo della Corte, pur non potendo essere direttamente applicate dal giudice comune interno si pongono come parametro costituzionale interposto, assumendo la norma convenzionale, così*

in senso positivo il dubbio circa l'esistenza di un "well-established case-law" in ordine al parametro convenzionale evocato.

Dall'altra parte, i Tribunali di Milano¹⁰¹ e Palermo¹⁰² hanno escluso espressamente, con non implausibili argomentazioni¹⁰³, di essere vincolati dalla sentenza della Corte EDU, perché ritenuta non espressiva di un orientamento consolidato, giungendo così ad applicare nel caso di specie la misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale (oggetto di censura in sede europea).

Un simile contesto giurisprudenziale – che, peraltro, *mutatis mutandis*, ricorda quello determinatosi all'esito della sentenza *Taricco* della Corte di Giustizia¹⁰⁴ – appare emblematico delle incertezze che permangono, pur a fronte di un orientamento della Corte costituzionale che è andato perfezionandosi nel corso degli anni, sul tema del rapporto tra il sistema nazionale e quello della CEDU.

In ogni caso, ferma questa premessa, deve osservarsi che, grazie soprattutto ad una mutata sensibilità della giurisprudenza nazionale (sia di merito che costituzionale), l'impatto che le decisioni della Corte EDU hanno avuto sull'ordinamento interno, con specifico riguardo all'estensione delle garanzie sottese al *nullum crimen*, è stato oltremodo significativo, sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo¹⁰⁵.

I confini della *materia penale*, per come individuati dalle scelte formali del *legislatore* nazionale, si sono così progressivamente ampliati, in conseguenza proprio dei *dicta* della Corte EDU la quale, dando applicazione ai citati criteri *Engel*, ha, in molti casi, imposto una (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali di istituti diversamente qualificati a livello interno.

come interpretata, rango costituzionale, con il conseguente obbligo del giudice comune interno, quando non sia possibile rinvenire una interpretazione della norma interna conforme alla norma convenzionale, di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 117 della Costituzione in relazione al contrasto con la norma convenzionale (Corte cost., sent. n. 349/2007)".

¹⁰¹ Cfr. Trib. Milano, Sez. Misure di Prevenzione, decreto 7 marzo 2017. Per un commento critico del provvedimento, si v. S. FINOCCHIARO, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera De Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*. Trib. Milano, sez. autonoma misure di prevenzione, decreto 7 marzo 2017 (dep. 13 marzo 2017), Pres. Est. Cernuto, in www.penalecontemporaneo.it, 13 aprile 2017.

¹⁰² Cfr. Trib. Palermo, Sez. I pen. – misure di prevenzione, ord., 28 marzo 2017, Pres. Petrucci, Est. Francolini, consultabile su www.penalecontemporaneo.it con un breve commento di F. BALATO, *Su talune recenti prese di distanza dalla sentenza della Corte EDU De Tommaso da parte della giurisprudenza di merito*, 13 aprile 2017.

¹⁰³ Con alcune note critiche sulle argomentazioni spese dal Tribunale, si v. S. FINOCCHIARO, *Come non detto. Per il Tribunale di Milano la sentenza della Grande Camera De Tommaso in materia di misure di prevenzione non integra un precedente consolidato*. Trib. Milano, sez. autonoma misure di prevenzione, decreto 7 marzo 2017 (dep. 13 marzo 2017), Pres. Est. Cernuto, cit., 4 ss.

¹⁰⁴ In cui, come noto, in particolare per quel che concerne le condizioni poste dalla Corte di Giustizia per la non-applicazione della normativa interna in materia di prescrizione di cui agli artt. 160 e 161 c.p. (oggetto della decisione pregiudiziale resa l'8 settembre 2015 dalla Corte di Lussemburgo), i giudici comuni hanno fornito risposte assai differenti: alcuni, come la Corte di cassazione, III sez. (17 settembre 2015, n. 2210, Imp. *Pennacchini*), dando seguito al *dictum* europeo, hanno non-applicato la normativa interna; altri, come la Corte di cassazione, IV sez. (25 gennaio 2016, n. 7914, Imp. *Tormenti*), non hanno ritenuto sussistenti le condizioni poste dalla Corte europea, dando applicazione alla normativa interna; altri ancora, come la Corte di appello di Milano, II sez., e la Corte di cassazione, III sez. (con ordinanze, rispettivamente, del 18 settembre 2015 e del 30 marzo 2016), hanno sollevato questione di legittimità costituzionale, chiedendo alla Corte di attivare i *controlimiti* nei confronti dell'ordinamento dell'Unione europea. Sul tema, tra i molti, si v. G. CIVIELLO, *La prima attuazione della sentenza "Taricco" della C.G.U.E.: il principio di legalità nell'epoca del "minimalismo penale"*, in www.archiviopenale.it, febbraio 2016; sia inoltre consentito il rinvio a S. BISSARO, *I 'nodi' della prescrizione: problematiche costituzionali alla luce della sentenza Taricco*, in AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, cit., 235 ss.

¹⁰⁵ In generale, sul tema dell'incidenza della giurisprudenza della Corte EDU nelle decisioni del giudice costituzionale italiano, si vedano le riflessioni di T. GROPPi, *La jurisprudence de Strasbourg dans les décisions de la Cour constitutionnelle italienne*, in Federalismi.it, 2016. Cfr., anche, con specifico riguardo al settore penale, G. GRASSO, F. GIUFFRIDA, *L'incidenza sul giudicato interno delle decisioni della Corte europea che accertano violazioni attinenti al diritto penale sostanziale*, in www.penalecontemporaneo.it, 25 maggio 2015.

Senza alcuna pretesa di completezza, può richiamarsi, in questo senso, la nota vicenda *Scoppola*¹⁰⁶, originata dalla pronuncia con cui la Corte EDU ha stabilito che alla diminuzione di cui all'art. 442 c.p.p., prevista per coloro i quali accedano al rito abbreviato, deve riconoscersi non già natura processuale, come la collazione topografica della disposizione invero suggerirebbe, bensì sostanziale in ragione della sua immediata incidenza sulla *species* e sul *quantum* della sanzione applicabile nel caso concreto¹⁰⁷.

Nel medesimo solco ermeneutico, si inserisce anche la nota sentenza *Varvara*¹⁰⁸, all'esito della quale la Corte di Strasburgo, richiamando il precedente costituito dall'altrettanto nota sentenza *Sud Fondi*¹⁰⁹, ha (ri)affermato la riconducibilità della confisca urbanistica, disciplinata dall'art. 44, secondo comma, D.P.R. 380 del 2001, al concetto antiformalistico di *matière pénale*¹¹⁰, onde riconoscere ad essa, nel caso di specie, la copertura dell'art. 7 CEDU.

Ad una analoga conclusione, come noto, la Corte EDU è più di recente pervenuta con la sentenza *Grande Stevens*¹¹¹, con cui il predetto art. 7 è stato ritenuto applicabile (anche) alle sanzioni previste in materia di abuso di informazioni privilegiate, nonostante l'etichetta di sanzioni *amministrative* ad esse riservata dalla legislazione nazionale.

Invero, accanto al diritto processuale penale e al diritto amministrativo (punitivo)¹¹², vi sono ulteriori ambiti dell'ordinamento nazionale in cui la nozione di *matière pénale* potrebbe sconfinare, con ricadute sistematiche di non poco momento.

Particolarmente interessante, in questo senso, è l'ipotesi delle misure limitative del diritto di elettorato passivo, previste, anche per i parlamentari, dal d.lgs. n. 235 del 2012 (cd. *Decreto Severino*)¹¹³: da un lato, infatti, si è recentemente pronunciata la Corte costituzionale, con la sent. n. 276 del 2016, nel senso di escludere la sussistenza dei sopra citati criteri *Engel* in relazione non soltanto alla "misura" della sospensione dalla carica regionale e locale (oggetto del giudizio) ma anche all'incandidabilità in termini generali¹¹⁴; dall'altra lato, la Corte EDU potrebbe, nella prossima decisione sul ricorso dell'ex senatore Berlusconi, pervenire ad una soluzione opposta per quel che riguarda l'istituto dell'incandidabilità parlamentare.

¹⁰⁶ Cfr. Corte EDU, *Scoppola c. Italia*, 17 settembre 2009. Cfr. E. LAMARQUE, F. VIGANO', *Sulle ricadute interne della sentenza Scoppola. Ovvero: sul gioco di squadra tra Cassazione e Corte costituzionale nell'adeguamento del nostro ordinamento alle sentenze di Strasburgo (Nota a C. Cost. n. 210/2013)*, in *Giur. It.*, 2/2014. Nella stessa prospettiva, si inserisce anche il più recente caso *Gaetano Davide Greco c. Italia*, del 7 luglio 2015, in cui si legge che "la Corte è pronta ad accettare che, benché faccia parte del c.p.p., le cui disposizioni regolano di norma la procedura da seguire per perseguire e giudicare i reati, l'art. 597, terzo comma, [può] essere considerata una disposizione di diritto penale materiale, in quanto verte sulla severità della pena da infliggere quando l'appello viene interposto unicamente dall'imputato".

¹⁰⁷ Cfr. S. MARCOLINI, *La prescrizione del reato tra diritto e processo: dal principio di legalità sostanziale a quello di legalità processuale (note a CGUE, Grande sezione, 8 settembre 2015, C-105/14, Taricco)*, in *Cass. Pen.*, 1/2016, 366.

¹⁰⁸ Cfr. Corte EDU, *Varvara c. Italia*, 29 ottobre 2013.

¹⁰⁹ Cfr. Corte EDU, *Sud Fondi c. Italia*, 20 gennaio 2009.

¹¹⁰ Cfr. V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, www.penalecontemporaneo.it, 1 aprile 2015, 2 ss.

¹¹¹ Cfr. Corte EDU, *Grande Stevens c. Italia*, 4 marzo 2014.

¹¹² Sulle specificità del cd. diritto amministrativo punitivo, si v., per tutti, V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, in *Jus*, 1995, 227 ss.

¹¹³ In generale, sulle differenti ipotesi di incandidabilità, v. V. PUPO, *La disciplina dell'incandidabilità alle cariche elettive regionali e locali alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Rivista AIC*, 1/2017; e P. TORRETTA, *L'incandidabilità al mandato parlamentare. La "legge Severino" oltre il "caso Berlusconi"*, Napoli 2015.

¹¹⁴ A commento della decisione, si vedano i contributi di P. TORRETTA, "Legge Severino". *La Corte conferma la sua legittimità costituzionale*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 1/2017, 129 – 131; e G. RIVOSECCHI, "Legge Severino", *atto secondo: la conformità a Costituzione delle norme sulla sospensione dalle cariche politiche locali*, in *Giur. Cost.*, fasc. 2/2017. Sul tema sia consentito il rinvio anche a S. BISSARO, *La Corte costituzionale alle prese con la giurisprudenza della Corte EDU. Una prova difficile (e forse neppure necessitata) in materia di incandidabilità*, in *Rivista AIC*, 2/2017.

Da ultimo, sul tema della diversa estensione delle nozioni di *materia penale* e *matière pénale*, e in disparte la differente questione concernente il contenuto delle garanzie ad esse riferibili¹¹⁵, deve osservarsi che se è vero che nella quasi totalità dei casi la seconda è risultata più ampia della prima – e del resto i precedenti sopra riportati confermano questo rilievo –, è vero anche che si registrano dei casi in cui la nozione di *materia penale* propria dell'ordinamento nazionale arriva a coprire istituti che, per la giurisprudenza della Corte EDU, fuoriescono dal perimetro applicativo delle garanzie del *nullum crimen*.

La nota vicenda *Taricco* offre, in questa prospettiva, utili spunti, potendo da essa ricavarsi una differente qualificazione delle norme relative alla prescrizione dei reati tale da far ritenere più ampia, sotto questo specifico profilo, la nozione di *materia penale* nazionale rispetto alla corrispondente *matière pénale* europea.

Nella prospettiva sovranazionale – non solo della Corte di Giustizia ma (anche e prima di tutto) della Corte EDU, la cui decisione *Coeme c. Belgio*¹¹⁶ viene dalla prima citata nella sentenza *Taricco* –, le norme disciplinanti il regime prescrizione dei reati sono infatti considerate come estranee alla *matière pénale*, e quindi escluse dall'ambito di applicazione, anzitutto, dell'art. 7 CEDU; viceversa, nell'ordinamento nazionale, come più volte ribadito dalla Corte costituzionale¹¹⁷, esse sono ritenute coperte dal fascio di garanzie di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.¹¹⁸, in quanto norme di diritto penale sostanziale, rientranti, per l'appunto, come peraltro confermato dalla loro collocazione sistematica all'interno del libro primo del codice penale (*Dei reati in generale*), all'interno della nozione di *materia penale*.

5. Sul ruolo e sulle responsabilità del giudice comune: considerazioni intorno ai limiti dell'interpretazione convenzionalmente conforme in materia penale

Tenendo a mente lo scenario tratteggiato nelle precedenti pagine, può ora procedersi con l'esame di un ulteriore profilo di interesse in riferimento al più ampio fenomeno dell'impatto della giurisprudenza della Corte europea sull'ordinamento interno, con specifico riguardo alla nozione di *matière pénale* e alle sue implicazioni pratiche.

In questa prospettiva, pare oltremodo interessante interrogarsi, in particolare, sul ruolo e sulle responsabilità del giudice comune, le cui determinazioni sul piano interpretativo, a ben vedere, e proprio in ragione del ruolo che ad esso viene riconosciuto a partire dalle sentenze gemelle del 2007, hanno un'incidenza notevole rispetto all'effettivo adeguamento dell'ordinamento interno agli obblighi derivanti dalla CEDU.

A tal riguardo, occorre domandarsi, anzitutto, quali siano gli spazi di autonomia interpretativa che il giudice comune può ritagliarsi allorché si trovi a *maneggiare* un istituto che, secondo la qualificazione formale operata dal *legislatore* nazionale, fuoriesce dall'ambito di operatività del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. e che, viceversa, ad avviso dello stesso giudice, proprio in applicazione dei criteri *Engel* sopra descritti, disvelerebbe la sua natura *sostanzialmente* penale.

¹¹⁵ Tema, quest'ultimo, che, come si è avuto di rilevare nel testo, pur rivestendo un'importanza centrale nella ricerca dottorale che fa da sfondo a questo contributo, fuoriesce dall'oggetto specifico delle riflessioni qui proposte. Sul tema dei rapporti tra i modelli di legalità del sistema italiano ed europeo, si v., tra i molti, M. D'AMICO, *Il principio di legalità penale tra Corte costituzionale e Corti europee*, in AA.VV., *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, a cura di N. Zanon, Napoli 2006.

¹¹⁶ Cfr. Corte EDU, *Coeme c. Belgio*, 22 gennaio 2002.

¹¹⁷ Cfr., *ex plurimis*, Corte. cost., sent. nn. 143 del 2014, 324 del 2008 e 393 del 2006. Cfr. F. VIGANO', *Prescrizione e reati lesivi degli interessi finanziari dell'UE: la Corte d'appello di Milano sollecita la Corte costituzionale ad azionare i 'contro-limiti'*. Corte d'appello di Milano, II sez. pen., ord. 18 settembre 2015, Pres. Maiga, Est. Locurto, in www.penalecontemporaneo.it, 21 settembre 2015.

¹¹⁸ Sul tema, si v., ancora, M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e "dialogo" tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, cit.

Si deve sciogliere, in questo senso, il nodo relativo alla possibilità per il giudice comune di procedere autonomamente, prescindendo dall'intervento della Corte costituzionale, alla (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali di un istituto che il *legislatore* nazionale ha considerato come estraneo alla *materia penale*.

Ciò premesso, va preliminarmente rilevato che la Corte costituzionale non sembra aver ancora elaborato un orientamento definitivo su questo specifico profilo, avendo, come si vedrà, nelle recenti sent. n. 68 e 109 del 2017, con cui ha affrontato simili tematiche, proposto degli indirizzi interpretativi in parte divergenti¹¹⁹.

Con la prima delle decisioni citate, la Corte ha scrutinato – per poi deciderle nel senso dell'inammissibilità¹²⁰ – una serie articolata di questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione in relazione all'art. 187-sexies del d.lgs. n. 58 del 1998 e 9, sesto comma, della l. n. 62 del 2005¹²¹, in materia di confisca per equivalente, misura, quest'ultima, che il giudice *a quo* aveva ritenuto in contrasto, in particolare, con l'art. 7 della CEDU, in ragione della possibilità di una sua applicazione in via retroattiva.

Nel formulare le proprie censure, il giudice rimettente aveva mosso dal presupposto per cui la confisca per equivalente in oggetto avrebbe dovuto essere considerata, in ragione del suo carattere afflittivo e in disparte l'etichetta formale di "*misura conseguente ad un illecito amministrativo*" ad essa attribuita dal *legislatore*, alla stregua di una *sanzione* penale e, come tale, protetta dalle garanzie del *nullum crimen* di cui all'art. 7 CEDU, tra cui, per l'appunto, l'irretroattività *in malam partem*.

Ebbene, ai fini del ragionamento qui proposto, è utile richiamare il passaggio in cui la Corte costituzionale ha affermato di non aver "*motivo di discostarsi dalla premessa argomentativa da cui muove il rimettente, sulla natura penale, ai sensi dell'art. 7 della CEDU, della confisca per equivalente*"¹²², in tal modo implicitamente riconoscendo l'ammissibilità di una autonoma qualificazione, in termini *sostanzialmente* penali secondo i criteri propri della giurisprudenza europea, da parte del giudice comune¹²³.

Con tale pronuncia, invero, la Corte ha articolato ulteriormente la propria posizione sul punto, sottolineando 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*"¹²⁴, essendo il giudice comune, in qualità di "*primo interprete della CEDU*"¹²⁵, tenuto

¹¹⁹ Condivide questa lettura, I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost., n. 109 del 2017*, cit.

¹²⁰ Per una sintetica descrizione della decisione della Corte, si v. F. VIGANO', *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*. *Corte cost., sent. 7 aprile 2017, n. 68*, Pres. Grossi, Red. Lattanzi, in www.penalecontemporaneo.it, 10 aprile 2017.

¹²¹ Contententi, rispettivamente, il *Testo Unico delle disposizioni in materia di intermediazioni finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52*, e *Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004*.

¹²² Cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017, *Considerato in diritto* n. 6.

¹²³ Anche nella sentenza n. 43 del 2017 (che verrà esaminata ampiamente nel prossimo paragrafo), la Corte è sembrata proporre questo tipo di lettura, riscontrando, senza eccepire alcunché sul punto, che il giudice rimettente aveva ritenuto che a determinate sanzioni amministrative dovesse essere riconosciuta natura *sostanzialmente* penale, "*benché manchi, allo stato, una pronuncia della Corte europea che, con specifico riferimento alle suddette sanzioni, si sia espressa in tal senso*". Cfr. N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

¹²⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017, *Considerato in diritto* n. 7. E' interessante, sempre in materia di confisca per equivalente, segnalare, il precedente rappresentato dall'ord. n. 97 del 2009 con cui la Corte, nel dichiarare manifestamente infondate le censure sollevate dall'autorità rimettente in relazione all'art. 117 Cost., ha affermato che "*la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all'assenza di un 'rapporto di pertinenzialità' [...] tra il reato e detti beni, conferiscono all'indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura 'eminente sanzionatoria', che impedisce l'applicabilità a tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 200 c.p. secondo cui le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al momento della loro applicazione*" e successivamente precisato che "*il secondo comma dell'art. 25 vieta l'applicazione retroattiva di una sanzione penale, come deve qualificarsi la confisca per equivalente [in oggetto], e che la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto in contrasto con i principi*

a “sviluppare i principi enunciati sulla base dell’art. 7 della CEDU per decidere se valgono anche con riferimento”¹²⁶ ad altri istituti (alla confisca di valore, nel caso di specie).

Diversamente, nella successiva sent. n. 109 del 2017, con cui sono state dichiarate inammissibili le censure di incostituzionalità formulate dal Tribunale di Varese in relazione ad alcune disposizioni del d.lgs n. 8 del 2016¹²⁷, la Corte è sembrata (in parte) rimeditare l’indirizzo proposto con la sent. n. 68¹²⁸.

Infatti, pur riconoscendo, in termini generali, che “il giudice comune ha il dovere di evitare violazione della CEDU 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”¹²⁹, la Corte ha sottolineato – in modo piuttosto netto¹³⁰ – che il criterio casistico cui sarebbe (inevitabilmente) consegnata l’identificazione della natura penale della sanzione, ove si ammettesse la possibilità per ciascun giudice comune di procedere in tal senso, “potrebbe porsi in problematico rapporto con l’esigenza garantistica tutelata dalla riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost”¹³¹.

Di fronte a questo complesso ed eterogeneo scenario giurisprudenziale, non sembra agevole ricavare delle indicazioni precise per l’interprete, specie ove si consideri che la materia *de qua* è tutta in divenire e, nei prossimi mesi, la Corte dovrà nuovamente affrontare simili questioni, con esiti che è impossibile anticipare in questo momento¹³².

Ad ogni buon conto, è possibile formulare, con la dovuta prudenza, alcune considerazioni di sintesi, con l’obiettivo di precisare, alla luce degli attuali approdi interpretativi della giurisprudenza costituzionale, quale sia, in concreto, lo spazio che il giudice comune, che intenda pervenire, servendosi dei criteri *Engel*, ad una (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali di un istituto diversamente inteso dal *legislatore* nazionale, può ritagliarsi.

Sicuramente, in forza del modello inaugurato con le sentenze gemelle (nella versione ridefinita dalla sent. n. 49 del 2015), il giudice comune, accertata l’esistenza di un “*well-established case-law*” in seno alla Corte EDU, deve anzitutto tentare di interpretare in senso

sanciti dall’art. 7 CEDU l’applicazione retroattiva di una confisca di beni riconducibile proprio ad un’ipotesi di confisca per equivalente (caso Welch c. Regno Unito, 1995)”.

¹²⁵ Sottolinea con enfasi questo profilo, F. VIGANO’, *Un’altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative ‘punitive’*. *Corte cost.*, sent. 7 aprile 2017, n. 68, Pres. Grossi, Red. Lattanzi, cit., 3 ss.

¹²⁶ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 68 del 2017, *Considerato in diritto n. 7*.

¹²⁷ Recante, come già si è detto, *Disposizioni in materia di depenalizzazione, a norma dell’articolo 2, comma 2, della legge 28 aprile 2014, n. 67*. Sul tema, si v. F. MAZZACUVA, *L’incidenza della definizione “convenzionale” di pena sulle prospettive di riforma del sistema sanzionatorio. Osservazioni a margine della legge delega n. 67/2014*, in *Riv. Trim. Dir. Pen. Cont.*, 3/2015, 6 ss.

¹²⁸ Interessante notare, peraltro, che pur a fronte di una dichiarazione di inammissibilità, la Corte abbia scelto, sia nel caso della sent. 68 che nella sent. 109 del 2017, di adottare la propria decisione con la forma della sentenza (in luogo dell’ordinanza). Scelta che può certamente giustificarsi, in entrambi i casi, con l’esigenza della Corte di svolgere considerazioni di carattere generale sul ruolo e sui limiti del giudice comune chiamato a interrogarsi in ordine alla possibile (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali di istituti collocati al di fuori della *materia penale* a livello interno.

¹²⁹ Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017, *Considerato in diritto n. 3.1*.

¹³⁰ Da questo punto di vista, la sent. n. 109 del 2017 sembra porsi in linea di continuità con il già citato precedente rappresentato dalla sent. n. 230 del 2012.

¹³¹ Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017, *Considerato in diritto n. 3.1*. Cfr. I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost.*, n. 109 del 2017, cit.

¹³² A fine settembre, infatti, la Corte costituzionale sarà nuovamente chiamata a esaminare la natura giuridica della misura della sospensione dalla carica elettiva, prevista dal cd. *Decreto Severino*. Cfr. ord. del Tribunale di Napoli del 22.07.2016, iscritta nel reg. ord. n. 21 del 2017 e pubblicata sulla G.U., prima serie speciale, n. 9 del 1.3.2017. A breve, inoltre, la Corte dovrà decidere una importante questione di legittimità costituzionale sollevata dal Tribunale di Monza in relazione all’art. 649 c.p.p., sul presupposto di una (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali della sanzione amministrativa prevista dalla legislazione nazionale. Cfr. ord. del Tribunale di Monza del 30.06.2016, iscritta nel reg. ord. n. 236 del 2016 e pubblicata su G.U., prima serie speciale, n. 47 del 23.11.2016.

convenzionalmente conforme la normativa interna, essendo, viceversa, tenuto ad attivare il giudizio di costituzionalità ove questo tentativo fallisca¹³³.

Si osservi, incidentalmente, con riguardo a questa seconda eventualità, che il giudice comune non potrebbe in nessun caso prescindere dall'invocazione espressa del parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost. che, in questo senso, costituisce un presupposto processuale indefettibile per considerare conferente rispetto alla normativa impugnata e, quindi, potenzialmente rilevante ai fini del connesso scrutinio di costituzionalità, la giurisprudenza della Corte EDU¹³⁴.

In ogni caso, deve evidenziarsi che la soluzione dell'interpretazione convenzionalmente conforme rispetto ai casi che interessano ai fini del presente ragionamento, ovverosia nei casi che riguardano la possibile (ri)qualificazione di un istituto considerato come *non* penale dal *legislatore* nazionale, appare, come già rilevato in dottrina¹³⁵, piuttosto improbabile.

Ed invero, di fronte ad una precisa scelta classificatoria del *legislatore* nazionale in virtù della quale un determinato istituto è stato considerato come estraneo alla *materia penale*, il dato testuale/letterale della disposizione finisce per rappresentare un ostacolo difficilmente superabile in via interpretativa da parte del giudice comune¹³⁶.

E così, in simili casi, seguendo rigorosamente il modello delle sentenze gemelle, l'attivazione del giudizio di costituzionalità da parte del giudice comune sarebbe l'unica soluzione realmente percorribile per giungere ad una (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali di un istituto diversamente considerato dal *legislatore* interno.

Né, per altro verso, al fine di estendere lo spazio di autonomia interpretativa riservato al giudice comune, potrebbe opportunamente richiamarsi la tesi secondo cui (tutte) le previsioni della CEDU (anche quelle, come l'art. 7, che riguardano la materia penale), allorché ricadano in spazi normativamente '*vuoti*' – ossia non regolati in modo antinomico dalla legislazione nazionale –, debbano essere direttamente applicate dal giudice comune, come qualsiasi altra norma dell'ordinamento¹³⁷.

Anzitutto, sembra difficile condividere la premessa teorica da cui muove questa tesi e cioè che esistano realisticamente degli spazi giuridici normativamente '*vuoti*': la scelta del *legislatore* nazionale di limitare l'operatività di un determinato istituto alla (sola) *materia penale*¹³⁸, infatti, non

¹³³ Cfr. Corte cost., sent. n. 80 del 2011.

¹³⁴ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 109 del 2017, con cui è stata censurata proprio l'erronea invocazione dei parametri da parte del giudice rimettente. Cfr., sul punto, ancora N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit.

¹³⁵ Tra questi, ancora, N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit.; e I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost., n. 109 del 2017*, cit.

¹³⁶ Così F. PALAZZO, *Principio di legalità penale e giustizia penale*, cit., 2695 ss, il quale, peraltro, sottolinea le notevoli incertezze che derivano dall'interpretazione convenzionalmente conforme in materia penale, nascenti spesso "*dall'eterogeneità strutturale tra la norma da interpretare conformemente e il parametro europeo di riferimento. Quest'ultimo, infatti, può presentarsi con caratteristiche molto diverse, che vanno da quelle di un principio o comunque di una norma di scopo estremamente generica e suscettibile di molteplici gradi di attuazione, a quelle di una disposizione estremamente analitica e minuziosa*".

¹³⁷ Tesi sostenuta, in particolare, nella dottrina penalistica, da F. VIGANO', *L'impatto della CEDU e dei suoi protocolli sul sistema penale italiano*, in AA.VV., *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis, F. Viganò, Torino 2016, 26 ss.; e da A. CHIBELLI, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*. Note a Corte cost., sent. 20 luglio 2016, n. 193, Pres. Grossi, red. Amato, in Riv. Trim. Dir. Pen. Cont., 3/2016, 267 ss.

¹³⁸ Così, per esempio, l'art. 649 c.p.p. che limita al settore penale l'operatività del divieto di un secondo giudizio – il cd. *ne bis in idem* – stabilendo che "*l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli artt. 69 comma 2 e 345*". Su questa disposizione codicistica, come noto, fanno leva quegli autori che sostengono la diretta applicabilità del principio del *ne bis in idem* di matrice convenzionale (di cui all'art. 4 Prot. 7 della CEDU) nel settore del diritto amministrativo punitivo. Cfr. F. VIGANO', *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di*

può che essere interpretata nel senso che al di fuori di quello specifico ambito quel medesimo istituto non può trovare applicazione.

Delle due l'una: o si rientra all'interno della *materia penale* e allora può predicarsi l'operatività di quel particolare istituto (che il *legislatore* nazionale ha, per l'appunto, esclusivamente riservato alla *materia penale*), ovvero, se si ricade all'interno di un settore diverso dell'ordinamento (come il settore amministrativo, per esempio), quello stesso istituto non può essere applicato.

Se si ragionasse diversamente – ovverosia se si ammettesse la possibilità, per il giudice comune, di estendere, in forza di una interpretazione convenzionalmente conforme basata sui criteri *Engel*, il perimetro applicativo di un istituto che il *legislatore* nazionale ha riservato al (solo) settore *penale* – si finirebbe, in fin dei conti, per svincolare le scelte classificatorie di quest'ultimo, le quali, e la Corte costituzionale lo ha evidenziato in modo netto nella citata sent. n. 109 del 2017, devono sempre essere valutate in uno con le esigenze garantistiche sottese alla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost¹³⁹.

Questa tesi, peraltro, come recentemente osservato in dottrina¹⁴⁰, nel riconoscere la piena autonomia del giudice comune rispetto a tale asserita diretta applicazione della CEDU in spazi normativamente “vuoti”, non sembra comunque tenere nella dovuta considerazione le esigenze di uguaglianza che il giudizio di costituzionalità, per come considerato proprio nel modello tracciato a partire dalle sentenze gemelle, assicura.

Ciò premesso in termini generali in ordine alle criticità connesse all'interpretazione convenzionalmente conforme in materia penale¹⁴¹, va detto che, a fronte di un orientamento della Corte costituzionale che, come visto, non può dirsi univoco, non sembra ad oggi risolto il nodo relativo alla possibilità, per il giudice comune, di servirsi di una giurisprudenza europea consolidatasi su un istituto diverso da quello che egli stesso è chiamato ad applicare nel caso concreto.

Ci si riferisce, specificatamente, a quella particolare ipotesi in cui un orientamento consolidato della Corte EDU in effetti sussista ma in riferimento ad un istituto diverso (in tutto o in parte) da quello di cui è questione nel giudizio pendente davanti al giudice comune che intenda servirsi dei criteri *Engel* per (ri)qualificare un istituto considerato come estraneo alla *materia penale* dalla legislazione nazionale.

In attesa dei prossimi pronunciamenti della Corte costituzionale sul punto, ci si limita ad evidenziare, in questa sede, che le preoccupazioni mostrate dalla Corte, nella sent. 109 del 2017, paiono oltremodo condivisibili e si pongono, peraltro, nel solco tracciato dall'ord. n. 24 del 2017, in cui la Corte costituzionale, nell'elevare a rango supremo il principio di legalità penale, ha più volte valorizzato la *ratio* garantistica sottesa al principio di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.¹⁴².

Ed, infatti, qualora si ammettesse la possibilità per ciascun giudice di (ri)qualificare in termini *sostanzialmente* penali, secondo i criteri *Engel*, un istituto collocato al di fuori della *materia penale* a livello interno, pur in assenza di un orientamento europeo consolidatosi sulla norma che

mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni. Corte cost., sent. 12 maggio 2016, n. 102, pres. Grossi, Red. Lattanzi e Cartabia, in www.penalecontemporaneo.it, 16 maggio 2016.

¹³⁹ Esigenze, quest'ultime, che mantengono, pur a fronte di una interpretazione meno rigorosa della riserva di legge ex art. 25, secondo comma, Cost. una loro fondamentale importanza specie nei confronti dei (possibili) arbitri interpretativi del potere giudiziario. Cfr. I. PELLIZZONE, *Profili costituzionali della riserva di legge in materia penale. Problemi e prospettive*, cit., *passim*.

¹⁴⁰ Cfr., ancora, I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost., n. 109 del 2017*, cit.

¹⁴¹ Sul tema si v. N. ZANON, *Su alcuni problemi attuali della riserva di legge in materia penale*, cit., 319 ss., e V. MANES, *Metodo e limiti dell'interpretazione conforme alle fonti sovranazionali in materia penale*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 9 luglio 2012.

¹⁴² Cfr. Corte cost., ord. n. 24 del 2017, *Ritenuto in fatto e considerato in diritto n. 5*. Evidenziano, in particolare, questo profilo M. D'AMICO, *Principio di legalità penale e “dialogo” tra le Corti. Osservazioni a margine del caso Taricco*, cit.

quello stesso giudice è tenuto ad applicare, si correrebbe il rischio di frustrare l'esigenza garantistica sottesa alla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.¹⁴³.

Invero, le decisioni dei giudici comuni, a differenza di quelle della Corte costituzionale, hanno efficacia soltanto *inter partes* e non v'è, all'evidenza, alcuna garanzia che la conclusione raggiunta da un giudice in ordine alla (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali di un istituto diversamente considerato a livello interno, sia confermata, in casi successivi, da quello stesso giudice, ovvero da altri giudici, chiamati a risolvere casi analoghi o sovrapponibili, con evidenti ripercussioni sul principio di uguaglianza e sulla certezza del diritto.

6. Le implicazioni, sul versante delle garanzie, della (ri)qualificazione in termini sostanzialmente penali: coesistenza o assimilazione dei due paradigmi?

Rimane a questo punto da affrontare un'ulteriore questione problematica che si inserisce, al pari di quelle esaminate nel precedente paragrafo, nel più ampio dibattito circa i risvolti applicativi derivanti dell'impatto, nel nostro ordinamento, della giurisprudenza della Corte EDU sulla nozione di *matière pénale*¹⁴⁴.

In particolare, ci si deve domandare – ed a prescindere dalla circostanza che sia il giudice comune ovvero la Corte costituzionale a procedere alla (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali di un istituto diversamente etichettato dal *legislatore* nazionale – quali siano le implicazioni, sul versante delle garanzie individuali, di una simile operazione.

In altre parole, ci si deve chiedere quale sia il risultato pratico dell'attrazione all'interno dei confini della *matière pénale* di un istituto che il *legislatore* nazionale ha considerato, per il tramite dell'auto-qualificazione, come estraneo alla *materia penale*: i due paradigmi, quello di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., e quello di cui all'art. 7 CEDU, *coesistono*, ciascuno con la propria autonomia, ovvero si integrano l'un l'altro, secondo la logica tipica dell'*assimilazione*?¹⁴⁵

Anticipando, fin da subito, che, in riferimento a questi specifici profili, l'orientamento della Corte costituzionale sembra potersi dire, benché piuttosto recente, già consolidato, può rilevarsi come, in linea di principio, siano due le possibili risposte agli interrogativi appena formulati.

Secondo una prima lettura, che potremmo definire *aperturista* rispetto all'idea dell'*assimilazione* dei due paradigmi, andrebbero riconosciute in relazione agli istituti considerati come *sostanzialmente* penali, in virtù dei criteri elaborati dalla Corte EDU, tutte le garanzie che l'ordinamento nazionale ricava, al proprio interno, dall'art 25, secondo comma, Cost. e da quelle particolari norme, di rango costituzionale ma non solo¹⁴⁶, che – a vario titolo – fanno riferimento ai *reati* e/o alle *sanzioni* penali.

¹⁴³ Oltremodo interessante, sul punto, il rilievo di N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., secondo cui “*lasciare al singolo giudice la decisione sulla natura sostanzialmente penale della sanzione, sulla base dei criteri Engel, è anche – paradossalmente! – un vulnus alla legalità penale europea, intesa come prevedibilità delle conseguenze da parte dell'autore del reato: siccome le scelte interpretative possono divergere, alla fine un testo legale chiaro può essere pregiudicato da un'applicazione giurisprudenziale incerta o contraddittoria*”.

¹⁴⁴ Cfr. A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni 'sostanzialmente penali' e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale. Nota a Corte cost., sent. 10 gennaio 2017 (dep. 24 febbraio 2017), n. 43, Pres. Grossi, Red. Carabia*, in www.penalecontemporaneo.it, 3 aprile 2017, 1 ss.

¹⁴⁵ Si utilizzano, in questa sede, volutamente le espressioni *coesistenza* e *assimilazione* dal momento che di esse si serve la stessa Corte costituzionale, nella citata sent. n. 43 del 2017, per affrontare il tema oggetto delle riflessioni di questo paragrafo. Si vedano, sul tema, I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost., sent. n. 109 del 2017*, cit.; e N. CANZIAN, *Le sanzioni amministrative 'incostituzionali' fra CEDU e Costituzione (sentenza n. 43 del 2017): coesistenza, e non assimilazione*, in *Quaderni costituzionali* 2/2017, 378-380.

¹⁴⁶ Come gli artt. 27, primo e terzo comma, 111, terzo e quarto comma, e 112 Cost., sul piano costituzionale; o come gli artt. 30, quarto comma, l. 87 del 1953 e 649 c.p.p., sul piano della normativa di rango primario. Cfr., tra i molti, F.

Non vi sarebbe, in questa prospettiva, alcuna differenza pratica, sul piano delle garanzie da riconoscere in concreto, tra gli istituti che il *legislatore*, *ab origine*, qualifica formalmente come rientranti nella *materia penale* e quelli che, in disparte l'etichetta formale ad essi attribuita dal *legislatore*, verrebbero (ri)qualificati come *sostanzialmente* penali, secondo i canoni propri dalla giurisprudenza europea.

La *materia penale* nazionale e la *matière pénale* europea andrebbero così ad integrarsi fino a determinare (quello che si potrebbe definire come) un unico *spazio giuridico penale*, frutto, per l'appunto, della combinazione dei due paradigmi, in cui le garanzie costituzionali e quelle convenzionali si sommerebbero e andrebbero, tutte e indistintamente, riconosciute nei singoli casi concreti agli istituti (ri)qualificati come *sostanzialmente* penali, in applicazione dei criteri *Engel*: non solo, pertanto, le garanzie proprie sia del principio di legalità *ex art. 25*, secondo comma, Cost., che del *nullum crimen* convenzionale di cui all'art. 7 CEDU, come la determinatezza e l'irretroattività *in malam partem*, bensì anche quelle specifiche ed ulteriori tutele, come la riserva di legge¹⁴⁷ o la cedevolezza del giudicato penale a fronte di una dichiarazione di illegittimità costituzionale¹⁴⁸, che l'ordinamento nazionale predispone, nella *materia penale*, in relazione ai soli *reati* e alle sole *sanzioni* penali formalmente qualificati come tali.

A ben vedere, una simile ricostruzione muove dalla premessa, più volte rimarcata dalla stessa Corte costituzionale¹⁴⁹, che l'apertura dell'ordinamento, in specie del settore penale, alla dimensione sovranazionale debba risolversi, sempre e comunque, in una estensione delle garanzie individuali, non potendo in nessun caso il rispetto degli obblighi internazionali, di cui all'art. 117, primo comma, Cost., causare una *deminutio* nell'effettività delle tutele offerte dall'ordinamento nazionale.

E tuttavia, pur non potendosi in questa sede approfondire distesamente il tema, occorre rilevare che questa prima opzione ricostruttiva, che pure muove da coordinate teoriche condivisibili da un punto di vista assiologico, determina implicazioni di carattere sistematico tutt'altro che marginali.

Ed invero, ritenere operative in relazione agli istituti considerati come *sostanzialmente* penali secondo i criteri elaborati dalla Corte EDU, pur a fronte di una diversa qualificazione formale, tutte le garanzie proprie della *materia penale* nazionale, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.¹⁵⁰, significa, in buona sostanza, svilire le scelte di politica criminale effettuate dal *legislatore*, in spregio alla riserva di legge e al principio costituzionale di sussidiarietà.

Ciò detto, deve rilevarsi che a risultati opposti conduce invece la seconda delle opzioni in astratto prospettabili rispetto ai quesiti posti in apertura, per la quale, in ossequio ad un modello di *coesistenza* – e non di *assimilazione* – tra i due paradigmi in commento, la (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali di un istituto formalmente qualificato come *non* penale dal

VIGANO', *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, cit.

¹⁴⁷ Si interrogava in ordine a questa eventualità V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, cit., 227 ss.

¹⁴⁸ Istituto previsto, come noto, dall'art. 30, quarto comma, l. 87 del 1953. Svolgono puntuali considerazioni in riferimento alla possibilità di applicare tale istituto anche alle sanzioni *sostanzialmente* penali (ma collocate al di fuori della *materia penale* dal *legislatore* interno) A. JR. GOLIA, F. ELIA, *Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni 'sostanzialmente' penali dichiarate incostituzionali. Riflessioni a margine dell'ord. Trib. Como del 4 febbraio 2015 (reg. ord. n. 106 del 2015, pubbl. su G.U. del 10 giugno 2015, n. 23)*, cit.

¹⁴⁹ Riecheggiano, in questo senso, le parole della Corte costituzionale "il rispetto degli obblighi internazionali non può mai essere causa di una diminuzione di tutela rispetto a quelle già predisposte dall'ordinamento interno, ma può e deve, viceversa, costituire strumento efficace di ampliamento della tutela stessa" (Corte cost., sent. n. 317 del 2009). Cfr. O. DI GIOVINE, *Il principio di legalità tra diritto nazionale e diritto convenzionale*, cit., 2197 ss.; e, della stessa A., *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato della legge al primato dell'interpretazione*, cit., 161 ss.

¹⁵⁰ Ma non solo anche artt. 27, primo e terzo comma, 111, terzo e quarto comma, e 112 Cost. Sul tema si v., ancora, F. VIGANO', *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, cit.

legislatore nazionale trascinerrebbe con sé soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della CEDU.

Ciò determinerebbe, sul piano pratico, una netta differenziazione tra gli istituti formalmente qualificati come penali dal *legislatore* nazionale, da una parte, e quelli *sostanzialmente* penali, ai sensi della CEDU, dall'altra: per i primi, *nulla quaestio* circa il riconoscimento nei loro confronti di tutte le garanzie che l'ordinamento individua all'interno della *materia penale*, per come definita a livello nazionale, essendo questa pacificamente la naturale conseguenza della scelta classificatoria operata dal *legislatore*, in forza della riserva di legge *ex art. 25*, secondo comma, Cost.; per i secondi, viceversa, sarebbero operative soltanto le garanzie previste dalla CEDU – *rectius*: che la Corte EDU ha ricavato, con la sua attività interpretativa, dalle disposizioni della CEDU – le quali, come noto, non possono dirsi, pur a fronte di una progressiva convergenza¹⁵¹, del tutto coincidenti con quelle previste nella *materia penale* nazionale¹⁵².

Di fronte a questo complesso scenario, la Corte costituzionale, come anticipato, nella sua più recente giurisprudenza, ha dapprima inaugurato, con la sent. n. 43 del 2017¹⁵³, e successivamente ribadito, con le sent. nn. 68 e 109 del 2017, il proprio orientamento in materia.

Nella prima occasione, la Corte è stata chiamata a giudicare della legittimità costituzionale dell'art. 30, quarto comma, della l. 87 del 1953, il quale, secondo il giudice rimettente, nell'escludere la propria applicabilità alle sentenze irrevocabili con le quali è stata inflitta una sanzione amministrativa qualificabile come penale ai sensi della CEDU¹⁵⁴, si porrebbe in contrasto con plurimi parametri costituzionali, sia interni che sovranazionali¹⁵⁵.

Come noto, con la predetta disposizione, a mente della quale “*quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali*”, il *legislatore* ha inteso configurare una ipotesi del tutto eccezionale di flessibilità del giudicato¹⁵⁶, limitandone l'operatività alla sola *materia penale*, per come definita dallo stesso *legislatore* secondo le modalità e con gli strumenti più volte precisati nelle precedenti pagine, ovverosia ai soli casi in cui sia stata emessa, con la sentenza che si vuole revocare, una delle sanzioni tipizzate all'interno del codice penale.

¹⁵¹ A tal riguardo, può essere utile segnalare che, nell'ord. n. 24 del 2017, la Corte ha affermato che il requisito della prevedibilità, quale corollario della legalità penale (ampiamente valorizzato nella giurisprudenza della Corte EDU, su tutti, cfr. GC, *Del Rio Prada c. Spagna*, 21 ottobre 2013) è un “*principio irrinunciabile del diritto penale costituzionale*”.

¹⁵² Di questa circostanza appare consapevole anche la stessa Corte costituzionale che, con la citata ord. n. 24 del 2017, ha, in modo molto netto, affermato che “*la Costituzione italiana conferisce al principio di legalità penale un oggetto più ampio di quello riconosciuto dalle fonti europee, perché non è limitato alla discrezione del fatto di reato e alla pena, ma include ogni profilo sostanziale concernente la punibilità*”. Sulla stessa linea si veda anche la sent. n. 230 del 2012 in cui la Corte precisa che “*nell'interpretazione offerta dalla Corte di Strasburgo, il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio – di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno – della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost.*”.

¹⁵³ Cfr. N. CANZIAN, *Le sanzioni amministrative 'incostituzionali' fra CEDU e Costituzione (sentenza n. 43 del 2017): coesistenza, e non assimilazione*, cit.

¹⁵⁴ Si trattava, nel caso di specie, della sanzione prevista dall'art. 18-bis, quarto comma, d.lgs. 66/2003, nella versione introdotta dall'art. 1 d.lgs. 213/2004.

¹⁵⁵ Nel dettaglio, il giudice *a quo* ha evocato come parametri gli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione agli artt. 6 e 7 della CEDU.

¹⁵⁶ Ipotesi confermata dall'art. 673 c.p.p. il quale, sotto la rubrica *Revoca della sentenza per abolizione del reato*, prevede che “*nel caso di abrogazione o di dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice, il giudice dell'esecuzione revoca la sentenza di condanna o il decreto penale dichiarando che il fatto non è previsto dalla legge come reato e adotta i provvedimenti conseguenti*”. Sul tema dell'erosione del mito dell'intangibilità del giudicato, si vedano, tra i molti, gli scritti di S. FURFARO, *Il mito del giudicato e il dogma della legge: la precarietà della certezza giuridica (a margine di Corte cost., sent. n. 230 del 2012)*, in *Arch. Pen.*, 2/2013; P. TROISI, *Flessibilità del giudicato penale e tutela dei diritti fondamentali*, in *www.penalecontemporaneo.it*, 2 aprile 2015.

Nel dichiarare infondata, con riguardo a tutti i parametri evocati¹⁵⁷, la questione di legittimità costituzionale sollevata dal rimettente, la Corte ha formulato alcune importanti considerazioni sulla problematica in oggetto, puntualizzando, con espressioni inequivoche, che:

*L'attrazione di una sanzione amministrativa nell'ambito della materia penale in virtù dei menzionati criteri [Engel] trascina, dunque, con sé tutte e soltanto le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione, come elaborate dalla Corte di Strasburgo*¹⁵⁸

Rimanendo, invece, secondo le parole della Corte, nel margine di apprezzamento di ciascuno Stato, la definizione del perimetro applicativo delle ulteriori tutele predisposte dal diritto nazionale, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e per le sole sanzioni che l'ordinamento nazionale considera espressione della potestà punitiva dello Stato e, come tali, qualifica formalmente come rientranti nella *materia penale*.

Sviluppando queste premesse, la Corte ha quindi precisato che:

*Ciò che per la giurisprudenza europea ha natura 'penale' deve essere assistito dalle garanzie che la stessa ha elaborato per la 'materia penale'; mentre solo ciò che è penale per l'ordinamento nazionale beneficia degli ulteriori presidi rinvenibili nella legislazione interna*¹⁵⁹

Con la successiva pronuncia n. 68 del 2017, la Corte costituzionale ha confermato questo orientamento, aggiungendo alcuni significativi argomenti a sostegno della conclusione raggiunta.

In questa diversa occasione, come già si è anticipato, la Corte costituzionale ha deciso una serie articolata di questioni di legittimità costituzionale sollevate dalla Corte di cassazione in materia di confisca per equivalente.

Per quanto qui più interessa, la Corte, censurando una tesi prospettata da una delle parti in giudizio secondo cui l'estensione dello statuto costituzionale della pena alle sanzioni che l'ordinamento qualifica diversamente – nel caso di specie, come amministrative – ingenererebbe una espansione del diritto penale¹⁶⁰, con la conseguente estensione di tutte le garanzie previste a livello interno nell'ambito della *materia penale*, ha precisato che una simile asserzione si basa:

*Sull'erroneo convincimento che l'attribuzione di una garanzia propria della pena implichi l'assegnazione di una certa misura sanzionatoria al campo del diritto penale, con riferimento non soltanto a tale forma di tutela ma anche a qualsiasi altro effetto*¹⁶¹

Ove si ragionasse nel senso di estendere tutte le garanzie previste a livello interno per la *materia penale* (anche) agli istituti, come le sanzioni amministrative, che il *legislatore* nazionale qualifica diversamente, si finirebbe, infatti, ad avviso della Corte, per conculcare apertamente con il principio costituzionale di sussidiarietà, che assicura, invece, come ha più volte ricordato lo stesso giudice costituzionale, la piena autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale¹⁶².

¹⁵⁷ Evidenzia questo profilo, in particolare, A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni 'sostanzialmente penali' e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte costituzionale. Nota a Corte cost., sent. 10 gennaio 2017 (dep. 24 febbraio 2017), n. 43, Pres. Grossi, Red. Carabia, cit., p. 4 ss.*

¹⁵⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 43 del 2017, *Considerato in diritto* n. 3.4.

¹⁵⁹ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 43 del 2017, *Considerato in diritto* n. 3.4.

¹⁶⁰ Cfr. Corte cost., sent. n. 68 del 2017, *Considerato in diritto* n. 7.

¹⁶¹ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 68 del 2017, *Considerato in diritto* n. 7.

¹⁶² Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto* 6.1. In questa importante pronuncia la Corte ha precisato che "l'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale, oltre che ad impingere nel più ampio grado di discrezionalità del legislatore nel configurare gli strumenti più efficaci per perseguire la «effettività dell'imposizione di obblighi o di doveri» [...], corrisponde altresì, sul piano delle garanzie costituzionali, al «principio di sussidiarietà,

Né, a parere dello scrivente, si potrebbe validamente utilizzare, per giungere ad una diversa conclusione rispetto alla questione di cui si discute, quell'ulteriore passaggio della sent. n. 68 del 2017 in cui la Corte afferma che *“una volta acclarata la funzione punitiva propria della confisca prevista dall'art. 187-sexies impugnato, è conseguente l'applicabilità dell'art. 25, secondo comma, Cost.”*, posto che la stessa Corte costituzionale immediatamente dopo tale affermazione puntualizza che una essa deve essere riferita al solo divieto di irretroattività, il quale, a ben vedere, è corollario sia del principio di legalità penale di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., sia del *nullum crimen* di matrice convenzionale ex art. 7 CEDU.

L'ultimo importante pronunciamento della Corte in materia, come detto, è rappresentato dalla recente sent. n. 109 del 2017¹⁶³, con cui la Corte ha dichiarato inammissibili le censure formulate dal Tribunale di Varese in ordine alla presunta illegittimità costituzionale di alcune disposizioni del d.lgs n. 8 del 2016.

Pur occupandosi, come visto, di questioni in parte diverse, benché comunque correlate, la Corte ha ribadito in questa occasione quanto affermato nelle sent. n. 43 e 68 del 2017, precisando che il ricorso ai criteri *Engel* – da parte del giudice comune o della stessa Corte costituzionale – deve unicamente servire per estendere agli istituti che il *legislatore* nazionale ha qualificato come estranei alla *materia penale* (nel caso di specie, ancora una volta, le sanzioni amministrative) e che vengono considerati come *sostanzialmente* penali, in applicazione, per l'appunto, dei predetti criteri *Engel*, le *“sole garanzie convenzionali, come elaborate dalla Corte di Strasburgo per la matière pénale”*¹⁶⁴.

E, da ultimo, riprendendo alcuni importanti rilievi della sent. n. 43 del 2017, la Corte ha nuovamente escluso la correttezza dell'assunto secondo cui:

*L'illecito amministrativo, che il legislatore distingue con ampia discrezionalità dal reato, appena sia tale da corrispondere, in forza della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ai criteri Engel di qualificazione della 'pena', subirebbe l'attrazione del diritto penale dello Stato aderente, con conseguente saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo*¹⁶⁵

Alla luce di quanto sopra riportato, può agevolmente concludersi che, secondo la lettura del giudice costituzionale italiano, le nozioni di *materia penale* e di *matière pénale* – non si assimilano – bensì *coesistono*, ciascuna con le proprie caratteristiche strutturali e specificità.

In conclusione, sul punto, è altresì interessante notare come anche la giurisprudenza di merito sembra aver raggiunto analoghi approdi interpretativi, registrandosi una importante pronuncia con cui il Tribunale di Roma, nel richiamare la citata sent. n. 68 del 2017 della Corte (e così ponendosi nel solco tracciato a partire dalla sent. n. 49 del 2015), ha espressamente riconosciuto che la (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali, secondo i criteri *Engel*, non

per il quale la criminalizzazione, costituendo l'ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire [...]. Difatti, «le esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni» [...]. Tale principio, che si pone alla base delle scelte di politica criminale operate dal legislatore, si coniuga armonicamente, del resto, con lo sviluppo della giurisprudenza europea sull'autonomia dei criteri di valutazione della natura penale di una sanzione, ai fini dell'estensione delle garanzie offerte dall'art. 7 della CEDU, rispetto alla qualificazione che l'ordinamento nazionale offre della medesima sanzione”.

¹⁶³ Cfr. F. VIGANO', *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, cit.; e I. PELLIZZONE, *Garanzie costituzionali e convenzionali della materia penale: osmosi o autonomia? Spunti di riflessione a margine di Corte cost., n. 109 del 2017*, cit.

¹⁶⁴ Cfr. Corte cost., sent. n. 109 del 2017, *Considerato in diritto* n. 3.1.

¹⁶⁵ Cfr., ancora, Corte cost., sent. n. 109 del 2017, *Considerato in diritto* n. 3.1.

implica l'inclusione di una certa misura sanzionatoria (diversamente qualificata dal *legislatore* nazionale) nel campo del diritto penale¹⁶⁶.

7. Riflessioni conclusive: alcune aperture della giurisprudenza (di merito e costituzionale) in ordine alle potenzialità espansive dell'art. 25, secondo comma, Cost.

Nelle precedenti pagine, ci si è interrogati in ordine alle criticità e alle implicazioni, sul versante delle garanzie da riconoscere in concreto, della (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali, secondo i criteri *Engel* elaborati dalla Corte EDU, di un istituto che il *legislatore* nazionale ha collocato al di fuori della *materia penale* nazionale.

Si è visto, a tal riguardo, che un ad un simile risultato l'interprete può giungere, alternativamente, o percorrendo, in via autonoma (pur con tutte le riserve prima evidenziate) la strada dell'interpretazione convenzionalmente conforme ovvero, ove questo tentativo fallisca, attivando il giudizio di costituzionalità e quindi rimettendo nelle mani della Corte la scelta in ordine alla (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali dell'istituto che lo stesso giudice comune è chiamato ad applicare.

Nell'una e nell'altra ipotesi, l'eventuale estensione dei confini della *materia penale* (per come originariamente definita dal *legislatore* nazionale) appare determinata secondo una direttrice che si potrebbe definire come *convenzionalmente* orientata, dal momento che, in entrambe le ipotesi, l'interprete, sia esso il giudice comune o la Corte costituzionale, fonda la propria conclusione in ordine alla (ri)qualificazione in termini *sostanzialmente* penali dell'istituto di cui è questione in giudizio sulla giurisprudenza europea ritenuta vincolante nel caso concreto.

E, in questo senso, come si è visto, l'invocazione del parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost. da parte del giudice comune che intenda attivare il giudizio di costituzionalità, è operazione imprescindibile per poter validamente richiamare la giurisprudenza della Corte EDU.

Questione affatto diversa – su cui si incentrano le riflessioni conclusive di questo contributo – è quella relativa alla possibilità, per l'interprete, di attrarre all'interno della *materia penale* nazionale un istituto che il *legislatore* ha qualificato come *non penale*, prescindendo o comunque non fondandosi direttamente sui precedenti della Corte europea.

Si tratta, ragionando nel linguaggio della Corte costituzionale, di verificare se ad una simile conclusione l'interprete possa in effetti pervenire senza riferirsi al parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost.¹⁶⁷, ancorando così il proprio processo interpretativo unicamente sui parametri interni, anzitutto (ma non solo), sull'art. 25, secondo comma, Cost.

A ben vedere, sia in dottrina¹⁶⁸ che nella giurisprudenza (di merito e costituzionale¹⁶⁹), si registrano alcuni orientamenti che sembrano ammettere – in particolare con riferimento alle

¹⁶⁶ Cfr. Trib. Roma, VIII Sez. Penale, sent. n. 6298 del 2017. Si legge, infatti, chiaramente nella sentenza che “*la qualificazione in termini sostanzialmente penali, estensiva di garanzie proprie della pena, non implica l'inclusione di una certa misura sanzionatoria nel campo del diritto penale a qualsiasi altro effetto, fermo restando l'obbligo, discendente dall'art. 117, primo comma, Cost., di estendere alla 'pena', ai sensi dell'art. 7 CEDU, tutte le tutele previste dalla Convenzione, e quelle soltanto*”.

¹⁶⁷ Che si è detto, e giova ribadirlo, per quanto precisato dalla Corte costituzionale nella sent. n. 109 del 2017, è parametro imprescindibile per il giudice comune che intenda servirsi della giurisprudenza europea, in specie dei criteri *Engel*, per (ri)qualificare in termini sostanzialmente penali un istituto diversamente considerato a livello nazionale.

¹⁶⁸ Con particolare riferimento al dibattito dottrinale, si segnalano, come contrarie all'estensione alle sanzioni amministrative dell'art. 25, comma 2, Cost. e in generale delle norme costituzionali ritenute strettamente “penalistiche”, le posizioni di C. E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano 1988, 173 ss. Tra i favorevoli, invece, M. A. SANDULLI, *Sanzione amministrativa*, in *Enc. giur.*, XXXII (1993), 7 ss. Si segnala, in questa sede, che ben prima dell'avvento della Costituzione, si interrogava sui problemi connessi alla contaminazione tra sanzioni penali ed amministrative G. ZANOBINI, *Rapporti fra il diritto amministrativo e il diritto penale*, in *Studi senesi*, 1921, ora in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano 1955, 127 ss.

¹⁶⁹ Cfr. Corte cost., sent. nn. 196 del 2010, 104 del 2014 e 276 del 2016.

sanzioni amministrative cd. punitive – questa soluzione, sul presupposto di una cd. potenzialità espansiva dell'art. 25, secondo comma, Cost.

Può essere utile, in questo senso, richiamare un precedente molto risalente, in cui la Corte costituzionale, per vero segnando un punto di discontinuità rispetto alla propria giurisprudenza in materia¹⁷⁰, ha affermato in modo molto netto che:

Il principio della legalità della pena [è] ricavabile anche per le sanzioni amministrative dell'art. 25, secondo comma, della Costituzione, in base al quale è necessario che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire¹⁷¹

Assai più rilevante – perché successivo alle sentenze gemelle del 2007 (oltre che più volte richiamato nella recente giurisprudenza costituzionale¹⁷²) – il precedente rappresentato dalla sent. n. 196 del 2010, con cui la Corte, nel dichiarare costituzionalmente illegittima l'applicazione retroattiva della misura della confisca dell'autoveicolo, ha riconosciuto espressamente che:

L'art. 25, secondo comma, Cost. [...] – data l'ampiezza della sua formulazione («Nessuno può essere punito...») – può essere interpretato nel senso che ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale (e quindi non sia riconducibile – in senso stretto – a vere e proprie misure di sicurezza), è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato¹⁷³

Anche nella giurisprudenza di merito si riscontrano importanti decisioni in cui viene riconosciuto che:

¹⁷⁰ Vanno segnalati, in questo senso, i precedenti rappresentati dalla sent. n. 29 del 1961 e 46 del 1964, in materia di confisca. Nel secondo caso, in particolare, la Corte ha escluso che la sanzione della confisca dei beni “dei cittadini i quali hanno tradito la patria”, di cui all'art. 9 del d.lgs. lgt. 27 luglio 1944 n. 159, recante *Sanzioni contro il fascismo*, in quanto sanzione amministrativa, potesse ritenersi coperta dalla garanzia dell'irretroattività penale. Cfr. P. CHIRULLI, *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio AIC*, 2014, 4 ss.

¹⁷¹ Cfr. Corte Cost., sent. n. 78 del 1967, *Considerato in diritto n. 4*. Il passaggio pare oltremodo significativo perché la Corte, individuando nell'art. 25, secondo comma, Cost. il fondamento costituzionale di tutte le sanzioni amministrative (e non soltanto della sanzione oggetto di scrutinio relativa alla perdita del trattamento di quiescenza) – peraltro facendo esplicito riferimento alla categoria dei “fatti da punire” in relazione alle sanzioni amministrative secondo un linguaggio tipicamente penalistico – giunge ad estendere i confini della *materia penale* nazionale in modo evidente.

¹⁷² Così per esempio nella più volte citata Corte cost., sent. n. 109 del 2017, *Considerato in diritto n. 3.1*. Per completezza, deve osservarsi che è comunque prevalente l'orientamento della Corte costituzionale che esclude l'applicabilità dell'art. 25, secondo comma, Cost. (e dell'art. 27 Cost.) alle sanzioni amministrative. Cfr., *ex multis*, Corte cost., sent. n. 159 del 1994, ord. n. 23 del 1995, sent. n. 118 del 1994, sent. n. 181 del 1991, ordd. nn. 420 e 421 del 1987, sent. n. 69 del 1984. Nella prima delle decisioni citate, per esempio, si legge che: “l'illecito amministrativo e, per relationem, la sanzione amministrativa sono dotati di spiccata specificità ed autonomia rispetto al sistema sanzionatorio penale e ciò emerge anzitutto dal riconoscimento di ordini diversi di parametri costituzionali (art. 25, secondo comma, e art. 27 della Costituzione che disciplinano le sanzioni penali, mentre gli artt. 23 e 97 disciplinano la potestà sanzionatoria amministrativa) nonché dal regime specifico della sanzione amministrativa, quale quello disegnato dalla legislazione ordinaria e in particolare dalla l. 24 novembre 1981, n. 689 [...] pertanto, come più volte ribadito da questa Corte, il principio della personalità della pena non ha alcuna attinenza con le sanzioni amministrative, concernendo esclusivamente quelle penali (Corte cost., sent. n. 29 del 1961)”.

¹⁷³ Cfr. Corte cost., sent. n. 196 del 2010, *Considerato in diritto n. 3.1.5*. E' interessante anche il successivo passaggio in cui si legge che: “questa Corte non solo ha affermato che, per le misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto, sussiste «l'esigenza della prefissione ex lege di rigorosi criteri di esercizio del potere relativo all'applicazione (o alla non applicazione) di esse» [...], ma anche precisato come la necessità «che sia la legge a configurare, con sufficienza adeguata alla fattispecie, i fatti da punire» risulti pur sempre «ricavabile anche per le sanzioni amministrative dall'art. 25, secondo comma, della Costituzione»”.

*Le sanzioni amministrative, siano esse meramente pecuniarie, ovvero siano dotate di un carattere afflittivo [...] hanno come scopo primario quello di punire il contravventore [...] e dunque, devono essere assoggettate alle regole comuni che governano le sanzioni penali, a cominciare dal divieto di retroattività di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.*¹⁷⁴

Ebbene, pur non potendo in questa sede approfondire distesamente il tema¹⁷⁵, può comunque osservarsi che una tale soluzione interpretativa – che muove dall'esigenza (in linea di principio anche condivisibile) di ampliare le garanzie individuali di fronte a qualsivoglia risposta sanzionatoria dello Stato –, sembra determinare, se portata alle sue estreme conseguenze, implicazioni di carattere sistematico di primario momento che è opportuno mettere in luce.

Un conto, infatti, come si è visto, è ragionare della possibile estensione ad istituti, come le sanzioni amministrative, che il *legislatore* ha qualificato come estranei alla *materia penale* nazionale delle (sole) garanzie sottese al principio di legalità di cui all'art. 7 CEDU, in forza di una interpretazione convenzionalmente conforme basata sui criteri *Engel*; altro conto, invece, è discutere della possibilità di ricondurre quegli stessi istituti, a prescindere dall'esistenza ovvero dall'invocazione di una giurisprudenza europea conferente nei singoli casi concreti, direttamente nell'ambito di operatività del principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.

Una simile soluzione – che, in fin dei conti, determinerebbe una estensione, per via interpretativa, dell'area del *penalmente rilevante* (per come originariamente tracciata dal *legislatore* nazionale) – sembra porsi in contrasto proprio con l'art. 25, secondo comma, Cost.

Invocare tale parametro costituzionale per raggiungere l'obiettivo di estendere (tutte) le garanzie tipiche della *materia penale* nazionale ad istituti qualificati come non *penali* dal *legislatore* sembra essere, in effetti, un'operazione in sé contraddittoria: se è vero, come è stato già evidenziato¹⁷⁶, che il perimetro applicativo delle garanzie sottese al principio di legalità di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. è individuabile, soltanto ed unicamente, in virtù delle scelte classificatorie del *legislatore*, sembra difficile poter fondare proprio sul citato parametro costituzionale quel particolare processo interpretativo volto ad estendere le garanzie del *nullum crimen* nazionale ad istituti che lo stesso *legislatore* ha, per l'appunto, servendosi dello strumento dell'auto-qualificazione, collocato al di fuori della *materia penale*.

Così ragionando, infatti, si correrebbe il rischio di svilire apertamente le scelte classificatorie del *legislatore* che, come è stato più volte rimarcato, trovano il loro fondamento nelle esigenze garantistiche connesse alla riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost.¹⁷⁷

Sotto un diverso profilo, come evidenziato dalla Corte costituzionale¹⁷⁸, anche il principio costituzionale di sussidiarietà del diritto penale¹⁷⁹ – per il quale, come noto, “*la criminalizzazione, costituendo l'ultima ratio, deve intervenire soltanto allorché, da parte degli altri rami*

¹⁷⁴ Cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. II-ter, 21 gennaio 2013, n. 682. Cfr., inoltre, TAR Lazio, Roma, sez. III-ter, 15 novembre 2012, n. 679/2013, 681/2013 e 682/2013, depositate in data 21 gennaio 2013. Cfr. ancora. P. CHIRULLI, *L'irretroattività delle sanzioni amministrative: profili costituzionali alla luce della giurisprudenza*, in *Osservatorio AIC*, cit.

¹⁷⁵ Sui rapporti tra illeciti penali e illeciti amministrativi la dottrina, penalistica in particolare, si è interrogata a lungo a partire dalla legge di *depenalizzazione* del 1981. Si segnalano, in questa sede, gli scritti di F. PALAZZO, *I criteri di riparto tra sanzioni penali e sanzioni amministrative*, in *Ind. Pen.*, 1986, 35 ss.; e E. DOLCINI, *Sui rapporti tra tecnica sanzionatoria penale e amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 1987, 778 ss.

¹⁷⁶ Cfr. *supra* par. 2.

¹⁷⁷ E ciò, come già si è visto, pur a fronte di una interpretazione della riserva di legge di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. meno rigorosa. Su questo specifico profilo, si rinvia, per tutti, a M. D'AMICO, *Art. 25*, cit.

¹⁷⁸ Cfr. Corte cost., sent. n. 49 del 2015, *Considerato in diritto n. 6.1*. A commento della decisione, si v. anche V. MANES, *La 'confisca senza condanna' al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, cit.

¹⁷⁹ Sul tema si rinvia ulteriormente alla manualistica classica: G. MARINUCCI, E. DOLCINI, *Corso di diritto penale*, cit., G. FIANDACA, E. MUSCO, *Diritto penale*, cit., e F. MANTOVANI, *Diritto penale – parte generale*, Padova 1988.

dell'ordinamento, non venga offerta adeguata tutela ai beni da garantire"¹⁸⁰ – verrebbe, in questo senso, pesantemente compromesso.

Al riguardo, non può peraltro sottacersi la circostanza che il risultato di una simile operazione sarebbe ben più ampio e problematico di quello precedentemente descritto cui l'interprete, come visto, potrebbe giungere riferendosi al (solo) parametro di cui all'art. 117, primo comma, Cost.

Infatti, l'eventuale attrazione di un istituto qualificato come *non* penale all'interno dell'ambito di operatività dell'art. 25, secondo comma, Cost. comporterebbe sì, da un lato, l'estensione delle garanzie proprie della *materia penale* nazionale (per come delimitata dal *legislatore*), e, nondimeno, dall'altro lato, opererebbe in relazione a qualsiasi altro effetto, con possibili ripercussioni negative in capo ai soggetti direttamente interessati.

Si potrebbe così assistere ad una estensione dello stigma delle indagini e del processo penale ad ipotesi che il *legislatore*, nell'esercizio della sua discrezionalità, ha collocato al di fuori della *materia penale*, con conseguenze anche sullo stesso funzionamento del sistema giudiziario penale¹⁸¹.

Ed ancora, una simile attrazione avrebbe, in una prospettiva più ampia, delle conseguenze anche sul piano istituzionale, in particolare, per quel che concerne il sindacato di legittimità della Corte costituzionale, assai più limitato, come noto, nel settore penale (per come inteso a livello domestico), e ciò proprio in ragione della riserva di legge *ex art. 25, secondo comma, Cost*¹⁸².

In conclusione, alla luce di tali rilievi, meritano piena adesione le riflessioni che il Prof. Zanon propone in un recentissimo saggio dal titolo "*Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*"¹⁸³: il rischio, in un simile contesto, è proprio quello che si profilino "*inattese eterogenesi dei fini*", per cui, a fronte di una (apparente) estensione delle garanzie, si potrebbe produrre "*per paradosso, una riespansione del diritto penale, per nulla 'minimo' e non più 'extrema ratio'*"¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Cfr. Corte cost., sent. nn. 487 del 1989, 317 del 1996 e 447 del 1998.

¹⁸¹ Cfr. N. ZANON, *Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., 95.

¹⁸² Anticipava queste stesse considerazioni V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, cit. Osservava, con acute osservazioni, l'A. che "*se le sanzioni amministrative 'punitive' o 'afflittive' fossero da considerare come congiunte alle 'pene' criminali ed immesse in un circuito prossimo a quello 'punitivo' del diritto penale, diventerebbe arduo non riferire ad esse il medesimo iter argomentativo: come le sanzioni criminali, anche le sanzioni 'afflittive' o 'punitive' comminate dalla pubblica amministrazione, soggette esse stesse alla riserva assoluta di legge dell'art. 25, secondo comma, Cost., andrebbero per lo più esentate da pronunciamenti 'additivi' della Corte, a presidio del primato del parlamento-legislatore*".

¹⁸³ Si tratta del saggio più volte citato nelle precedenti pagine e pubblicato all'interno del volume AA.VV., *Principio di legalità penale e diritto costituzionale. Problematiche attuali*, a cura di I. Pellizzone, Milano 2017, 85 ss.

¹⁸⁴ Si esprimeva, con le medesime preoccupazioni, autorevole dottrina rispetto alla possibilità di assoggettare le sanzioni amministrative ai principi penalistici di cui agli artt. 25, secondo comma, e 27 Cost.: si riconosceva, sul punto, che "*quello che in termini di garanzia si potrebbe strappare [...] sarebbe, insomma, pagato a caro prezzo*". Così V. ANGIOLINI, *Principi costituzionali e sanzioni amministrative*, cit., 246.