

AIC Associazione Italiana
dei Costituzionalisti

Osservatorio AIC
Quadrimestrale di attualità costituzionale

Anno 2017 / Fascicolo I

AIC

L'Associazione Italiana dei Costituzionalisti è iscritta al Registro degli Operatori della Comunicazione a far data dal 09.10.2013 con n. 23897.

La rivista *Osservatorio costituzionale*, inclusa tra le riviste scientifiche dell'Area 12 - Scienze giuridiche, dal Fascicolo 1/2016, è ivi registrata ai sensi dell'art. 16 della legge n. 62 del 2001.

Codice ISSN: 2283-7515.

Le Linee Guida per la pubblicazione sulla rivista sono reperibili al sito www.osservatorioaic.it.

Per il triennio 2016-2018, Direttore responsabile è il Prof. Massimo Luciani, Direttori scientifici sono il Prof. Giorgio Grasso e la Prof.ssa Anna Maria Nico.

Segretari di redazione: Giuseppe Arconzo, Federica Grandi, Roberto Perrone, Vittorio Teotonico.

Giorgio Grasso, <i>La sentenza n. 1 del 1956. Sessant'anni dopo</i>	5
Valeria De Santis, <i>Interrogativi “antichi” su “nuovi” conflitti tra poteri: l'autonomia del Consiglio superiore della magistratura e la giurisdizione contabile della Corte dei conti</i>	17
Costanza Nardocci, <i>Perché il divieto di indossare il burkini costituisce un attentato grave ai diritti fondamentali dell'individuo. la Francia fa un passo indietro: verso una “nuova” concezione del vivere insieme?</i>	37
Gabriele Conti, <i>Le elezioni presidenziali e congressuali statunitensi del 2016 tra polarizzazione e party reconstruction</i>	53
Federico Di Donato, <i>Crisi economica, sovranità statale e diritti sociali nell'era dell'austerità di bilancio e del neoliberalismo europeo</i>	79
Federico Girelli, <i>Sostegno scolastico: nemmeno l'Adunanza plenaria dice l'ultima parola sulla giurisdizione (Considerazioni a margine della sentenza Cons. Stato, Ad. plen., 12 aprile 2016, n. 7)</i>	111
Stefano Magnani, <i>L'esercizio pubblico del culto. Le preoccupazioni della Corte costituzionale nel suo ruolo di custode “tutelatrice” dei diritti fondamentali</i>	123
Loredana Mollica Poeta, <i>L'obbligatorietà dell'esercizio dell'azione per violazione dell'art. 81 Cost. Riflessioni a margine di Corte cost., sent. n. 107 del 2016</i>	139
Carlo Calvieri, <i>La declaratoria di illegittimità delle deleghe della legge Madia per violazione del principio di leale collaborazione ed i riflessi sul nuovo testo unico delle società a partecipazione pubblica. Ovvero, il complicato intreccio dei fili della Tela di Penelope... allo specchio</i>	149
Gianluca Contaldi, <i>Il nuovo ruolo della BCE nel funzionamento dell'Unione economica e monetaria dopo le decisioni nel caso Gauweiler</i>	159
Michele Francaviglia, <i>Delega legislativa al coordinamento e introduzione di istituti praeter legem delegationis. Brevi riflessioni intorno all'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato, Sez. V, del 13 giugno 2016, n. 2515</i>	171
Antonia Baraggia, <i>Whole Woman's Health v. Hellerstedt: nuove dimensioni del diritto all'aborto negli Stati Uniti</i>	181
Guido Rivosecchi, <i>La tutela del voto referendario. Note a margine del ricorso “Onida-Randazzo” al Tribunale civile di Milano</i>	187
Graziella Romeo, <i>Il conservatorismo costituzionale di Neil Gorsuch: original understanding e diritti civili nell'era di Trump</i>	209
Valentina Faggiani, <i>Lo strategico rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale sul caso Taricco</i>	217
Francesca Elia, Antonio Jr. Golia, <i>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)</i>	229
Miryam Iacometti, <i>Il Tribunale costituzionale spagnolo verso l'ipertrofia del concetto di “discorso del odio” e la eccessiva compressione della libertà di espressione?</i>	251

Maria Grazia Nacci, <i>Brevi note a margine del discorso tenuto dal Presidente Mattarella all'incontro con i Magistrati ordinari in tirocinio: interpretazione e responsabilità nell'esercizio della funzione giurisdizionale</i>	275
Claudia Bianca Ceffa, <i>Gli irrisolti profili di sostenibilità sociale dell'obiezione di coscienza all'aborto a quasi quarant'anni dall'approvazione della legge 194 sull'interruzione volontaria della gravidanza</i>	285
Benedetta Liberali, <i>“Per l'applicazione esclusiva della legge n. 194”: una clausola che viola il diritto di obiezione di coscienza o che attua gli obblighi organizzativi di ospedali e Regioni? (Osservazioni a margine di alcuni bandi di concorso a seguito delle decisioni del Comitato Europeo dei Diritti Sociali contro l'Italia)</i>	299
Lorenzo Madau, <i>“È la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione”. Nota a Corte cost. n. 275/2016</i>	315
Valentina Rita Scotti, <i>Il golpe in Turchia e la Corte europea dei diritti umani: brevi note critiche sulle decisioni di irricevibilità per il mancato previo esperimento dei ricorsi interni</i>	327
Marilisa D'Amico, Stefania Leone, <i>Audizione resa il 3 marzo 2017 nell'ambito di una indagine conoscitiva innanzi alla Commissione I (Affari costituzionali, della Presidenza del Consiglio e interni) della Camera dei Deputati, nel corso dell'esame delle proposte di legge recanti modifiche alla legge elettorale (C. 2352 e abb.)</i>	339
Federica Violini, <i>L'avvio di Brexit nella contesa tra parliamentary sovereignty e royal prerogative powers ...</i>	359
Gennaro Ferraiuolo, Diego Praino, <i>Un nuovo referendum in Scozia tra hard Brexit e nodi della integrazione europea</i>	371
Federico Ghera, <i>La “retroattività” delle sentenze di accoglimento in un'interessante pronuncia della Cassazione</i>	379
Tania Groppi, <i>Turchia 2017: l'attacco allo stato di diritto e il fallimento della condizionalità europea</i>	389
Iryna Marchuk, Marina Aksenova, <i>The Tale of Yukos and of the Russian Constitutional Court's Rebellion against the European Court of Human Rights</i>	413
Mario Esposito, <i>I limiti costituzionali al dovere di ottemperanza alle sentenze interpretative della Corte di giustizia</i>	425
Mario Gervasi, <i>Vita familiare e maternità surrogata nella sentenza definitiva della Corte europea dei diritti umani sul caso Paradiso et Campanelli</i>	435
Simone Giannello, <i>Il caso “Miller” davanti alla UK Supreme Court: i principi del costituzionalismo britannico alla prova della Brexit</i>	451
Massimo Luciani, <i>Intelligenti pauca. Il caso Taricco torna (catafratto) a Lussemburgo</i>	479
Federico Micheli, <i>Diritti fondamentali e incorporation: i diversi percorsi di Stati Uniti e Unione Europe</i>	491
Guido Rivosecchi, <i>Audizione presso la Commissione parlamentare per l'attuazione del federalismo fiscale sul tema “Attualità e prospettive del coordinamento della finanza pubblica”. Camera dei deputati e Senato della Repubblica – Roma, 5 aprile 2017</i>	517

**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)***

di **Angelo Jr Golia** – Dottore di ricerca in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali, Università della Campania “Luigi Vanvitelli”; **Francesca Elia** – Dottoranda in Internazionalizzazione dei sistemi giuridici e diritti fondamentali, Università della Campania “Luigi Vanvitelli”¹

ABSTRACT: The paper analyses an order for reference to the Italian constitutional court, raising the issue of constitutionality of art. 30.4 of Law no. 87/1953, to the extent this provision does not allow, following a declaration of unconstitutionality, the removal of the *res iudicata* for sanctions formally qualified as administrative, but substantially criminal, under the *Engel* criteria elaborated by the ECtHR. In particular, the paper debates: 1) the actual nature – either administrative or criminal – of the sanctions relevant in the case at stake, under the *Engel* criteria; 2) the possibility for the judge to apply art. 30.4 through interpretive tools, thus without an explicit declaration of unconstitutionality; 3) the exact scope of the issue of constitutionality and the potential consequences of such a declaration of unconstitutionality on the principles of *res iudicata* and legal certainty.

SOMMARIO: 1. Il giudizio *a quo*: il giudicato come limite alla retroattività delle declaratorie di incostituzionalità. 2. La qualificazione giuridica della sanzione in un sistema giuridico *multi-level*. 3. Il tentativo di interpretazione conforme e i suoi limiti. 4. L’esatta delimitazione dell’oggetto della questione di costituzionalità. Cenni alle conseguenze derivanti dall’eventuale accoglimento e possibili soluzioni.

* Contributo sottoposto a referaggio in base alle Linee guida della Rivista.

¹ Il presente contributo è il frutto del dialogo tra gli aa. e, pertanto, rappresenta un corpo unitario e condiviso. Tuttavia, dei paragrafi in cui esso si articola, i nn. 1 e 4 sono meglio attribuibili ad Angelo Jr Golia e il n. 2 a Francesca Elia. Il n. 3, infine, è stato pensato e scritto da entrambi.

1. Il giudizio a quo: il giudicato come limite alla retroattività delle declaratorie di incostituzionalità.

Il percorso di tensione e adeguamento reciproco fra la giurisprudenza costituzionale e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte Edu), che ha caratterizzato in modo crescente l'ultimo quindicennio, sembra avviato ad un nuovo e significativo passaggio. L'ordinanza di rinvio alla Corte costituzionale che costituisce l'oggetto delle presenti riflessioni presenta, infatti, profili di particolare interesse, e potenzialmente in grado di avere un impatto rilevante su principi che appartengono sia al diritto costituzionale sia al diritto penale.

Con l'ordinanza n. 106 del 4 febbraio 2015, il Tribunale di Como ha infatti sollevato questione di legittimità costituzionale (q.l.c.), per violazione degli artt. 117, co. 1 (in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU), 25, co. 2 e 3 Cost., dell'art. 30, co. 4, della l. 87/1953, «nella parte in cui lo stesso non prevede la propria applicabilità alle sentenze irrevocabili con le quali è stata inflitta una sanzione amministrativa qualificabile come “penale” ai sensi della CEDU (nel caso di specie, la sanzione prevista dall'art. 18-*bis*, co. 4, d.lgs. 66/2003, nella versione introdotta dall'art. 1 d.lgs. 213/2004)». Nel giudizio *a quo*, M.G. e la società I.H. s.p.a. hanno proposto opposizione *ex art.* 615 c.p.c. all'esecuzione di due cartelle di pagamento notificate il 14 luglio 2014. Queste ultime, emesse per la riscossione di sanzioni amministrative irrogate per la violazione di alcune norme in materia di orario di lavoro², sono state calcolate secondo i parametri di cui all'art. 18-*bis* d.lgs. 66/2003, nel testo introdotto dall'art. 1 d.lgs. 213/2004 e applicabile alla fattispecie *ratione temporis*³. Le opposizioni presentate avverso tali sanzioni erano state respinte, prima dalla Corte d'Appello di Milano (sent. 778/2009)⁴, e poi, in via definitiva, dalla Corte di cassazione, con sent. 11574/2014, depositata il 23 maggio 2014.

Senonché, con sent. 153/2014, depositata il 4 giugno 2014 e pubblicata in G.U. l'11 giugno 2014, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo, per violazione dell'art. 76 Cost., proprio le disposizioni alla base del calcolo delle sanzioni irrogate, ovvero i co. 3 e 4 dell'articolo 18-*bis*, nel testo risultante dalle modifiche di cui al d.lgs. 213/2004⁵.

In conseguenza di tale pronuncia, nel giudizio *a quo* ha assunto importanza centrale la portata dell'art. 30, l. 87/1953. Quest'ultimo, come noto, sottrae all'efficacia retroattiva della dichiarazione

² Ordinanze ingiunzione nn. 283/2006, 284/2006 e 273/2006.

³ L'art. 18-*bis* d.lgs. 66/2003 ha subito nel corso del tempo molteplici modifiche (v. l'art. 41 d.l. 112/2008, convertito con modificazioni dalla l. 133/2008; l'art. 7 l. 183/2010; l'art. 14 d.l. 145/2013, convertito con modificazioni dalla l. 9/2014; e, da ultimo, l'art. 22 d.lgs. 80/2015) e, in conseguenza di esse, il testo applicabile alla fattispecie in esame, prima di essere dichiarato incostituzionale, rilevava per le sole violazioni avvenute dal 1 settembre 2004 al 24 giugno 2008.

⁴ In riforma della sent. Trib. Como 64/2007.

⁵ In particolare, il legislatore delegato, inasprendo le sanzioni per la violazione di alcune norme di protezione in materia lavoristica, ha violato l'art. 2 co. 1 lett. c della legge delega 39/2002, che imponeva come criterio direttivo in materia di sanzioni amministrative che, nel passaggio dal precedente al nuovo regime, in ogni caso sarebbero state previste «sanzioni identiche a quelle eventualmente già comminate dalle leggi vigenti per le violazioni che siano omogenee e di pari offensività rispetto alle infrazioni alle disposizioni dei decreti legislativi».

di incostituzionalità i rapporti esauriti, con l'unica eccezione delle sanzioni penali: il co. 4 di tale articolo dispone infatti che «quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali».

Ora, nel giudizio di opposizione il giudice è chiamato ad esprimersi sulla riscossione di sanzioni che, ancorché confermate dall'autorità giudiziaria con sentenza ormai passata in giudicato, sono state calcolate sulla base di disposizioni dichiarate incostituzionali. Ciò nonostante, la natura dichiaratamente amministrativa di dette sanzioni impedisce, secondo il rimettente, l'operatività diretta dell'art. 30, co. 4, l. 87/1953, che, come visto, limita la rimozione del giudicato derivante dalla dichiarazione di incostituzionalità alle sole sanzioni *penali*. Tuttavia, ad avviso della parte opponente e dello stesso rimettente, le sanzioni di cui all'art. 18-*bis*, co. 4, benché espressamente qualificate dal legislatore come amministrative, avrebbero natura sostanzialmente penale, secondo la nozione elaborata dalla Corte Edu in relazione all'art. 7 CEDU nel corso di una giurisprudenza ormai pluridecennale, sulla quale si tornerà *infra*.

Da questo punto di vista, la rilevanza della questione, tratteggiata con precisione ed esaustività dal giudice rimettente⁶, deriva dal fatto che quest'ultimo non può decidere sul *petitum* della parte opponente⁷, ovvero l'irrogazione per le stesse violazioni di sanzioni sensibilmente più miti⁸, calcolate in base all'art. 9 r.d.l. 692/1923, e applicabili alla fattispecie se fosse possibile superare il giudicato formatosi nel frattempo formatosi sul rapporto⁹.

⁶ Sul punto v. in particolare V. MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. pen. con.*, 13 aprile 2015: «il giudice *a quo* non gode, al riguardo [della rilevanza], di alcuna presunzione di favore, e l'attenzione della Corte appare indubbiamente vigile, giacché la rilevanza non può essere data per scontata o affermata in termini meramente assertivi, ma deve essere oggetto di diffusa argomentazione, e di motivazione non contraddittoria, a pena – appunto – di inammissibilità (o, spesso, di manifesta inammissibilità)». V. le sentt., richiamate dall'A., 58/2009 e 103/2010; nonché le ordd. 100 e 312/2008; 15/2009. Più in generale, v. M. LUCIANI, *Le decisioni processuali e la logica del giudizio costituzionale incidentale*, Padova, 1984.

⁷ È noto come nel corso del tempo la rilevanza, come presupposto dell'ammissibilità della questione proposta in via incidentale di cui all'art. 23 l.87/1953, sia stata interpretata in almeno due modi: o come mera applicabilità in quello stesso giudizio della norma della cui costituzionalità si dubita; o come necessaria influenza della pronuncia della Corte costituzionale sul giudizio *a quo*, con la finale prevalenza di questo secondo e più restrittivo orientamento: v. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, Torino, 2013, 105; E. LAMARQUE, *Nuove possibilità di sollevare questioni di costituzionalità per il giudice dell'esecuzione penale?*, in *Costituzionalismo.it*, 2/2015.

⁸ Sulla retroattività della *lex mitior*, in particolare rispetto agli impulsi derivanti dalla giurisprudenza di Strasburgo (soprattutto dalla decisione della Grande Camera, 17 settembre 2009, *Scoppola c. Italia*) v. da ultimo C. cost., 236/2011, in *Giur. cost.*, 2011, 3021, con nota di C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*.

⁹ V. C. cost. 153/2014, § 6 del *Considerato in diritto*, richiamato nella stessa ordinanza in commento. Va tuttavia precisato che, come evidenziato da attenta dottrina (P. RAUSEI, *Incostituzionalità delle sanzioni su riposi e orario di lavoro*, in *Diritti e pratica del lavoro*, 38/2014, 1994, in particolare 1996 ss.), il regime più mite di cui all'art. 9 r.d.l. 692/1923 si applica alle sole sanzioni irrogate dal 1 settembre 2004 al 31 dicembre 2006, in forza di quanto previsto dall'art. 1 co. 1177 l. 296/2006, secondo cui «gli importi delle sanzioni amministrative previste per la violazione di norme in materia di lavoro, legislazione sociale, previdenza e tutela della sicurezza e salute nei luoghi di lavoro *entrate in vigore prima del 1 gennaio 1999* [corsivo di chi scrive: vi rientrano quindi le sanzioni di cui al r.d.l. 692/1923] sono quintuplicati», il quale ultimo, appunto, si applica alle sanzioni successive al 1 gennaio 2007. E così, l'eccezione sollevata dalla Direzione Territoriale del Lavoro di Como (la P.A. che ha comminato le sanzioni) nel giudizio *a quo*, in base alla quale sarebbe mancata la rilevanza della questione di costituzionalità perché le sanzioni irrogate *ex art. 9 r.d.l. 692/1923* potrebbero essere più afflittive, è da ritenersi inconferente rispetto al caso di specie.

E così, il Tribunale ha sollevato la q.l.c. dell'art. 30, co. 4, sulla base di due censure, distinte ma comunque tra di esse strettamente legate.

In base alla prima, il comma censurato violerebbe l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, nella parte in cui non estende il proprio ambito di applicazione alle sanzioni qualificate come amministrative dal legislatore nazionale, ma da considerarsi penali secondo i canoni sostanziali elaborati dalla Corte Edu. Da questa prima violazione conseguirebbe la seconda, ovvero quella degli artt. 25, co. 2 e 3 Cost.. Infatti, dalla qualificazione, in base al sistema CEDU, delle sanzioni di cui all'art. 18-*bis* d.lgs. 66/2003 come "sostanzialmente" penali, deriva, ad avviso del rimettente, l'applicazione di tutte le garanzie previste dall'ordinamento interno per le sanzioni qualificate come penali, compreso lo stesso art. 30, co. 4, l. 87/1953 che costituisce senza dubbio una diretta applicazione del principio di legalità in materia penale di cui all'art. 25, co. 2 Cost.¹⁰, come ricordato dalla stessa giurisprudenza di legittimità¹¹.

In realtà non sembra che tale seconda censura abbia natura autonoma, proprio perché la sua fondatezza deriverebbe, in ultima analisi, da quella della prima. A ritenere altrimenti, il giudice rimettente¹² avrebbe dovuto argomentare in modo più approfondito con riguardo alla irragionevole disparità di trattamento cui potrebbe dare luogo l'art. 30, co. 4, l. 87/1953, senza ricorrere ai canoni CEDU relativi alla materia "sostanzialmente" penale.

In definitiva, si deve ritenere che, benché il dispositivo dell'ordinanza rechi due distinti capi di incostituzionalità (quello relativo all'art. 117, co. 1, in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, da un lato; e quello relativo agli artt. 25, co. 2, e 3 Cost., dall'altro), la censura sia sostanzialmente unica.

Fatti questi cenni preliminari, nel presente contributo ci si propone di analizzare tre profili specifici: 1) l'effettiva qualificabilità delle sanzioni di cui all'art. 18-*bis* d.lgs. 66/2003 come penali, in base ai canoni elaborati dalla Corte Edu; 2) la possibilità (e la desiderabilità) che il rimettente arrivasse all'applicazione dell'art. 30, co. 4, tramite una sua interpretazione convenzionalmente orientata; 3) l'esatta delimitazione dell'oggetto della questione di costituzionalità e le conseguenze del suo eventuale accoglimento.

¹⁰ Nelle parole del giudice rimettente, «posto che le sanzioni *ex art* 18-*bis* comma 4 d.lgs. 66/2003, se prese in considerazione nel sistema della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, assumono la natura di sanzioni penali, l'inapplicabilità dell'art. 30 comma 4 l. 87/1953 *ridonda* [corsivo di chi scrive] nella violazione dell'art. 25, comma 2, Cost., in quanto comporta l'esecuzione di una "pena" conseguente all'applicazione di una norma contraria alla Costituzione e, pertanto, non valida già al momento della commissione del fatto».

¹¹ V. sul punto Cass. sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, *Hauohu*, richiamata nell'ordinanza, ma anche le risalenti C. cost. 127/1966 e 49/1970. Vale la pena ricordare come autorevole dottrina abbia ritenuto che l'estensione dell'efficacia retroattiva delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale, a differenza degli effetti per il futuro e quelli relativi al processo *a quo* (che trovano fondamento negli artt. 136 Cost. e l. cost. 1/1948), dipenda dalle norme legislative ordinarie che configurano l'"esaurimento" dei rapporti e, salvi i principi di razionalità e ragionevolezza e i limiti di cui agli artt. 3, 24 e 113 Cost., non rappresenti quindi una questione di diritto costituzionale in senso stretto: cfr. G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, Bologna, 1988, 268-269. Più in generale, v. A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, Milano, 2008, 244 ss., in particolare 251-253; nonché G. PARODI, *Art. 136*, in R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, III, Milanofiori Assago, 2006, 2653-2660.

¹² Che in merito alla violazione del principio di eguaglianza si limita ad affermare che «risulta altresì violato l'art. 3 Cost., sotto il duplice profilo dell'ingiustificata disparità di trattamento di situazioni analoghe e della ragionevolezza».

2. La qualificazione giuridica della sanzione in un sistema giuridico multi-level.

Va anzitutto sottolineato che, in una prospettiva prettamente convenzionale, il potenziamento delle garanzie procedurali e sostanziali è strettamente connesso ad un principio di legalità inteso in senso autonomo, e proveniente dalla “fusione di orizzonti” tra sistemi di *civil law* e di *common law*. La Corte di Strasburgo ha da sempre operato un’estensione del relativo ambito di applicazione mediante un approccio *antiformalistico*, necessario a garantire soluzioni compatibili con i 47 ordinamenti nazionali ai quali si applica la sua giurisprudenza. Tramite tale approccio essa ha determinato un’estensione delle diverse declinazioni garantistiche ricavabili dagli artt. 6 e 7 CEDU anche ad illeciti formalmente qualificati come amministrativi, ma contenutisticamente assimilabili ad illeciti penali, con conseguenti riflessi in ambito sanzionatorio. La Corte ha voluto assicurare un’applicazione delle garanzie penalistiche andando al di là delle classificazioni formali, e verificando in concreto se una determinata sanzione, qualificata nell’ordinamento interno come amministrativa, abbia caratteristiche tali da risultare intrinsecamente e sostanzialmente penale.

E così, sin dalla nota sentenza *Engel c. Paesi Bassi* del 1976, la Corte di Strasburgo ha inteso emanciparsi dalle nomenclature nazionali, analizzando il problema della qualificazione penale sulla base della propria *interprétation autonome*, individuando i cosiddetti *criteri di Engel* per operare una valutazione contenutistica della sanzione, e spostando il baricentro valutativo dalla natura dell’illecito alle sue conseguenze giuridiche.

Tali criteri, secondo l’orientamento della giurisprudenza convenzionale, coesistono in un rapporto alternativo e non necessariamente cumulativo¹³ e si identificano in: 1) *qualificazione* dell’infrazione nel diritto interno; 2) *natura* dell’infrazione; 3) *scopo* punitivo e *gravità* della sanzione (con particolare riferimento alla privazione della libertà personale e alle misure pecuniarie); 4) *procedure* di adozione ed esecuzione della stessa¹⁴.

In particolare, la Corte ha inizialmente riconosciuto al criterio della gravità della sanzione un rilievo autonomo, in quanto elemento in grado di determinare di per sé la qualificazione penale della sanzione anche quando gli altri criteri risultino insufficienti o assenti¹⁵. Sulla base di queste

¹³ In questo senso le sentenze *Garyfallou Aebe c. Grecia*, 24 settembre 1997, § 33, *Lutz c. Germania*, 25 agosto 1987, § 55; *Janosevic c. Svezia*, 23 luglio 2002, § 67; *Lauko c. Slovacchia*, 2 settembre 1998, § 57; *Ezeh e Connors c. Regno Unito*, 9 ottobre 2003, § 86; *Jussila c. Finlandia*, cit., § 31.

¹⁴ Il dibattito sugli effettivi confini della “materia penale” nella giurisprudenza Edu è ormai pluridecennale e ancora lontano dall’essersi concluso: v. *ex plurimis* 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. e proc. pen.*, 1985, 894 ss.; C.E. PALIERO, A. TRAVI, *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Giuffrè, 1988; S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale à la carte. Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni*, in *Dir. pen. con.*, 3/2013; F. COSULICH, “Materia penale” e tutela dei beni giuridici nello spazio unitario europeo, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2006, 72 ss.; G. DE VERO, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo*, in G. DE VERO, G. PANEBIANCO (a cura di), *Delitti e delle pene nella giurisprudenza delle corti europee*, Torino, 2007, 487 ss.; G. UBERTIS, *L’autonomia linguistica della Corte di Strasburgo*, in *Arch. pen.*, 2012, 210 ss.

¹⁵ Ad es., nel caso *Albert e Le Compte c. Belgio* del 1983, concernente un procedimento disciplinare in ambito lavorativo, la Corte Edu, considerò la severità della sanzione della radiazione o sospensione dall’esercizio della

prime valutazioni, la preponderante rilevanza accordata al criterio della severità comportava una ricostruzione prescrittiva del concetto di pena, intesa esclusivamente come sanzione incidente sulla libertà personale dell'individuo. Tale posizione, in base alla quale la nozione sostanziale di pena rilevava solo in presenza di una limitazione dei diritti di cui all'art. 13 Cost., è stata poi superata dal giudice di Strasburgo, il quale ha progressivamente ricompreso nel criterio della severità anche le sanzioni pecuniarie non proporzionate rispetto alla gravità dell'illecito compiuto. Così facendo la Corte ha oltrepassato un approccio quantitativo, evitando di arenarsi nella difficile e contraddittoria individuazione di una soglia minima di severità che legittimasse il ricorso alle garanzie convenzionalmente riconosciute¹⁶.

Il criterio della *severità* della pena è stato progressivamente affiancato da quello della *funzione*¹⁷ della stessa, quest'ultimo in grado di contribuire alla qualificazione della misura punitiva¹⁸, operando una distinzione tra funzione punitiva preventivo-repressiva e funzione risarcitoria o restitutoria. Si potrebbe affermare che i due criteri della *severità* e dello *scopo/funzione* della sanzione acquisiscano rilevanza assoluta nella fase d'analisi di una sanzione soggetta a qualificazioni diversificate a livello nazionale e convenzionale. La Corte, in sintesi, ha stabilito che la valutazione della misura sanzionatoria non deve essere strettamente connessa alle tradizioni giuridiche e alle "scelte legislativo-formali"¹⁹ relative al singolo caso di specie analizzato, ma va effettuata sulla base di una interpretazione materiale nell'ottica delle finalità convenzionali²⁰. La qualificazione formale della sanzione, operata dal legislatore nazionale, costituisce un elemento sì rilevante ma non decisivo. La Corte, infatti, optando per una valutazione "autonoma" della

professione d'avvocato, medico o architetto, come elemento di per sé sufficiente a qualificare in termini penali l'infrazione e la conseguente pena prevista. La giurisprudenza appena menzionata, peraltro, non consente un'applicazione incontrovertibile ed univoca dei criteri elaborati dalla Corte europea, ma l'estensione delle garanzie convenzionali procedurali e sostanziali a sanzioni che l'ordinamento interno qualifica come amministrative: v. la decisione di irricevibilità nella causa *Varuzza c. Italia*, 9 novembre 1999.

¹⁶ V. C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione "classica" a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 919; M. DELMAS-MARTY, *La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et la logique du flou*, in *RDPC*, 1992, 1031.

¹⁷ Tale cambio di rotta da parte della Corte Edu è stato inaugurato con la sentenza *Öztürk c. Germania*; Cfr. *Öztürk c. Germania*, 21 febbraio 1984, § 53 s.: «the relative lack of seriousness of the penalty at stake cannot divest an offence of its inherently criminal character». Per la prima volta si attribuiva una centralità alla «finalità punitiva» della sanzione in grado di sovrastare il criterio di severità della stessa. Orientamento ulteriormente confermato nelle sentenze *Lutz c. Germania*, 1987, e *Varuzza c. Italia*, 1999.

¹⁸ Soluzione confermata in particolare dalla *Grande Chambre* nella sent. *Jussila c. Finlandia* del 2006; v. sent. *Jussila c. Finlandia*, 23 novembre 2006, §§ 35 ss., poi confermata dalla successiva sent. *Paycar Yev Haghtanak Ltd. c. Armenia*, 20 dicembre 2007, in particolare §§ 33 ss. Va sottolineato che tali ultime pronunce non sono state richiamate dal giudice remittente a rafforzare la sua argomentazione.

¹⁹ Corte Edu, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, ric. n. 8544/79, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1985, 894, nota di C.E. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo, cit..

²⁰ V. G. FORNASARI, A. MENGHINI, *Percorsi europei di diritto penale*, in *Casi, fonti e studi dir. pen. Gli studi*, Padova, 2008, 118 ss.; M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004, 49 ss.

sanzione²¹, considera le etichette di qualificazione interna come una possibile *ratio cognoscendi*, necessariamente accompagnata da ulteriori criteri di analisi.

A tal proposito, numerosi sono stati gli interventi giurisprudenziali della Corte di Strasburgo a conferma di tale orientamento convenzionale, e tra questi, senza dubbio degna di menzione è la sentenza *Sud Fondi c. Italia*, nella quale la Corte europea ha riconosciuto la natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica di cui all'art. 44 d.p.r. 380/2001, in contrasto con la disciplina interna che la qualificava come sanzione di natura amministrativa, rimarcando il contenuto spiccatamente punitivo-afflittivo della misura, pur in presenza di ulteriori scopi preventivi della stessa, e condannando lo Stato italiano per l'effettiva violazione degli artt. 6 e 7 CEDU²². Il problema non è più di carattere sistematico ma si presenta come un problema di garanzie, le quali non possono essere valutate e applicate come un "corpo estraneo" alla qualificazione sostanziale, piuttosto che formale, della sanzione.

Sulla base di questa rapida ricostruzione si può aderire alla tesi sostenuta dal giudice rimettente, e ritenere che la sanzione di cui all'art. 18-*bis*, co. 4, d.lgs. 66/2003 possa essere qualificata come penale in base ai parametri elaborati dalla Corte Edu, tenuto conto dell'effettiva severità delle sanzioni pecuniarie imposte²³ e della funzione meramente repressiva e general-preventiva delle stesse. D'altra parte, sarebbe di non facile individuazione un ulteriore e diverso scopo della sanzione applicata, anche alla luce delle ripercussioni sullo *status* dei soggetti da essa colpiti.

E così, nell'ottica di un rapporto quanto più possibile armonizzato e coeso tra sistemi giuridici differenziati, risulta senza dubbio opportuno riconoscere l'applicazione completa delle garanzie convenzionali, sia procedurali sia sostanziali, anche alle sanzioni qualificate come amministrative a livello nazionale ma che, poste sotto la lente della Corte europea, acquisiscano una valenza penale. Muovendosi in tale direzione risultano, dunque, applicabili *ratione materiae* gli artt. 6, par. 2 e 3, e

²¹ F. MAZZACUVA, *La materia penale e il "doppio binario" della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, 1899 ss.

²² In materia di confisca si ricordi in particolare l'ipotesi di confisca obbligatoria per il reato di guida in stato di ebbrezza, introdotta dall'art. 4 d.l. 92/2008, per la quale il giudice leccese sollevò q.l.c. degli artt. 200 e 236 c.p., 186 co. 2 lett. c e 187 co. 1, ult. per., del d.lgs. 285/1992 (Nuovo codice della strada), per contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost., nella parte in cui consentono il sequestro preventivo e, in presenza di sentenza di condanna, la confisca obbligatoria della vettura con cui è stato compiuto il reato di guida sotto assunzione di alcool o di sostanze stupefacenti. La confisca del veicolo assolve, con tutta evidenza, ad una funzione sanzionatoria e meramente repressiva, senza soddisfare un'esigenza di natura cautelare, partendo dal presupposto che il veicolo è confiscabile anche in assenza di una pericolosità oggettiva, ipotesi in cui la vettura risulti incidentata ed inutilizzabile; dunque, al di là della formale qualificazione interna, la confisca risulta sanzione patrimoniale di natura repressiva parificabile, per la sua natura e la sua severità, alla sanzione propriamente penale. A riguardo, la stessa Corte costituzionale, nella sent. 196/2010 ha per la prima volta dichiarato l'illegittimità costituzionale per contrasto della disposizione penale interna con l'art. 7 CEDU (nello specifico, limitatamente alle parole «ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale»), dell'articolo 186, co. 2, lett. c, del d.lgs. 285/1992, come modificato dall'art. 4, co. 1, lett. b, del d.l. 92/2008 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, co. 1, l. 125/2008. Ancora, nella successiva sentenza *Grande Stevens c. Italia* la Corte Edu, occupandosi dell'equiparazione del giudicato amministrativo al giudicato penale ai fini del *ne bis in idem*, ha riconosciuto le sanzioni inflitte, nel caso di specie sanzioni pecuniarie irrogate dalla CONSOB, come penali a tutti gli effetti, considerando la loro *natura* repressiva, la particolare *severità* delle medesime e le ripercussioni sugli interessi del condannato.

²³ Nel caso in commento l'importo delle due cartelle di pagamento era di euro 261.836,83 ciascuna.

7 della Convenzione²⁴ riservati alla materia penale. Quest'ultima considerazione conduce ad interrogarsi sull'effettiva tutela delle garanzie previste dagli stessi.

Nel caso di specie, si ritiene che la dichiarazione d'illegittimità costituzionale dell'art. 18-bis, co. 4, d.lgs. 66/2003, nella versione introdotta dall'art. 1 d.lgs. 213/2004, abbia effettivamente comportato il venir meno della *legal basis* della sanzione irrogata, e la conseguente violazione dell'art. 7 CEDU. La declaratoria d'illegittimità, idonea a mitigare il trattamento sanzionatorio, dovrebbe, inoltre, garantire la rideterminazione della misura sanzionatoria, obiettivo raggiungibile, come già notato, solo ricorrendo allo strumento giuridico interno di cui all'art. 30, co. 4, l. 87/1953. A tal proposito, va ricordato che la giurisprudenza di legittimità ha da ultimo affermato che il comma quarto dell'art. 30 si riferisce alle sole norme penali sostanziali, comprensive di precetto e sanzione²⁵, al fine di distinguere da quest'ultime le norme processuali, non rientranti quindi

²⁴ V. Corte Edu, sez. II, sent. 27 settembre 2011, ric. n. 43509/08, Pres. Tulkens, *Menarini Diagnostics s.r.l. c. Italia*. La Corte europea affermò che benché le violazioni in materia concorrenziale costituissero illeciti amministrativi ai sensi del diritto italiano, la loro qualificazione in termini penali discendeva dalla natura pubblicistica degli interessi tutelati, dalla severità e dalla finalità repressiva e general-preventiva della sanzione inflitta. Di conseguenza riconobbe l'applicabilità dell'art. 6 CEDU. Vedi V. MIRRA, *La difficile convivenza tra le sanzioni penali e le sanzioni amministrative. La CEDU applica il principio del ne bis in idem sostanziale e mette "in crisi" il sistema del "doppio binario" previsto dal diritto finanziario italiano*, CERADI, febbraio 2015: «in altre parole, l'etichetta formale assegnata dal legislatore dello Stato membro non vincola la Corte europea, la quale per applicare le garanzie della Convenzione si avvarrà di criteri sostanzialistici al fine di assicurare una protezione dei diritti effettiva e non solo teorica; le indicazioni che fornisce il diritto interno hanno dunque un valore solo "relativo"».

²⁵ A tal proposito, è da segnalare un'interessante evoluzione giurisprudenziale occorsa negli ultimi anni. Da un iniziale e risalente orientamento che negava l'applicazione dell'art. 30, co. 4, l. 87/1953 alle dichiarazioni di incostituzionalità delle norme penali sostanziali diverse da quelle strettamente incriminatrici (v. Cass. sez. V, 21 gennaio 1968, n. 296, *Manenti*; Cass. sez. I, 1 luglio 1983, n. 1375, *Giaomelli*; Cass. sez. III, 26 settembre 1984, n. 10190, *Saccuzzo*; Cass. sez. V, 21 giugno 1985, n. 6676, *Bossae*; e, più di recente, Cass. sez. I pen., del 19 gennaio 2012, n. 27640, *Hamrouni*, secondo la quale ultima «l'ultimo comma della L. 11 marzo 1953, n. 87, art. 30, che dispone la cessazione dell'esecuzione e di tutti gli effetti penali delle sentenze irrevocabili di condanna pronunciate in base a norme dichiarate incostituzionali, si riferisce alle sole norme incriminatrici dichiarate incostituzionali»), il giudice di legittimità ha infine ammesso tale applicazione alle dichiarazioni di incostituzionalità relative alle norme penali sostanziali sanzionatorie (Cass. sez. VI, 4 aprile 1995, nn. 3577, 3578, 3587) e a quelle relative agli elementi accessori (v. *ex multis* Cass. sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, *Hauohu*, che ha inaugurato il nuovo orientamento, e secondo la quale «gli artt. 136 Cost. e 30, co. 3 e 4, l. 87/1953 ostano all'esecuzione della porzione di pena inflitta dal giudice della cognizione in conseguenza dell'applicazione di una circostanza aggravante dichiarata costituzionalmente illegittima. Spetta per conseguenza al giudice dell'esecuzione il compito di individuare la porzione di pena corrispondente a dichiararla non eseguibile, previa sua determinazione ove la sentenza del giudice della cognizione abbia omesso di individuarla specificamente, ovvero abbia proceduto, come nel caso in esame, al bilanciamento tra circostanze»; Cass. sez. II pen., 11 febbraio 2011, n. 8720, *Idriz*; Cass. sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472, secondo la quale «la L. n. 87 del 1953, art. 30, comma 4 [...] impedisce anche l'esecuzione della pena o della frazione di pena inflitta in base alla norma dichiarata costituzionalmente illegittima sul punto, senza coinvolgere il precetto, e ciò in coerenza con la funzione che la pena, ex art. 27 Cost., deve assolvere dal momento della sua irrogazione a quello della sua esecuzione»; Cass. sez. I pen., 24 febbraio 2012, n. 19361, *Teteh Assic*; Cass. sez. I pen., 12 giugno 2012, n. 40464, *Kabi*; Cass. sez. VI pen., 16 maggio 2013, n. 21982, *Ingordini*; Cass. sez. VI, 15 ottobre 2013, n. 2295, *Ayari*; Cass. sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, *Ercolano*; Cass. sez. un. 7 maggio 2014, n. 18821; e, da ultimo, Cass. sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858, *Gatto*, secondo la quale «se è venuta meno la norma applicata per la determinazione della pena inflitta o di parte di essa, deve cessare l'esecuzione della pena o della parte di pena che ha trovato fondamento nella norma dichiarata incostituzionale»). In dottrina v. S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona. Una breve riflessione su norma, giudicato e ordinamento a margine di Cass. pen., sez. un., sent. 29 maggio 2014 (dep. 14*

nell'ambito di applicazione della stessa disposizione, così come le diverse situazioni giuridiche considerate, a tutti gli effetti, esaurite²⁶.

In accordo con quanto affermato dal giudice rimettente, alle sanzioni oggetto di causa dovrebbero quindi essere estese le garanzie previste dall'ordinamento nazionale per le sanzioni qualificate in senso stretto come penali, rientrando tra queste l'art. 30, co. 4, e superando la più diffusa argomentazione secondo la quale tale comma sia applicabile alle sole sanzioni intese in senso "stretto" come penali dall'ordinamento italiano, e non alle sanzioni amministrative che abbiano natura "penale" ai sensi della CEDU.

In questo senso, si vuole tuttavia sottolineare come le due qualifiche – quella convenzionale e quella interna – di una determinata sanzione non si contrappongano ma, piuttosto, si integrano reciprocamente, sulla base di una contaminazione simbiotica dei diversi parametri di riferimento²⁷. Esse, infatti, rilevano a fini diversi: la prima rispetto alla corretta applicazione delle garanzie sostanziali e processuali proprie della materia penale; la seconda rispetto a tutti i diversi e ulteriori profili, che rientrano nell'esercizio della discrezionalità del legislatore di cui all'art. 28 l. 87/1953²⁸.

A tal proposito, si deve valutare con favore la decisione del giudice rimettente di non sollevare la q.l.c. (come invece era stato proposto dalla parte opponente) rispetto all'art. 1 l. 689/1981, che, come noto, esclude la retroattività della *lex mitior* per le sanzioni amministrative. Accogliere tale eccezione avrebbe anzitutto rischiato di confondere due aspetti distinti: l'applicazione retroattiva della legge più favorevole, da un lato; e l'efficacia retroattiva della declaratoria di incostituzionalità (con la conseguente reviviscenza della *lex mitior*), dall'altro²⁹. Inoltre, e più in generale, avrebbe

ottobre 2014), n. 42858, Pres. Santacroce, Est. Ippolito, Ric. P.G. Napoli in proc. Gatto, in *Dir. pen. con.*, 2015, 1, 31, in particolare 33 ss.

²⁶ Vedi Cass. sez. un., 28 gennaio 1998, n. 3, *Budini*.

²⁷ La questione è particolarmente delicata, non trattandosi di un semplice "cambio di etichette", essendo in gioco diritti fondamentali dell'individuo che necessitano di regole chiare e precise, tali da garantire un'adeguata tutela. V. in questo senso F. VALENTINI, *Il rapporto tra Diritto penale e Diritto amministrativo in punto di sanzioni. "Ne bis in idem" ed "equo processo" alla luce delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Federalismi.it*, 17 giugno 2015.

²⁸ Questa distinzione, peraltro, risponde anche all'ulteriore esigenza di evitare derive pan-penalistiche e rispettare il principio di sussidiarietà, in base al quale la criminalizzazione costituisce *ultima ratio*: v. C. cost. 49/2015 §§ 6 ss.; C. cost. 273/2010; 374/2004; 317/1996; 487/1989; 447/1998. In dottrina v. M. COLACURCI, *La nozione di "materia penale" nella sentenza n. 49/2015: un'argine alla pan-penalizzazione?*, in *Cass. Pen.* 2016, 2, 794.

²⁹ Secondo le parole del giudice rimettente, «non ritiene [...] il giudicante di sollevare eccezione di legittimità costituzionale, per violazione dell'art. 3 Cost., dell'art. 1 l. 689/1981, nella parte in cui non prevede la retroattività della *lex mitior* per le sanzioni amministrative [...]. Pare infatti al giudicante che, come chiarito dalla più recente giurisprudenza di legittimità (v. sent. 42858/2014), la problematica dell'applicazione retroattiva della legge più favorevole rimanga distinta rispetto a quella dell'efficacia retroattiva della declaratoria di illegittimità costituzionale – con eventuale reviviscenza del trattamento sanzionatorio più mite in precedenza previsto – e, pertanto, non sia rilevante nella presente controversia». A tal proposito viene evidenziata la specificità dell'illegittimità costituzionale, che determina effetti differenti rispetto a quelli che si verificano nel fenomeno della successione di leggi penali nel tempo. In particolare, dal combinato disposto degli artt. 136 Cost. (ai sensi del quale la norma illegittima «cessa di avere efficacia») e 30, co. 4, l. 87/1953, si può dedurre che «mentre l'applicazione della sopravvenuta legge penale più favorevole, che attiene alla vigenza normativa, trova un limite invalicabile nella sentenza irrevocabile, ciò non può valere per la sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale, che concerne il fenomeno della invalidità»; pertanto, «l'ordinamento non può tollerare il permanere degli effetti ancora in atto di una legge non più efficace». A

avuto il significato di operare una equiparazione del regime giuridico delle sanzioni qualificate come amministrative dal legislatore, nell'esercizio della sua discrezionalità, a quello delle sanzioni (anche) "formalmente" penali, là dove, come appena detto, tale diversa qualifica continua a rilevare, almeno per quanto riguarda: 1) le sanzioni che, formalmente qualificate come amministrative, lo sono anche sostanzialmente; 2) le sanzioni "sostanzialmente" penali, per tutti i profili diversi da quelli relativi alle garanzie proprie della materia penale.

E così, traendo le prime conclusioni, si deve evidenziare che, per la risoluzione della questione sollevata con l'ordinanza in commento, la Corte costituzionale sarà chiamata ad eseguire un duplice scrutinio.

Anzitutto, essa dovrà verificare l'effettiva natura "sostanzialmente" penale, in base ai criteri CEDU, della sanzione di cui al co. 4 art. 18-bis. Ciò, peraltro, già *in limine litis*, ovvero nel valutare la rilevanza e quindi l'ammissibilità della questione stessa, data la già avvenuta declaratoria di incostituzionalità dei co. 3 e 4 art. 18-bis, per violazione dell'art. 76 Cost. . A tal proposito, si assisterà ad un fenomeno per certi versi paradossale: la Corte dovrà, in sostanza, esplorare alcuni profili di una disposizione, già dichiarata incostituzionale, diversi e ulteriori rispetto a quelli che hanno effettivamente portato al suo annullamento³⁰, e che anzi avrebbero potuto condurre ad una autonoma declaratoria di incostituzionalità (in particolare, per violazione dell'art. 117, co. 1, Cost.)³¹.

sostegno di tali conclusioni possono essere richiamate ancora Cass. sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, *Hauhou*; e Cass. sez. I pen., 24 febbraio 2012, n. 19361, *Teteh Assic*, entrambe riguardanti gli effetti della declaratoria di incostituzionalità dell'aggravante di clandestinità stabilita dalla sent. C. cost. 249/2010.

³⁰ A tal proposito, si ritiene che tale profilo non implichi una pronuncia di inammissibilità per difetto di rilevanza, come potrebbe suggerire l'ord. C. cost. 247/2014, e che anzi quest'ultima confermi *a contrario* la rilevanza della q.l.c. In tale pronuncia la Consulta ha infatti disposto la *restituzione degli atti* al giudice rimettente, che aveva sollevato una q.l.c. simile, ma non del tutto coincidente, a quella del giudizio in commento. Infatti, in quell'occasione si trattava di verificare la costituzionalità dell'art. 1 l. 689/1981, nella parte in cui non prevede l'applicazione all'autore dell'illecito amministrativo della legge posteriore più favorevole, deducendo la violazione degli artt. 3 e 117, co. 1, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU, dell'art. 15 del Patto internazionale relativo ai diritti civili e politici, e dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Proprio come nel caso in commento, nel giudizio *a quo* si trattava dell'illecito amministrativo di cui all'art. 18-bis d.lgs. 66/2003 (nella versione introdotta dall'art. 1 d.lgs. 213/2004), ma evidentemente il giudizio riguardava due profili che, come già richiamato nel presente contributo, restano nettamente distinti: la rimozione del giudicato penale conseguente ad una declaratoria di incostituzionalità, da un lato; la retroattività della *lex mitior*, dall'altro. Inoltre, va sottolineato che la pronuncia della Corte, dovuta al fatto chela sent. 153/2014 fosse intervenuta *medio tempore*, a dichiarare l'incostituzionalità dello stesso art. 18-bis d.lgs. 66/2003, non sia stata di inammissibilità, bensì di "restituzione degli atti" al rimettente, «affinché valuti la perdurante rilevanza della questione alla luce dell'indicato mutamento del quadro normativo». Proprio alla luce di tali differenze, nel caso in commento sembra potersi ribadire che la rilevanza della q.l.c. derivi *esattamente* dall'avvenuta dichiarazione di incostituzionalità e dalla conseguente (potenziale) applicazione dell'art. 30, co. 4, l. 87/1953. Su tali temi, v. l'estesa ricostruzione di A. BONOMI, *Le questioni di legittimità costituzionale relative a disposizioni su cui è già intervenuta sentenza di accoglimento: aspetti problematici*, in *Rivista AIC*, 4/2016.

³¹ Al riguardo, va ricordato che la Corte Costituzionale, con sent. 210/2013, ha accolto le sollecitazioni della giurisprudenza di legittimità (in particolare, la già ricordata Cass. sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472), e ha affermato che «in base all'art. 30 comma 4 della legge n. 87 del 1953, il giudicato penale non impedisce al giudice di intervenire sul titolo esecutivo per modificare la pena, quando la misura di questa è prevista da una norma di cui è stata riconosciuta l'illegittimità convenzionale, e *quando tale riconoscimento sorregge un giudizio altamente probabile di illegittimità costituzionale della norma per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost* [corsivo di chi scrive]». In essa,

In secondo luogo, e una volta che questo primo scrutinio abbia dato esito positivo, la Corte dovrà verificare, in sede di fondatezza, l'effettivo contrasto dell'art. 30, co. 4, con la CEDU e, quindi, con l'art. 117, co. 1, Cost., contrasto che, come già accennato, in questa sede si ritiene sussistente.

3. Il tentativo di interpretazione conforme e i suoi limiti.

La seconda questione da approfondire rispetto all'ordinanza in commento riguarda il tentativo di interpretazione conforme. A tal proposito, vale la pena richiamare brevemente l'attuale assetto dei rapporti tra diritto interno e sistema CEDU, così come emerso dalla giurisprudenza costituzionale dell'ultimo decennio³².

Anzitutto, è noto che la Corte costituzionale, a partire dalle sentt. cc.dd. gemelle nn. 348 e 349 del 2007, ha esteso il modello dell'interpretazione conforme, originariamente affermato con riguardo alle norme costituzionali³³ e poi al diritto dell'UE³⁴, anche alle norme della CEDU³⁵,

per la prima volta, un dubbio di costituzionalità sollevato dal giudice dell'esecuzione su una legge già applicata in sede di cognizione – in giudizio ormai chiuso da anni e coperto da giudicato – è stato ritenuto rilevante dalla Corte costituzionale. V. in dottrina G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena. Limiti e poteri della rideterminazione della pena in executivis in materia di stupefacenti*, in *Dir. pen. con.*, 2015, 6; F. VIGANÒ, *La Corte costituzionale sulle ricadute interne della sentenza Scoppola della Corte EDU*, in *Dir. pen. con.*, 19 luglio 2013; G. ROMEO, *Giudicato penale e resistenza alla lex mitior sopravvenuta. Note sparse a margine di corte cost. n. 210/2013*, in *Dir. pen. con.*, 4/2013, 261 ss.; E. LAMARQUE, *Nuove possibilità di sollevare questioni di costituzionalità per il giudice dell'esecuzione penale?*, cit. .

³² Come noto, la letteratura sul tema dei rapporti dell'ordinamento interno con il sistema CEDU è vastissima. In questa sede si richiama solo il recente contributo di F. POLACCHINI, *Controllo di convenzionalità e Corte costituzionale nell'esperienza italiana*, in *DPCE online*, 3/2015; sull'interpretazione conforme alla CEDU in materia penale v. *ex plurimis* P. GAETA, *Dell'interpretazione conforme alla C.E.D.U.: ovvero, la ricombinazione genica del processo penale*, in *Dir. pen. con.*, 2/2012, 154; T. EPIDENDIO, *Riflessioni teorico-pratiche sull'interpretazione conforme*, in *Dir. pen. con.*, 3-4/2012, 26; V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale fonti sovranazionali*, Roma, 2012, in particolare 43-90 e 131 ss.

³³ Fin da C. cost. 3/1956 e, in seguito, in una giurisprudenza numerosissima, in cui v., tra le più recenti, C. cost. 301/2003; 113/2000; 356/1996 secondo la quale ultima addirittura «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» (§ 4 del *Considerato in diritto*). Per il dibattito relativo all'interpretazione conforme a Costituzione, v. *ex plurimis* G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006; R. ROMBOLI, *Qualcosa di nuovo... anzi d'antico: la contesa sull'interpretazione conforme della legge*, in AA.VV., *Studi in memoria di Giuseppe G. Floridia*, Napoli, 2009, 683 ss.; E. MALFATTI, R. ROMBOLI, E. ROSSI (a cura di), *Il giudizio sulle leggi e la sua "diffusione"*, Torino, 2002; M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, Torino, 2009; E. LAMARQUE, *La fabbrica delle interpretazioni conformi a Costituzione tra Corte costituzionale e giudici comuni*, in B. BISCOTTI, P. BORSELLINO, V. POCAR., D. PULITANÒ (a cura di), *La fabbrica delle interpretazioni*, Milano, 2012, 37 ss.; M. LUCIANI, *Interpretazione conforme a Costituzione*, in *Enc. Dir.*, Annali IX, Milano, 2015, 391 ss.

³⁴ V. C. cost. 113/1985; 389/1989; 284/2007. In dottrina v. per tutti D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*. *Contributo allo studio dell'articolo 101, comma 2 della Costituzione italiana*, Napoli, 2008.

³⁵ V., oltre alle fonti già richiamate *supra*, M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato. Contributo al dibattito sui confini della giurisdizione*, Torino, 2015, 166 ss. Va inoltre che parte della dottrina ritiene che la differenza essenziale tra interpretazione conforme alla CEDU e al diritto eurounitario, da un lato, e

rispetto alle quali si riconosce un (tendenziale) monopolio interpretativo in capo alla Corte di Strasburgo³⁶. Secondo tale modello, che ha accolto gli impulsi provenienti dalla dottrina soprattutto internazionalistica³⁷, ai giudici comuni, nell'esercizio dei poteri interpretativi che ad essi competono ex art. 101, co. 2, Cost.³⁸, spetta di assicurare in via ordinaria il rispetto del diritto internazionale pattizio, tramite un'interpretazione convenzionalmente orientata delle rilevanti disposizioni di diritto interno, e nei limiti in cui ciò sia reso possibile dalla portata letterale³⁹ e dal "diritto vivente" eventualmente affermatosi a livello interno⁴⁰. Quando non vi sia tale possibilità, essi devono sollevare la q.l.c. dinanzi alla Corte, con riguardo alla norma interna incompatibile. In tal modo, la Corte ha, in via di principio, rifiutato di estendere alle norme della CEDU il modello della disapplicazione proprio dei conflitti con le norme dell'ordinamento UE⁴¹. In questo contesto, risulta evidente come l'interpretazione convenzionalmente conforme sia diventata il principale strumento di integrazione inter-ordinamentale, dal momento che quest'ultima non può essere raggiunta sul piano delle fonti, che, appartenendo a ordinamenti diversi, non si lasciano incasellare in un unico schema di tipo strettamente piramidale⁴².

In questo quadro, la ricorrente presenza delle norme CEDU, quale parametro interposto, nei giudizi di legittimità costituzionale, è connessa anche alle frequenti antinomie che caratterizzano il dialogo tra le due Corti. L'incidenza della CEDU sul diritto interno si è quindi manifestata in

interpretazione conforme alla Costituzione, dall'altro, starebbe nel fatto che le prime riguardano il parametro, la seconda l'oggetto: cfr. V. ANGIOLINI, *L'«interpretazione conforme» nel giudizio sulle leggi*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit., 1 ss. V. anche M. D'AMICO, *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, ivi, 499 ss.

³⁶ In conformità all'art. 32 della stessa CEDU: v. C. cost. 348/2007, § 4.6 del *Considerato in diritto*; 349/2007, § 6.2 del *Considerato in diritto*. Dopo di esse, v. in particolare C. cost. 239/2009; 311/2009 (§ 6 del *Considerato in diritto*); 93/2010; 1 e 113/2011. In dottrina v. O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa. Evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. eur.*, 2009, 1 ss. V. tuttavia le precisazioni di V. MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., 151 ss.

³⁷ V. ad es. B. CONFORTI, *Sulle recenti modifiche della Costituzione italiana in tema di rispetto degli obblighi internazionali e comunitari*, in *Foro it.*, 5/2002, 229 ss.

³⁸ V. in questo senso v. C. cost. 40/1964; 234/1976.

³⁹ Cfr. C. cost. 219/2008; 26/2010; 78/2012; 91 e 232/2013; nonché ord. 112/2013: «l'univoco tenore della norma segna il confine in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale». In dottrina v. B. GUASTAFERRO, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Torino, 2013, 225 ss.

⁴⁰ Cfr. C. cost. 239/2009, § 3 del *Considerato in diritto*; 196/2010, § 2 del *Considerato in diritto*.

⁴¹ V. da ultimo C. cost. 80/2011, § 1 del *Considerato in diritto*.

⁴² Autorevole dottrina ha peraltro rilevato una contraddizione tra l'asserita supremazia assiologica delle disposizioni costituzionali, secondo il classico schema di tipo piramidale, e lo strumento dell'interpretazione conforme: si tratta di contributi ispirati, come noto, ad una visione assiologico-sostanziale degli strumenti di risoluzione dei conflitti inter-ordinamentali. Tra i lavori più recenti v. A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Dir. pen. con.*, 2/2015, 325; ID., *CEDU, diritto "eurounitario" e diritto interno: alla ricerca del "sistema dei sistemi"*, in *Consulta Online*, 19 aprile 2013; ID., *Rapporti tra corte costituzionale e corti europee, bilanciamenti interordinamentali e "controlimiti" mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in *Rivista AIC*, 1/2011; ID., *La CEDU alla ricerca di una nuova identità, tra prospettiva formale-astratta e prospettiva assiologico-sostanziale d'inquadramento sistematico (a prima lettura di Corte cost. nn. 348 e 349 del 2007)*, in *Forum quad. cost.*, 2007.

maniera pregnante, determinando, in alcuni ambiti, un «perdurante disallineamento»⁴³ tra le risoluzioni giurisprudenziali della Corte Costituzionale e della Corte di Strasburgo, causate dalla presenza di un vincolo interpretativo convenzionalmente orientato, che sembrava essere tanto stringente quanto indifferenziato⁴⁴.

Anche per tali motivi, la Corte ha da ultimo, con la sent. 49/2015, affinato il modello di integrazione inter-ordinamentale, aggiungendo un ulteriore filtro alla rilevanza (sub-)costituzionale delle norme CEDU, così come interpretate dalla Corte di Strasburgo: quello della giurisprudenza *consolidata*⁴⁵. Ad avviso della Corte, il giudice comune, prima di sollevare la questione di costituzionalità, dovrebbe verificare, in base ad una serie di indici⁴⁶, che la giurisprudenza della Corte Edu sia *consolidata*, ovvero costituisca espressione di un indirizzo interpretativo da considerarsi come stabile “diritto vivente” europeo. E così, una pronuncia della Corte Edu sarebbe idonea ad integrare il parametro di cui all’art. 117, co. 1, Cost., e, quindi, ad attivare l’obbligo di interpretazione conforme o, in alternativa, la q.l.c., solo a condizione che essa si inserisca in un filone giurisprudenziale “consolidato”. Peraltro, la stessa sentenza ha affrontato un ulteriore nodo, ovvero quello relativo ai casi in cui l’interpretazione conforme a Convenzione conduca a risultati in conflitto con quelli a cui si giungerebbe attraverso un’interpretazione costituzionalmente orientata. La Corte, chiarendo (o, più realisticamente, superando) alcuni passaggi di precedenti pronunce⁴⁷, ha

⁴³ Cfr. F. GALLO, *Rapporti tra Corte costituzionale e Corte Edu. Bruxelles, 24 maggio 2012*, in *Rivista AIC*, 1/2013.

⁴⁴ A tal proposito, sono state sollevate molte critiche in dottrina in riferimento al vincolo alla giurisprudenza di Strasburgo definito come eccessivamente generalizzato. V. C. PINELLI, *Sul trattamento giurisprudenziale della Cedu e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007; E. LAMARQUE, *Gli effetti delle sentenze della Corte di Strasburgo secondo la Corte costituzionale italiana*, in *Corr. giur.*, 2010.

⁴⁵ A tal proposito, la Corte sembra aver fatto propri i suggerimenti provenienti da autorevole dottrina, e in particolare da A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo*, in *Forum quad. cost.*, 23 marzo 2011, 3 s. Già in precedenza, peraltro, si era rilevato come il rigido indirizzo della Corte costituzionale, che dava rilevanza a qualunque oscillazione della giurisprudenza Edu, andasse oltre i desideri della stessa Corte di Strasburgo: cfr. R. CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchia o dialogo con la Corte di Strasburgo?*, in *Federalismi.it*, 2010, 6.

⁴⁶ V. C. cost. 49/2015, § 7 del *Considerato in diritto*: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano» Ad avviso del giudice delle leggi, «quando tutti, o alcuni di questi indizi si manifestano, secondo un giudizio che non può prescindere dalle peculiarità di ogni singola vicenda, non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una “sentenza pilota” in senso stretto».

⁴⁷ Soprattutto in alcune pronunce rese nel 2009 (in particolare, le sentt. 311 e 317), la Corte costituzionale era sembrata orientarsi verso ad una prospettiva di tipo assiologico-sostanziale, ispirata al criterio della tutela più intensa possibile dei diritti fondamentali indipendentemente dal rango formale delle fonti di riferimento. In dottrina v. F. POLACCHINI, *Controllo di convenzionalità e Corte costituzionale nell’esperienza italiana*, cit., 16 ss.; A. RUGGERI, *CEDU, diritto “europolitano” e diritto interno*, cit., 8 ss.; ID., *Sistema integrato di fonti e sistema integrato di interpretazioni, nella prospettiva di un’Europa unita*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 2010, 4, 869 ss., 888 ss.; D. PULITANÒ, *Orizzonti attuali del controllo di legittimità costituzionale di norme penali*, in *Criminalia*, 2011, 11, in

ribadito che in tali casi (dichiaratamente residuali) torna ad operare uno schema di tipo gerarchico-piramidale, e risolve quindi tale tipo di contrasto a favore della Carta fondamentale, di cui va comunque assicurato il «predominio assiologico»⁴⁸.

Alla luce di queste ultime precisazioni, i giudici comuni devono oggi operare in ogni caso un'interpretazione della legge interna conforme alla giurisprudenza *consolidata* della Corte Edu; nel caso di antinomia non superabile con tali strumenti interpretativi, devono sollevare la questione di legittimità della legge medesima, *ex art.* 117, co. 1, Cost. alla stessa Corte costituzionale, la quale deve, una volta verificata l'effettiva sussistenza dell'antinomia, rimuovere la legge dall'ordinamento con efficacia *erga omnes*. Ciò, ovviamente, salvo il caso in cui la norma della CEDU, così come interpretata a Strasburgo, appaia essa stessa in contrasto con la Carta fondamentale: ipotesi nella quale si impone, secondo la Corte, la dichiarazione di illegittimità costituzionale della legge di ratifica ed esecuzione della Convenzione (l. 848/1955), «nella parte in cui» consente l'ingresso nell'ordinamento di una norma, appunto, incostituzionale⁴⁹.

In applicazione di tale coordinate generali, la Corte costituzionale ha di volta in volta accolto o rigettato le qq.ll.cc. delle norme interne (meglio: del “diritto vivente” interno) per contrasto alla CEDU, a seconda che una loro interpretazione conforme alla Convenzione (meglio: alla relativa giurisprudenza consolidata della Corte Edu) fosse o meno possibile⁵⁰. In questo senso, occorre evidenziare che, perché una disposizione di diritto interno sia dichiarata incostituzionale, è necessario in sostanza che siano incompatibili, non tanto le norme astrattamente ricavabili dalle disposizioni di volta in volta rilevanti, quanto la loro concreta applicazione giurisprudenziale, ovvero i due *diritti viventi*, quello interno e quello europeo⁵¹. Ciò significa che nella relazione tra

particolare 26 ss.; O. POLLICINO, *Margine di apprezzamento art. 10, co. 1 Cost. e bilanciamento "bidirezionale": evoluzione o svolta nei rapporti tra diritto interno e diritto convenzionale nelle due decisioni n. 311 e 317 del 2009 della Corte Costituzionale?*, in *Forum quad. cost.*, 2009.

⁴⁸ C. cost. 49/2015, § 4 del *Considerato in diritto*. In dottrina v. D. TEGA, *La sentenza della Corte costituzionale n. 49 del 2015 sulla confisca: il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu*, in *Forum quad. cost.*, 30 aprile 2015; nonché, particolarmente critico sul punto, A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno*, cit., 7.

⁴⁹ V. C. cost. 49/2015, § 4 del *Considerato in diritto*.

⁵⁰ Per le applicazioni concrete v. ad es. C. cost. 97/2009, con la quale la Corte ha dichiarato la manifesta infondatezza della questione relativa agli artt. 200, 322-*ter* c.p. e 1, co. 143, l. 244/2007: in questo caso il giudice *a quo* aveva qualificato, in base al diritto interno, la confisca per equivalente disciplinata dagli artt. in questione, caratterizzata da un contenuto spiccatamente affittivo, come “semplice” misura di sicurezza, ben potendo invece procedere alla sua qualificazione come pena (con conseguente operatività del divieto di applicazione retroattiva) anche tramite un'interpretazione convenzionalmente orientata e, quindi, anche senza una dichiarazione di incostituzionalità.

Seguendo la medesima impostazione, la Corte ha invece accolto (con sent. 196/2010) la questione di costituzionalità relativa alla confisca obbligatoria dell'autoveicolo *ex art.* 186 co. 2 lett. c c. strad., nella versione antecedente alla l. 120/2010, là dove espressamente richiamava il regime delle misure di sicurezza di cui all'art. 240 co. 2 c.p. In questo caso il richiamo operato alla disciplina delle misure di sicurezza poneva il regime giuridico di una sanzione, ancora una volta caratterizzata da un elevato grado di afflittività, in contrasto con la giurisprudenza CEDU e, quindi, rendeva necessaria una espressa dichiarazione di incostituzionalità (parziale), anche alla luce del diritto vivente interno (Cass. sez. IV pen., sentt. 32932/2009; 38179/2009; 9986/2009) che ne affermava l'applicazione retroattiva.

⁵¹ Ha sottolineato particolarmente questo aspetto della sent. 49/2015 che, introducendo la categoria della giurisprudenza consolidata, ha segnato l'atto di nascita della nozione di “diritto vivente europeo”, M. BIGNAMI, *Le*

significante “conformante” e significante “conformato”, entrambi i termini, e non soltanto il primo, siano generalmente integrati da un prodotto giurisprudenziale⁵²; e, ancora, che le pronunce della Corte costituzionale relative alla compatibilità delle norme interne con quelle della CEDU si risolvano nella quasi totalità dei casi in sentenze *interpretative*.

In definitiva, la Corte costituzionale sembra aver sviluppato dei filtri propri per affrontare le tensioni tra le due forme di legalità, quella convenzionale e quella costituzionale, che appaiono tuttavia ancora oggi di difficile gestione. In questo senso, la sent. 49/2015 ha, senza dubbio, rappresentato un rilevante passaggio nell’evoluzione dei rapporti giuridici multilivello, in grado di evidenziare la presenza di una magistratura costituzionale che si pone a difesa di un sistema costruito su logiche ed esigenze interne, e che, a dispetto di un atteggiamento formale di grande apertura, negli ultimi anni sembra mal tollerare ingerenze e commistioni di natura convenzionale.

Fatti questi brevi ma necessari cenni preliminari, e tornando all’ordinanza in commento, il giudice rimettente, nella parte finale del provvedimento, ha affermato l’impossibilità di risolvere il contrasto rilevato tra l’art. 30, l. 87/1953 e i vari parametri costituzionali indicati attraverso una sua interpretazione conforme alla CEDU.

E invero, va anzitutto rilevato che, come già ricordato *supra*, i parametri elaborati dalla Corte Edu per identificare una sanzione sostanzialmente penale fanno parte di un indirizzo interpretativo ormai ampiamente consolidato. Essendo quindi tale giurisprudenza idonea ad integrare il parametro costituzionale di cui all’art. 117, co. 1, Cost., sul giudice rimettente incombeva l’obbligo di (tentare di) interpretare l’art. 30, co. 4, l. 87/1953 in modo convenzionalmente conforme. Con una decisione che in questa sede si condivide, il giudice rimettente ha ritenuto impossibile una autonoma torsione

gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente, in *Dir. pen. con.*, 2/2015, 288 ss.

Peraltro, facendo concreta applicazione dei principi affermati in tale sent., la Corte costituzionale, con sent. 184/2015, ha da ultimo dichiarato l’illegittimità dell’art. 2 co. 2-*bis* l. 89/2001 (sull’equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo), nella parte in cui prevede che il processo penale si considera iniziato con l’assunzione della qualità di imputato, ovvero quando l’indagato ha avuto legale conoscenza della chiusura delle indagini preliminari, anziché quando l’indagato, in seguito a un atto dell’autorità giudiziaria, ha avuto conoscenza del procedimento penale a suo carico. Nel caso di specie il giudice delle leggi si è premurato di evidenziare l’insanabile contrasto tra la giurisprudenza interna (da ultimo, Cass. sez. un. civ., sent. 19977/2014) e quella di Strasburgo (sentt. 16 luglio 1971, *Ringeisen c. Austria*; 15 luglio 1982, *Eckle c. Germania*; 10 dicembre 1982, *Corigliano c. Italia*; 19 febbraio 1991, *Manzoni c. Italia*; 26 febbraio 1993, *Messina c. Italia*; 4 aprile 2006, *Kobtsev c. Ucraina*) sul *dies a quo* del termine di ragionevole durata del processo di cui all’art. 6 CEDU, ai fini dell’eventuale indennizzo. In dottrina v. P. GAETA, *La prescrizione del reato come compensazione del processo irragionevolmente lungo: ovvero del criterio del ‘pregiudizio importante’ nella giurisprudenza di Strasburgo*. Nota a Corte EDU, sent. 6 marzo 2012, ric. n. 23563/07, *Gagliano Giorgi c. Italia*, in *Dir. pen. con.*, 2/2012, 154.

⁵² A tale ultimo proposito, va ricordato che in alcune pronunce (ad es. ordd. 158/2000; 367/2000; 3/2002, 252/2005) la Corte costituzionale sembra aver accordato prevalenza, dichiarando inammissibili le questioni di costituzionalità sollevate, all’interpretazione costituzionalmente orientata rispetto all’eventuale diritto vivente di segno contrario («al giudice non è precluso, nell’esercizio dei poteri interpretativi che gli sono propri e che non richiedono alcun avallo costituzionale, pervenire ad una lettura della norma *secundum constitutionem* anche in presenza di un orientamento giurisprudenziale univoco»; «il giudice ha solo la facoltà e non l’obbligo di uniformarsi al prevalente orientamento giurisprudenziale»). Tuttavia, è significativo che i casi citati riguardassero generalmente l’interpretazione conforme alla Costituzione e non alla Convenzione, e che dunque il “vincolo di conformazione” in capo al giudice comune, che eventualmente gli permette di discostarsi dalla giurisprudenza consolidata e dal diritto vivente, fosse più intenso.

interpretativa della stessa disposizione, tale da ricomprendere nel campo di applicazione di quest'ultima anche le sanzioni qualificate come amministrative, ma da considerarsi penali secondo i parametri della Corte Edu.

A tal proposito, e richiamando quanto appena ricordato a proposito del raffronto tra i due diritti viventi, va tuttavia rilevato che nel diritto interno non esiste un chiaro “diritto vivente” relativo alla portata dell'art. 30, co. 4⁵³. Il giudice rimettente, infatti, ricorda un unico e non recentissimo precedente conforme nella giurisprudenza di legittimità (Cass. sez. III civ. 458/1994), in cui espressamente si escludeva l'applicazione dell'art. 30, co. 4, l. 87/1953 alle sentenze di condanna che non siano relative a fatti di reato, anche e soprattutto al criterio di interpretazione restrittiva delle disposizioni che fanno eccezione di cui all'art. 14 disp. prel. c.c.⁵⁴.

Ciò nonostante, lo stesso giudice rimettente ricorda un altro arresto della Corte di cassazione⁵⁵, molto più recente e di segno opposto (ord. Cass. sez. V pen., 15 gennaio 2015, n. 1782), che afferma l'applicabilità, sulla base di una mera interpretazione convenzionalmente orientata, dello stesso art. 30, co. 4, in caso di declaratoria di incostituzionalità della base legale della sanzione amministrativa qualificabile come penale secondo i parametri CEDU⁵⁶.

⁵³ A tal riguardo, non sarebbe stato conferente, perché riguarda sanzioni già qualificate come penali dal legislatore nazionale, un riferimento al già ricordato recente filone giurisprudenziale (Cass. sez. I, 27 ottobre 2011, n. 977, *Hauohu*; Cass. sez. un., ord. 19 aprile 2012, n. 34472; Cass. sez. un., 24 ottobre 2013, n. 18821, *Ercolano*; Cass. sez. un. 7 maggio 2014, n. 18821; e, infine, Cass. sez. un., 29 maggio 2014, n. 42858) che ha portato all'estensione dell'applicazione dell'art. 30, co. 4, l. 87/1953 alle dichiarazioni di incostituzionalità relative a norme penali sostanziali non strettamente incriminatrici, e che ha condotto alla egualmente già richiamata pronuncia C. cost. 210/2013.

⁵⁴ Il particolare, secondo il giudice di legittimità, «l'ultimo comma dell'art. 30 della legge 11 marzo 1953 n. 87, laddove stabilisce che “quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali”, *fa riferimento esclusivo alle sentenze penali di condanna per fatti costituenti reato* [corsivo di chi scrive]. Detta disposizione configura, in corrispondenza al precetto di cui all'art. 2, secondo comma, c.p., *una eccezione al principio della intangibilità del giudicato* [corsivo di chi scrive], intangibilità che resiste, secondo costante giurisprudenza anche alla pronuncia di illegittimità costituzionale della norma in concreto applicata. Stante il carattere di eccezionalità, *la disposizione di cui all'ultimo comma dell'art. 30 citato non può trovare applicazione al di fuori del campo penale e quindi con riferimento a sanzioni di natura amministrativa* [corsivo di chi scrive] inflitte a seguito di procedimento disciplinare, qual è quello previsto e regolato dalla legge notarile (Cass. sez. un. 28 ottobre 1983, n. 6378)».

⁵⁵ Con tale ordinanza è stata sollevata q.l.c., per violazione del principio del *ne bis in idem* sostanziale (e, quindi, ancora una volta dell'art. 117, co. 1, Cost. in relazione alla CEDU), in via principale dell'art. 187-bis co.1 d. lgs. 58/1998 (TUF) nella parte in cui prevede «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato» anziché «Salvo che il fatto costituisca reato»; in via subordinata, dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui non prevede l'applicabilità della disciplina del divieto di un secondo giudizio al caso in cui l'imputato sia stato giudicato, con provvedimento irrevocabile, per il medesimo fatto nell'ambito di un procedimento amministrativo per l'applicazione di una sanzione alla quale debba riconoscersi natura penale ai sensi della CEDU.

⁵⁶ Vale la pena riportare per intero il passaggio della citata ordinanza del giudice di legittimità, che, argomentando a proposito della rilevanza della questione di costituzionalità sollevata nel giudizio *a quo*, afferma che «la declaratoria di illegittimità costituzionale della base legale della sanzione amministrativa pecuniaria irrogata all'imputato *ex art. 187-bis TUF* determinerebbe l'applicazione dell'art. 30, quarto comma della legge n. 87 del 1953, con la conseguente adozione, da parte della Consob, delle necessarie determinazioni; l'applicazione dell'art. 30, quarto comma, cit. in caso di accoglimento della questione, sarebbe imposta, ad avviso del Collegio, dalla natura “sostanzialmente” penale della sanzione irrogata dalla Consob, sicché l'interpretazione dell'art. 30 cit. orientata alla disciplina convenzionale alla luce della giurisprudenza della Corte Edu – interpretazione non preclusa dal tenore letterale della disposizione, né dalla *ratio* di ampia tutela dell'individuo rispetto alle norme punitive dichiarate incostituzionali – conduce a ricostruirne la sfera

In conseguenza dell'assenza di un "diritto vivente" consolidato⁵⁷, e, anzi, con una recente pronuncia della Suprema Corte che opta per l'interpretazione convenzionalmente orientata dell'art. 30, co. 4, il giudice rimettente ben avrebbe potuto adeguarsi, in astratto, a tale ultimo indirizzo, ed evitare di sollevare la questione di costituzionalità. Così facendo, egli avrebbe dato immediata applicazione della disposizione censurata e, indirettamente, avrebbe contribuito al consolidamento di un diritto vivente interno "in formazione", per così dire.

Ora, il giudice rimettente ha argomentato tale scelta rifacendosi ai classici canoni ermeneutici di cui all'art. 12 disp. prel. c.c., e in particolare all'interpretazione letterale e all'*intentio legislatoris*⁵⁸. Non ha richiamato, invece, l'art. 14 delle stesse disp. prel. c.c., e il principio di interpretazione restrittiva delle norme che fanno eccezione che vi è affermato. Tale ultimo parametro interpretativo, ricordato invece in Cass. 458/1994, avrebbe probabilmente contribuito a rafforzare le motivazioni adottate dal giudice rimettente e la sua scelta di non conformarsi all'ultimo indirizzo espresso dal giudice di legittimità.

A tal proposito, vale la pena sottolineare che, anche alla luce della sempre maggiore pervasività della giurisprudenza Edu in materia penale, applicare o meno l'art. 30, co. 4, l. 87/1953 e, quindi, superare l'irrevocabilità del giudicato anche per le condanne relative a fatti puniti con norme "sostanzialmente" penali, pare essere scelta delicata e dalle conseguenze particolarmente

applicativa in termini tali da includere in essa la norma in forza della quale è stata inflitta all'imputato la sanzione solo "formalmente" amministrativa, secondo i dettami della Cedu così come interpretati dalla Corte di Strasburgo».

La q.l.c. è stata dichiarata inammissibile, per difetto di rilevanza nel giudizio *a quo*, con sent. C. cost. 102/2016 che, a proposito dell'art. 30, co. 4, si è limitata a rilevare (§ 6.1 del *Considerato in diritto*) che «questa Corte non ha motivo [...] di saggiare la plausibilità dell'argomentazione del rimettente sull'applicabilità dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953 al caso in cui sia stato dichiarato incostituzionale non un reato ma un illecito amministrativo che assume veste "penale" ai soli fini del rispetto delle garanzie della CEDU. È infatti preliminare osservare che, in ogni caso, si tratta di profili attinenti alle vicende della sanzione amministrativa, privi di rilevanza per il giudice rimettente, e quindi estranee al presente giudizio. Ma, soprattutto, torna a manifestarsi con forza il rilievo che essi non scongiurerebbero in alcun modo la violazione del *ne bis in idem*, pienamente integrata dal proseguimento, auspicato dal giudice *a quo*, del giudizio penale, quali che siano poi gli effetti di quest'ultimo sulla fase di esecuzione delle sanzioni penali e amministrative». In dottrina v. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e doppio binario sanzionatorio in materia di abusi di mercato: dalla sentenza della Consulta un assist ai giudici comuni*, in *Dir. pen. con.*, 16 maggio 2016.

⁵⁷ Il giudice rimettente correttamente ricorda che «la tesi prospettata da Cass. pen. N. 1782/2015 non possiede quei caratteri di stabilità e consolidamento atti a qualificarla come "diritto vivente" idoneo a determinare l'inammissibilità della presente questione di legittimità costituzionale».

⁵⁸ «[R]itiene il giudicante che l'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente conforme trovi un limite nel tenore letterale della disposizione di legge da interpretare. [...] se l'interpretazione adeguatrice deve svolgersi secondo i canoni ermeneutici di cui all'art. 12 delle Preleggi, quando l'attribuzione di un significato al testo, che rispetti il senso letterale della legge, produca una norma non oscura o non assurda, è preclusa un'interpretazione diversa da quella letterale, non essendo ammissibile l'interpretazione integrativa o correttiva. In specie, [...] il tenore letterale [...] che discorre di "sentenza irrevocabile di condanna" e di "effetti penali" rende chiaro che la disposizione si applica solo alle sanzioni qualificate come penali nell'ordinamento interno. Anche il riferimento al canone ermeneutico dell'intenzione del legislatore avvalorata tale tesi, per la semplice constatazione che, alla data di promulgazione della legge n. 87/1953, l'Italia non aveva ancora ratificato la CEDU, né si era prodotta l'evoluzione giurisprudenziale che avrebbe condotto a qualificare come "penali" talune tipologie di sanzioni amministrative». Sull'eventuale conflitto tra il canone dell'interpretazione conforme e quelli dettati nelle disp. prel. c.c., in particolare in relazione al tema dei rapporti tra il legislativo e il giudiziario, v. M. NISTICÒ, *L'interpretazione giudiziale nella tensione tra i poteri dello Stato*, cit., 106 ss., 122 ss.; nonché il classico L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 104 ss..

significative, *anche* e soprattutto in termini di politica del diritto criminale. In altri termini, si ritiene che tale scelta non debba essere affidata con leggerezza alle interpretazioni – per forza di cose contrastanti ed episodiche, soprattutto nei casi in cui non vi sia un consolidato “diritto vivente” – del giudice comune, ma debba essere affidata ad una esplicita declaratoria di incostituzionalità da parte del giudice delle leggi.

Tutto ciò risulta tanto più necessario, alla luce del fatto che il giudicato, la cui intangibilità assoluta ha, come noto, subito un certo indebolimento proprio in conseguenza della giurisprudenza Edu⁵⁹, si collega ancora oggi una imprescindibile esigenza di certezza del diritto, soprattutto in materia penale.

Da queste ultime considerazioni, e accennando fin da ora ad alcuni profili che saranno meglio sviluppati nel paragrafo successivo, appare chiaro come l’esito del processo interpretativo tenga (debba tener) conto, in questo caso più di altri, dell’assetto generale che si vuol dare al nostro sistema di giustizia costituzionale (quella che è stata definita come “geometria di sistema”⁶⁰) e, più in generale, alla politica (giudiziaria) del diritto (costituzionale)⁶¹. Infatti, una valorizzazione eccessiva degli elementi di sindacato costituzionale “diffuso”⁶², in un sistema caratterizzato da enorme inflazione giurisprudenziale, oltre che legislativa, e che non conosce gerarchia (in senso stretto) tra gli organi giudicanti, né tanto meno il vincolo del precedente (almeno sul piano formale)⁶³, rischia, se non di alimentare le derive proprie del nichilismo giuridico, di compromettere l’uniforme applicazione di alcuni principi fondamentali dell’ordinamento giuridico⁶⁴, e la stessa unità/coerenza normativa dell’ordinamento, intesa come sua condizione (mai ontologica, ma sempre) *deontologica*⁶⁵.

⁵⁹ V. in generale G. SORRENTI, *Crisi e tenuta del mito del giudicato nell’impatto con le condanne emesse a Strasburgo*, in *Federalismi.it*, 28 gennaio 2015.

⁶⁰ V. V. MANES, *Dove va il controllo di costituzionalità in materia penale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1/2015, 154, in particolare 179 ss. Sull’impatto potenzialmente negativo sul sistema costituzionale di un non attento ricorso ai procedimenti di interpretazione conforme v. per tutti M. LUCIANI, *Le funzioni sistemiche della Corte costituzionale, oggi, e l’interpretazione «conforme a»*, in *Foro amm.-TAR*, VI, supplemento al n. 7-8/2007, 87 ss.

⁶¹ Sul punto v. per tutti G. ZAGREBELSKY, *La giustizia costituzionale*, cit., in particolare 52 ss.

⁶² Sull’espansione degli elementi “diffusi” del nostro modello di giustizia costituzionale v. *ex plurimis* E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 313 ss.; L. MEZZETTI, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, in ID. (a cura di), *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, Padova, 2009, 79-85; A.M. NICO, *L’accentramento e la diffusione nel giudizio sulle leggi*, Torino, 2007.

⁶³ Su questi aspetti, soprattutto in una prospettiva di diritto comparato, v. ancora D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al «diritto»*, cit., 25 ss.

⁶⁴ Particolarmente critico nei confronti delle crescenti caratteristiche “diffuse” della nostra giustizia costituzionale è G.U. RESCIGNO, *Interpretazione costituzionale e positivismo giuridico*, in G. AZZARITI (a cura di), *Interpretazione costituzionale*, Torino, 2007, 17 ss., in particolare 21s., ove si parla di un vero e proprio «stravolgimento»; v. anche le analisi di F. MODUGNO, *Sulla specificità dell’interpretazione costituzionale*, in ID., *Scritti sull’interpretazione costituzionale*, Napoli, 2008, 256 ss. Preferisce parlare di un modello “collaborativo” e non “diffuso” R. ROMBOLI, *Trasformazioni del ruolo del giudice e nuove tecniche interpretative*, in G. CHIODI, D. PULITANÒ (a cura di), *Il ruolo del giudice nel rapporto tra poteri*, Milano, 2013, 43 ss., 65. Infine, sulle varie tipologie classificatorie dei modelli “misti”, v. A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, Torino, 2009, 26 s.; e, più estensivamente, L. MEZZETTI, *Sistemi e modelli di giustizia costituzionale*, cit., 20 ss.

⁶⁵ Cfr. R. BIN, G. PITRUZZELLA, *Le fonti del diritto*, Torino, 2012, 3-7; nonché, più in generale, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, cit., 112-120. Non sfugge, d’altra parte, che tali questioni si inseriscono nella più generale tendenza

Allo stesso tempo, e più in generale, delegare al giudice comune un ruolo centrale nella soluzione dei contrasti tra norme nazionali e norme CEDU, sulla base dell'individuazione, e conseguente applicazione, di una giurisprudenza "consolidata" che manchi di chiari ed evidenti parametri di riconoscimento, comporta il rischio di un più ampio disallineamento non solo tra il giudice interno e quello internazionale ma, anche e soprattutto, tra le soluzioni formulate dai diversi giudici nazionali⁶⁶.

4. La delimitazione dell'oggetto della questione di costituzionalità. Cenni alle conseguenze derivanti dall'eventuale accoglimento e possibili soluzioni.

Come già più volte ricordato, il giudice rimettente ha sollevato la q.l.c. dell'art. 30, co. 4, l. 87/1953 «nella parte in cui lo stesso non prevede la propria applicabilità alle sentenze irrevocabili con le quali è stata inflitta una sanzione amministrativa qualificabile come "penale" ai sensi della CEDU», aggiungendo, immediatamente dopo e tra parentesi, «(nel caso di specie, la sanzione prevista dall'art. 18-*bis*, co. 4, d.lgs. 66/2003, nella versione introdotta dall'art. 1 d.lgs. 213/2004)».

Ora, si pone la questione relativa all'estensione della – si ritiene in questa sede, probabile – dichiarazione di incostituzionalità da parte del giudice delle leggi. Da quanto si è detto finora, sembra infatti che quest'ultimo difficilmente possa dichiarare inammissibile o rigettare nel merito la questione sollevata, eventualmente censurando il non corretto esperimento del tentativo di interpretazione conforme.

Ciò presupposto, nemmeno sembra che il giudice delle leggi possa limitare la dichiarazione di incostituzionalità dell'art. 30, co. 4, alla parte in cui esso non estende la propria applicabilità alle sole sanzioni di cui all'art. 18-*bis* d.lgs. 66/2003, ovvero quelle unicamente rilevanti nel giudizio *a quo*. E ciò per un duplice ordine di ragioni⁶⁷.

Anzitutto, la normativa di risulta, derivante da tale eventuale declaratoria di incostituzionalità, sarebbe essa stessa discriminatoria, perché introdurrebbe una irragionevole disparità di trattamento tra coloro che si siano visti irrogare le sanzioni di cui all'art. 18-*bis* e coloro che si siano visti irrogare altre sanzioni (egualmente coperte da giudicato) che, pur qualificate come amministrative dal legislatore nazionale, siano qualificabili come "penali" in base ai canoni CEDU.

In secondo luogo, una eventuale declaratoria di incostituzionalità dell'art. 30, co. 4, limitata alle sole sanzioni che vengono specificamente in rilievo nel giudizio *a quo*, comporterebbe un risultato quanto meno paradossale, e comunque irrazionale sul piano dell'economia processuale: ogni volta

ad una progressiva giurisprudenzializzazione del nostro ordinamento, che a sua volta trova le proprie ragioni in cause che in questa sede non possono essere affrontate nemmeno di sfuggita.

⁶⁶ Cfr. M. LUCIANI, *Alcuni interrogativi sul nuovo corso della giurisprudenza costituzionale in ordine ai rapporti tra diritto italiano e diritto internazionale*, in *Corr. giur.*, 2008, 2.

⁶⁷ Sul principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato nel processo costituzionale, e in particolare l'interpretazione estensiva che la Corte ha dato dell'art. 27 l. 87/1953, v. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 137 ss.; A. CERRI, *Corso di giustizia costituzionale*, cit., 280 ss., 529 ss.

che una sanzione qualificata come amministrativa nell'ordinamento interno debba essere dichiarata incostituzionale, per adeguarla al regime delle garanzie proprie della (nozione sostanziale di sanzione penale elaborata in sede) CEDU, dovrebbe essere sollevata un'ulteriore (e di norma non contestuale) q.l.c. dell'art. 30, co. 4, «nella parte in cui non» prevede la propria applicabilità alle sentenze irrevocabili con le quali sia stata inflitta la sanzione di volta in volta rilevante.

Ciò detto, risulta chiaro come il risultato finale della declaratoria di incostituzionalità, pur – si ritiene – necessario, si potrebbe risolvere in una sorta di salto nel vuoto per quanto riguarda la già precaria tenuta del giudicato nel nostro ordinamento, soprattutto alla luce della recente ipervalorizzazione del ruolo interpretativo del giudice comune nell'individuazione delle sanzioni “sostanzialmente” penali in base ai canoni CEDU.

A tal proposito, va richiamata nuovamente la sent. C. cost. 49/2015. Quest'ultima pronuncia, come già ricordato, nell'introdurre l'ulteriore filtro della giurisprudenza *consolidata* della Corte Edu per la stessa *ammissibilità* (e non per la *fondatezza*) delle qq.ll.cc. sollevate rispetto alle disposizioni interne non conformi alla CEDU, ha di fatto spalancato le porte ad una applicazione generalizzata, da parte del giudice comune, della delicata arma dei “controlimiti” all'adeguamento interno alla CEDU⁶⁸.

Il giudice comune, infatti, attraverso la censura dell'inammissibilità, è fortemente incentivato a non sollevare la q.l.c. in tutti quei casi in cui egli ritenga possibile adeguare le norme dell'ordinamento interno tramite la propria (per quanto eccentrica) interpretazione, oppure ritenga che l'indirizzo giurisprudenziale della Corte di Strasburgo non sia effettivamente consolidato. Ma l'integrazione del parametro “conformante” dell'interpretazione del giudice comune con un dato – la giurisprudenza *consolidata* della Corte Edu – di cui, nonostante le indicazioni contenute nella stessa sent. 49/2015, è estremamente complesso determinare con certezza gli elementi di riconoscibilità, pone il principio di intangibilità del giudicato in una posizione ancora più precaria, perché quest'ultimo risulta sottoposto alle variabili interpretazioni del giudice comune su: 1) cosa sia e cosa non sia effettivamente da considerarsi penale ai fini delle garanzie imposte dalla giurisprudenza Edu; 2) cosa sia e cosa non sia effettivamente *giurisprudenza consolidata* della Corte Edu.

⁶⁸ Cfr. F. VIGANÒ, *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 *Dir. pen. con.*, 2/2015, 333 ss., a 340 s.: «l'effetto di questo nuovo steccato eretto dalla Consulta – la “giurisprudenza consolidata” della Corte EDU – sarà, paradossalmente, quello di incentivare i giudici comuni a risolvere il più possibile da sé le eventuali antinomie tra diritto interno e diritto di Strasburgo, attraverso gli strumenti dell'interpretazione conforme e della diretta applicazione della CEDU (che è stata, dopo tutto, incorporata nel diritto interno in forza della legge n. 848/1955, e come tale resta suscettibile di essere applicata – alla pari di qualsiasi altra norma ordinaria – dal giudice comune senza necessità di alcun avallo da parte della Corte costituzionale, a meno che non si scontri inequivocabilmente con una *lex posterior, specialis o superior* che debba essere necessariamente eliminata dal giudice delle leggi). L'effetto è paradossale [...] perché la preoccupazione fondamentale che spinse la Corte, nel 2007, alle sentenze gemelle fu proprio quella di fermare la Cassazione che, scalpitante, stava per colmare la linea sempre più sottile che separa la diretta applicazione della CEDU in spazi lasciati vuoti dalla legge interna e la sua diretta applicazione in luogo della legge interna; e di rivendicare, così, il proprio ruolo esclusivo di ‘controllore centralizzato’ della legittimità delle leggi, che il Costituente del 1947 aveva inteso affidarle».

E così, tornando all'oggetto del presente contributo, la sentenza di accoglimento, che estendesse l'ambito di applicazione dell'art. 30, co. 4, l. 87/1953 alle sentenze di condanna passate in giudicato relative alle sanzioni da considerarsi penali ai fini delle garanzie previste dalla CEDU, potrebbe rivelarsi particolarmente problematica, soprattutto alla luce dell'assetto da ultimo delineato in C. cost. 49/2015.

E infatti, non è difficile immaginare l'ipotesi in cui diversi giudici comuni, dando letture contrastanti delle caratteristiche proprie di una sanzione qualificata come amministrativa dal legislatore nazionale, oppure del grado di "consolidamento" della giurisprudenza Edu, applichino in modo diverso l'art. 30, co. 4, l. 87/1953 a diverse sanzioni amministrative "sostanzialmente" penali, o anche alla stessa sanzione amministrativa, sollevando o meno, a seconda dei casi, la q.l.c. .

Tale scenario risulta tanto più probabile, inoltre, alla luce dei frequenti contrasti interpretativi tra la giurisprudenza di merito e quella di legittimità, rispetto al regime giuridico da applicare a sanzioni qualificate come amministrative dal legislatore nazionale in presenza di dubbi circa la loro natura "penale", in base ai canoni CEDU⁶⁹.

A tal riguardo, è bene precisare che le preoccupazioni evidenziate in questa sede non derivano dalla volontà di difendere concezioni assolutistiche, e quindi anacronistiche, del principio di intangibilità del giudicato, a sua volta retaggio più o meno diretto del precedente regime autoritario⁷⁰. Piuttosto, si tratta dell'esigenza di assicurare una *uniforme* e quanto più possibile *certa* applicazione dei limiti di efficacia del giudicato in una materia – quella penale – in cui più da vicino sono toccati i diritti fondamentali delle persone. E così, non si ignora che la "flessibilizzazione" del giudicato sia un fenomeno ormai consolidato⁷¹. Ma una cosa è ammettere una (condivisibile) flessibilizzazione del giudicato *in bonam partem*; altra è permettere che tale flessibilizzazione non abbia criteri certi, e si risolva in una garanzia a macchia di leopardo dei diritti costituzionali (e convenzionali), con evidenti e irragionevoli disparità di trattamento dei soggetti coinvolti.

Dati questi potenziali elementi di criticità, e ribadita tuttavia l'esigenza di accogliere la questione sollevata dall'ordinanza in commento, una soluzione percorribile da parte della Corte costituzionale potrebbe essere quella di operare, anche nella pronuncia che si esprimerà sulla stessa ordinanza, un pur limitato *revirement* nella materia *de qua*. Si tratta cioè di *considerare l'ipotesi di ri-accentrare, almeno parzialmente, il sindacato di convenzionalità, rispetto alla corretta qualificazione delle sanzioni da considerarsi come "sostanzialmente" penali, ai fini delle garanzie CEDU*.

⁶⁹ Solo per fare un esempio, v. da ultimo Cass. sez. III pen., 21 aprile 2016, n. 25815, con la quale, in seguito ad un ricorso *per saltum* del p.m., è stata censurata l'applicazione, da parte del Tribunale di Asti (sent. 10 aprile 2015), dell'art. 649 c.p.p. (non luogo a procedere in forza del *ne bis in idem* sostanziale) ad un soggetto imputato del reato di cui all'art. 10-ter d.lgs. 74/2000, a causa della già avvenuta irrogazione delle sanzioni amministrative (*ex art.* 13 co. 1 d.lgs. 471/1997) per gli stessi fatti oggetto del procedimento penale. È solo il caso di notare che vi è l'alta probabilità che la Corte di Appello di Torino, cui è stato rinviato il procedimento, sollevi a questo punto una q.l.c. a chiarire l'intera vicenda.

⁷⁰ Cfr. G. RICCARDI, *Giudicato penale e "incostituzionalità" della pena*, cit., 8.

⁷¹ V. in generale S. RUGGERI, *Giudicato costituzionale, processo penale, diritti della persona*, cit., 35 ss..

Con ciò non si pretende che la Corte ritorni completamente sui passi recentemente compiuti, volti proprio a valorizzare il ruolo del giudice comune nel sindacato di convenzionalità. Tuttavia, si ritiene possibile che il giudice delle leggi indirizzi, nella motivazione della pronuncia a venire, un monito al giudice comune⁷², invitandolo ad utilizzare lo strumento dell'interpretazione conforme a Convenzione (meglio: alla giurisprudenza consolidata della Corte Edu) con il massimo rigore possibile, e a sollevare q.l.c. ogni qual volta vi siano dubbi anche minimi a tal riguardo, o (che è sostanzialmente lo stesso) circa la natura della sanzione amministrativa di volta in volta rilevante.

In questo senso, non appare irragionevole ammettere l'introduzione di quello che, nei fatti, si rivelerebbe come un doppio regime nell'esperimento dell'interpretazione convenzionalmente conforme: più stringente in materia di sanzioni "sostanzialmente" penali (una sorta di *strict scrutiny*⁷³); meno negli altri casi.

In altre parole, e per concludere, sembra che in materia penale sia preferibile preservare il senso proprio e, se si vuole, tradizionale attribuito alla «non manifesta infondatezza»⁷⁴, intesa sia come requisito di ammissibilità della q.l.c., sia come fonte dell'*obbligo* del giudice *a quo* di sollevare la stessa q.l.c.⁷⁵. E così, sembra opportuno richiamare *in materia de qua* le parole di un autorevolissimo giurista, oggi giudice costituzionale: «l'icastica affermazione [...] della Corte, secondo cui "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", corretta e plausibile nella prima parte (anche perché [...] la giurisdizione della Corte non è giurisdizione di interpretazione) è erronea e va corretta nella seconda parte: perché è difficile (improbabile) darne interpretazioni costituzionali!»⁷⁶.

⁷² Sulla motivazione delle pronunce della Corte in relazione ai suoi destinatari, v. in generale A. RUGGERI, A. SPADARO, *Lineamenti di giustizia costituzionale*, cit., 167 ss.

⁷³ Sulle tecniche di "scrutinio stretto" nella nostra giurisprudenza costituzionale, anche in una prospettiva di diritto comparato, v. A. TURTURRO, *Scrutinio stretto e presunzione di illegittimità nel controllo sulle leggi*, Relazione al IV seminario annuale del Gruppo di Pisa con i dottorandi in materie giurispubblicistiche, 18 settembre 2015, in www.gruppodipisa.it.

⁷⁴ V. E. MALFATTI, S. PANIZZA, R. ROMBOLI, *Giustizia costituzionale*, cit., 105 ss..

⁷⁵ V. su tali questioni A. PUGIOTTO, *La metamorfosi delle sentenze interpretative di rigetto*, in *Corr. giur.*, 8/2004, 988, per il quale «l'obbligo per il giudice di privilegiare comunque interpretazioni conformi a Costituzione vanifica il requisito della non manifesta infondatezza, che richiede il semplice dubbio di legittimità della norma per poter accedere al sindacato di costituzionalità». Tale A. arriva ad affermare una vera e propria incompatibilità tra il requisito della non manifesta infondatezza e il canone dell'interpretazione conforme. In senso conforme v. G. SORRENTI, *L'interpretazione conforme a Costituzione*, Milano, 2006, 140 ss. *Contra* O. CHESSA, *Non manifesta infondatezza versus interpretazione adeguatrice?*, in M. D'AMICO, B. RANDAZZO (a cura di), *Interpretazione conforme e tecniche argomentative*, cit., 266 ss., in particolare 273 ss.

⁷⁶ F. MODUGNO, *Sulla specificità dell'interpretazione costituzionale*, cit., 260. Lo stesso A., in cerca di una sintesi tra le posizioni cui si è fatto cenno nella nt. precedente, sostiene che il criterio dell'interpretazione conforme non si affianca ma precede, quale vera e propria precondizione, la valutazione di non manifesta infondatezza della q.l.c. – della quale costituisce un "requisito logicamente implicato": cfr. ID., *Inammissibilità della quaestio legitimitatis per omessa interpretazione costituzionalmente conforme e bilanciamento in concreto di diverse esigenze costituzionali*, in *Giur. cost.*, 2009, 2405. V. anche A. BONOMI, *Il dovere del giudice di ricercare l'interpretazione conforme a costituzione della disposizione impugnata vanifica i requisiti della rilevanza e della non manifesta infondatezza?*, in *Osservatorio AIC*, 1/2013.