



4/2017

L'ILLEGITTIMITÀ SOPRAVVENUTA DELLE SANZIONI "SOSTANZIALMENTE PENALI" E LA RIMOZIONE DEL GIUDICATO DI CONDANNA: LA DECISIONE DELLA CORTE COSTITUZIONALE

Nota a [Corte Cost., sent. 10 gennaio 2017 \(dep. 24 febbraio 2017\), n. 43,](#)
[Pres. Grossi, Red. Cartabia](#)

di Andrea Chibelli

Abstract. *La Corte costituzionale torna ad occuparsi del tema della estensione delle garanzie previste dall'ordinamento interno per le pene alle sanzioni qualificate come amministrative dalla legislazione nazionale, ma configurabili come "sostanzialmente penali" nell'ottica CEDU. E lo fa con una decisione che, escludendo la possibilità di rimuovere il giudicato di condanna in caso di illegittimità sopravvenuta della base legale di una sanzione (formalmente) amministrativa, lascia spazio ad alcuni dubbi e suscita nuovi spunti di riflessione circa i problematici rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento convenzionale nell'ambito del c.d. diritto punitivo.*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La vicenda. – 3. I dubbi di legittimità costituzionale. – 4. La decisione della Corte costituzionale. – 5. L'art. 7 CEDU e la 'terza via' dell'interpretazione convenzionalmente conforme. – 5.1. Il principio di legalità convenzionale e l'esecuzione di una "pena" sprovvista di *legal basis*. – 5.2. L'interpretazione convenzionalmente conforme e le 'aperture' dell'Avvocatura generale dello Stato. – 6. Quale tutela per il destinatario della sanzione convenzionalmente illegittima? – 7. Considerazioni conclusive: il rischio di "ricombinazione genetica" del diritto penale e il 'richiamo all'ordine' della Consulta.

1. Premessa.

Con la sentenza in commento, la Corte costituzionale torna ad occuparsi dei risvolti applicativi derivanti dall'impatto, nel nostro ordinamento, della nozione di "pena" maturata nel sistema internazionale di protezione dei diritti fondamentali facente capo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU).

In particolare, sul 'banco degli imputati' è, stavolta, l'art. 30, quarto comma, della legge 11 marzo 1953, n. 87 (*Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale*), che stabilisce che "[q]uando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali". Senza però prevedere la possibilità di ottenere la



4/2017

rimozione del giudicato anche per quelle sentenze irrevocabili con le quali è stata inflitta una sanzione amministrativa qualificabile come “penale” ai sensi del diritto convenzionale.

Da qui i dubbi di legittimità costituzionale, avanzati dal Tribunale di Como, per violazione dell’art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione agli artt. 6 e 7 CEDU, oltre che degli artt. 25, secondo comma, e 3 Cost.¹

Dubbi, quest’ultimi, dichiarati infondati dal giudice delle leggi. Con una decisione, però, che, entrando nel merito delle questioni sollevate dal rimettente, suscita nuovi spunti di riflessione circa i problematici rapporti tra ordinamento interno ed ordinamento convenzionale nell’ambito del c.d. diritto punitivo².

2. La vicenda.

La vicenda da cui scaturisce l’incidente di costituzionalità in commento è la seguente. Nel 2006, la Direzione Provinciale del lavoro di Como aveva emesso, nei confronti di un imprenditore, tre ordinanze-ingiunzione per il pagamento di sanzioni concernenti violazioni delle disposizioni in materia di orario di lavoro dei dipendenti, in applicazione dell’art. 18-*bis*, quarto comma, del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66 (*Attuazione delle direttive 93/104/CE e 2000/34/CE concernenti taluni aspetti dell’organizzazione dell’orario di lavoro*), nel testo introdotto dall’art. 1, comma 1, lettera f), del decreto legislativo 19 luglio 2004, n. 213 (*Modifiche ed integrazioni al decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, in materia di apparato sanzionatorio dell’orario di lavoro*)³. Le opposizioni presentate avverso tali sanzioni venivano respinte prima dalla Corte di Appello di Milano⁴ e poi, in via definitiva, dalla Corte di Cassazione⁵. Tuttavia, con la successiva sentenza n. 153 del 2014, la Corte costituzionale interveniva a dichiarare costituzionalmente illegittimo, per eccesso di delega, il citato art. 18-*bis*, nel testo risultante dalle modifiche introdotte nel 2004, annullando le disposizioni alla base del calcolo delle sanzioni irrogate nel caso in esame⁶.

Facendo leva proprio su questa declaratoria di incostituzionalità, il destinatario delle sanzioni proponeva, dinanzi al Tribunale di Como, ricorso *ex art.* 615 c.p.c. In

¹ Tribunale civile di Como, giud. Tomasi, ordinanza 4 febbraio 2015 ([G. U. 1a Serie Speciale - Corte Costituzionale n. 23 del 10-6-2015](#)). Su tale ordinanza, cfr. A. GOLIA – F. ELIA, [Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni “sostanzialmente” penali dichiarate incostituzionali. Riflessioni a margine dell’ord. Trib. Como del 4 febbraio 2015 \(reg. ord. n. 106 del 2015, pubbl. su G.U. del 10 giugno 2015, n. 23\)](#), in [osservatorioaic.it](#), 27 febbraio 2017.

² Per un primo commento, cfr. M. C. UBIALI, [Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa “sostanzialmente penale”: per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato](#), in [questa Rivista](#), 21 marzo 2017.

³ Ai sensi di tale disposizione, la violazione, da parte del datore di lavoro, della durata dell’orario di lavoro e dei riposi giornalieri e settimanali dei dipendenti, di cui agli artt. 7 e 9 del medesimo decreto legislativo n. 66 del 2003, “è punita con la sanzione amministrativa da 105 a 630 euro”.

⁴ Corte di Appello di Milano, 1 ottobre 2009, n. 778.

⁵ Cass. civ., Sez. Lav., 23 maggio 2014, n. 11574.

⁶ Corte cost., 4 giugno 2014, n. 153.



4/2017

particolare, con tale atto l'imprenditore si opponeva all'esecuzione delle cartelle di pagamento relative alle predette sanzioni, denunciando l'illegittimità delle misure afflittive irrogate in base al summenzionato art. 18-bis d.lgs. 66/2003, e ciò sulla scorta di quanto previsto dall'art. 30, terzo comma, della citata legge n. 87/1953 ("le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione"). Una richiesta che, a detta del giudice dell'opposizione, trovava però ostacolo nel passaggio in giudicato della sentenza di condanna riportata dall'opponente e che imponeva, dunque, la previa rimozione della *res iudicata* formatasi sulla base della disposizione annullata dalla Corte costituzionale. Rimedio, quest'ultimo, che la disciplina legislativa limita però alle sole sentenze irrevocabili con cui sono state inflitte sanzioni *penali*.

Il dubbio sorge, allora, spontaneo: *quid iuris* nel caso in cui non ci si trovi davanti alla comminatoria di una 'semplice' sanzione amministrativa, ma alla irrogazione di una misura afflittiva che, benché non qualificata come tale dal legislatore, presenta natura "sostanzialmente penale" alla luce della CEDU, e, a seguito di una declaratoria di incostituzionalità, si ponga l'esigenza di rimuovere il relativo giudicato di condanna?

3. I dubbi di legittimità costituzionale.

In sintesi, ecco l'*iter* logico-argomentativo seguito dal giudice *a quo* nel prospettare le questioni di costituzionalità sottoposte al vaglio della Consulta.

Primo passaggio: nel nostro ordinamento, vige il principio generale della cessazione di efficacia della legge o dell'atto avente forza di legge dichiarati costituzionalmente illegittimi dalla Corte costituzionale. Gli artt. 136 Cost. e 30, l. n. 87/1953 vietano infatti l'applicazione della norma di legge ritenuta incostituzionale ai rapporti giuridici in corso, con effetti invalidanti assimilabili all'annullamento. Il limite alla portata retroattiva della dichiarazione d'illegittimità costituzionale di una norma è dato dall'eventualità che i rapporti cui essa si riferisce siano ormai esauriti in modo definitivo ed irrevocabile, cioè non siano più suscettibili di alcuna azione o rimedio, come tipicamente avviene nei casi in cui una situazione giuridica sia 'cristallizzata' in un provvedimento giurisdizionale non più soggetto ad impugnazione ordinaria. L'unica eccezione è rappresentata dalle sanzioni penali. Qui l'incidenza retroattiva delle decisioni d'incostituzionalità tocca il suo apice: il citato art. 30, quarto comma, l. n. 87/1953 prevede che, quando si sia pronunciata sentenza di condanna in applicazione di leggi poi dichiarate incostituzionali, tale pronuncia, ancorché passata in giudicato, cessa di avere esecuzione e di produrre qualsiasi effetto penale (artt. 2, comma 2, c.p. e 673 c.p.p.).

Ora, nel presente giudizio di opposizione il giudice è chiamato ad esprimersi sulla riscossione di sanzioni amministrative calcolate sulla base di disposizioni che sono state dichiarate incostituzionali quando il rapporto obbligatorio era ormai esaurito per il passaggio in giudicato della relativa sentenza di condanna. A prima vista non si rientrerebbe, dunque, nell'ambito applicativo dell'eccezione prevista dal citato quarto comma dell'art. 30, l. n. 87/1953.

Secondo passaggio: ad avviso del giudice di merito, le sanzioni di cui all'art. 18-*bis*, quarto comma, benché espressamente qualificate come amministrative, avrebbero tuttavia natura "sostanzialmente penale", secondo la nozione di "pena" elaborata dalla Corte EDU, impegnata, ormai da decenni, a delimitare l'ambito applicativo della "materia penale" ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali di cui agli artt. 6 (*Diritto a un equo processo*) e 7 (*Nulla poena sine lege*) della Convenzione. In particolare, applicando i c.d. criteri *Engel*⁷, la natura "penale" della sanzione in questione deriverebbe dal suo elevato ammontare e dalla conseguente afflittività della misura, nonché dalla finalità che essa persegue, non meramente risarcitoria, ma preventiva e repressiva del fenomeno dello sfruttamento del lavoro⁸.

Terzo passaggio: il riconoscimento alla sanzione in esame della natura "sostanzialmente penale" implica l'applicabilità alla stessa del canone di legalità di cui all'art. 7 CEDU, principio che impone che i reati e le pene siano sempre previsti dalla legge. Nel caso di specie, tale principio risulterebbe violato in quanto la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 18-*bis*, quarto comma, avrebbe privato la sanzione irrogata della necessaria base legale (*legal basis*)⁹.

Quarto (e ultimo passaggio): il venir meno del fondamento normativo delle sanzioni inflitte implica che siano rimossi gli effetti della disposizione invalidata, in coerenza con l'ormai consolidato insegnamento della giurisprudenza di legittimità, che impone, in presenza di un trattamento sanzionatorio privo di fonte legale (in quanto dichiarata costituzionalmente illegittima), la rimozione del giudicato ai sensi dell'art. 30, quarto comma, l. n. 87/1953¹⁰. Ma il fatto che tale disposizione faccia esclusivo riferimento alle sanzioni (formalmente) penali costituisce limite invalicabile al (doveroso) adeguamento al quadro normativo convenzionale, in quanto impedisce al giudice di far cessare l'esecuzione di una sanzione convenzionalmente illegittima. Con ciò ostacolando l'estensione ad una sanzione "sostanzialmente penale" delle garanzie previste dall'ordinamento per le sanzioni qualificate come penali dal diritto nazionale.

Da ciò discenderebbe, secondo il giudice remittente, la non manifesta infondatezza della questione di legittimità costituzionale del quarto comma dell'art. 30, l. n. 87/1953 – nella parte in cui non trova applicazione anche alle sanzioni qualificabili come "penali" ai sensi della Convenzione – in riferimento: agli artt. 6 e 7 CEDU, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., che impone allo Stato l'osservanza degli obblighi internazionali; all'art. 25, secondo comma, Cost., di cui la disposizione

⁷ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 8 giugno 1976, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, nonché, *inter alia*, Corte eur. dir. uomo, 21 febbraio 1984, *Ozturk c. Germania*.

⁸ Sotto il profilo della gravosità delle conseguenze della sanzione, il giudice remittente rileva che "la sanzione astrattamente irrogabile può raggiungere un rilevante importo, in conseguenza della moltiplicazione dell'importo, compreso nella forbice edittale di 105 - 630 euro, in ragione del numero di giornate di violazione. E difatti, nella fattispecie oggetto di causa, la sanzione ammonta alla ragguardevole cifra di euro 176.610,00".

⁹ A supporto di tale argomentazione, il giudice *a quo* cita le seguenti sentenze: Corte eur. dir. uomo, 22 marzo 2001, *Streletz c. Germania*; Corte eur. dir. uomo, 22 marzo 2001, *K.-H.W. contro Germania*; Corte eur. dir. uomo, 3 maggio 2007, *Custers, Deveaux e Turk. c. Danimarca*.

¹⁰ Cass. pen., Sez. Un., 7 maggio 2014, n. 1882129; Cass. pen., Sez. Un. 14 ottobre 2014, n. 42858.

censurata costituisce attuazione; all'art. 3 Cost., in assenza di una effettiva e ragionevole giustificazione alla disparità di trattamento tra situazioni sostanzialmente identiche che la norma impugnata determinerebbe.

A detta del giudice *a quo*, soltanto l'accoglimento di tali censure consentirebbe all'opponente di vedere soddisfatta la richiesta azionata in sede esecutiva, vale a dire la rimozione del trattamento sanzionatorio irrogato sulla base dell'art. 18-bis, quarto comma, e l'applicazione della disciplina previgente, più favorevole di quella inflitta sulla scorta della disposizione caducata dalla Corte costituzionale¹¹.

Da qui la rilevanza della questione sollevata nel giudizio in corso.

4. La decisione della Corte costituzionale.

Come anticipato, il giudice delle leggi reputa infondata la questione di legittimità costituzionale con riguardo a tutti e tre i parametri evocati dal rimettente.

Sotto il profilo del potenziale contrasto con l'art. 117, primo comma, Cost., il ragionamento della Corte si muove da due punti vista, uno attento all'ordinamento interno e l'altro proiettato sul sistema sovranazionale.

Dal punto di vista interno, la sentenza in commento prende le mosse dalla recente tendenza interpretativa ad ampliare lo spazio operativo della deroga all'intangibilità del giudicato prevista dall'art. 30, quarto comma, della legge n. 87 del 1953. In particolare, evidenzia la Corte, se è vero che la giurisprudenza di legittimità tende ormai a riconoscere che la disposizione citata disciplina le ipotesi di dichiarazione di illegittimità costituzionale tanto delle norme incriminatrici in senso stretto quanto delle norme penali che incidono sul trattamento sanzionatorio¹², è altresì vero che la Corte costituzionale non ha mai preso posizione, sinora, sulla possibilità di ampliare ulteriormente lo spazio operativo della regola della illimitata retroattività delle sentenze di incostituzionalità in materia penale, estendendone l'applicazione alle norme che prevedono sanzioni amministrative considerate "penali" secondo i criteri elaborati dalla Corte di Strasburgo¹³.

¹¹ Il riferimento è all'art. 9 del Regio decreto legge n. 692 del 1923, convertito nella legge n. 473 del 1925, che prevedeva una sanzione amministrativa da lire cinquantamila a lire trecentomila (ossia da 25 a 155 euro), con incremento qualora la violazione si riferisse a più di cinque lavoratori ovvero si fosse verificata nel corso dell'anno solare per più di cinquanta giorni.

¹² Questa interpretazione ampliativa è stata giustificata alla luce della *ratio* sottesa al quarto comma dell'art. 30 legge n. 87/1953, vale a dire sulla scorta dell'esigenza di garantire la conformità della pena alla legge dal momento della sua irrogazione fino al termine della sua esecuzione, in considerazione della gravità con cui le sanzioni penali incidono sulla libertà o su altri interessi fondamentali della persona. Una conclusione esegetica, questa, sostanzialmente avallata anche dalla giurisprudenza costituzionale, che, in più occasioni, ha riscontrato, nell'ordinamento, la presenza di ipotesi di flessibilità del principio di intangibilità del giudicato, necessarie ad assicurare la tutela di valori di rango costituzionale, legati in particolare ai diritti fondamentali della persona del condannato (Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210; Corte cost., 23 marzo 2016, n. 57). In argomento, *ex multis*, G. ROMEO, [Le Sezioni unite sui poteri del giudice di fronte all'esecuzione di pena "incostituzionale"](#), in *questa Rivista*, 17 ottobre 2014.

¹³ Sul punto, si v. Corte cost., 12 maggio 2016, n. 102.



4/2017

Dal punto di vista sovranazionale, invece, la pronuncia in esame parte dallo stesso presupposto interpretativo da cui il giudice *a quo* ha avviato il proprio ragionamento: la natura “sostanzialmente penale” della sanzione amministrativa *sub iudice*. La Corte, infatti, non mette in discussione la qualificazione in tal senso operata dal rimettente, ma si limita a ribadire la regola fondamentale che, in questi casi, deve guidare l’interprete: l’attrazione di una sanzione nell’ambito della “materia penale”, in virtù dei canoni ermeneutici delineati dalla Corte EDU, comporta l’applicazione di tutte – e *soltanto* – le garanzie previste dalle pertinenti disposizioni della Convenzione. Rimane, invece, nel margine di apprezzamento di cui gode ciascuno Stato aderente la definizione dell’ambito applicativo delle ulteriori tutele predisposte dal diritto domestico, in sé e per sé valevoli per i soli precetti e per le sole sanzioni che l’ordinamento interno considera espressione della potestà punitiva dello Stato, secondo i propri criteri.

Da qui l’esigenza di rispondere a questo interrogativo: effettivamente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo è reperibile un principio diretto ad impedire l’esecuzione di una sanzione sostanzialmente penale, anche se inflitta con sentenza irrevocabile, qualora la norma che la prevedeva sia stata dichiarata costituzionalmente illegittima o comunque invalidata con effetto retroattivo? Una regola, insomma, analoga a quella prevista, nell’ordinamento interno, dall’art. 30, quarto comma, legge n. 87/1953 per le sole sanzioni penali?

E la risposta della Corte a tale domanda è negativa. Infatti, secondo il giudice delle leggi, non è possibile rinvenire, nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, una regola che imponga, in caso di sopravvenuta caducazione della base legislativa di una misura afflittiva, la rimozione del giudicato di condanna. Regola desunta dal giudice *a quo* dal seguente sillogismo: il principio di legalità penale *ex art. 7 CEDU* non tollera sanzioni prive di fondamento normativo (premessa maggiore), la declaratoria di incostituzionalità della norma sanzionatrice comporta il venir meno, *ex tunc*, della base legale della sanzione inflitta (premessa minore), la sanzione è illegittima ai sensi dell’art. 7 CEDU e, pertanto, si pone la necessità di rimuoverla (conclusione). Ma, ad avviso della Consulta, tale operazione sillogistica non ha alcun fondamento nel panorama giurisprudenziale sovranazionale: nella prassi pretoria della Corte EDU non vi è alcuna affermazione che esplicitamente o implicitamente possa avvalorare l’interpretazione dell’art. 7 CEDU proposta dal rimettente. E ciò in base a tre rilievi. Innanzitutto, il concetto di base legale convenzionale è stato inteso perlopiù in riferimento ai requisiti di accessibilità e prevedibilità che devono connotare il diritto penale, senza mai prendere in considerazione sanzioni inflitte sulla base di norme costituzionalmente illegittime¹⁴. Inoltre, la giurisprudenza europea sulla distinzione tra norme sulla pena, riconducibili al principio di cui all’art. 7 CEDU, e norme sull’esecuzione e sull’applicazione della pena, che ne fuoriescono, non si è mai occupata dei limiti all’efficacia del giudicato nei termini

¹⁴ Corte eur. dir. uomo, 21 ottobre 2013, Del Rio Prada c. Spagna; Corte eur. dir. uomo, 14 aprile 2015, Contrada c. Italia.

della ricostruzione proposta dal giudice *a quo*¹⁵. Infine, è la stessa Corte EDU a far salvo il valore del giudicato, pur a fronte del riconoscimento del principio della retroattività della legge penale meno severa¹⁶.

Pertanto, secondo la Consulta, allo stato, l'esegesi dell'art. 7 CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, non esige che gli Stati aderenti sacrificino il principio dell'intangibilità del giudicato nel caso di sanzioni amministrative inflitte sulla base di norme successivamente dichiarate costituzionalmente illegittime.

Da ciò consegue la non fondatezza della denunciata violazione degli obblighi internazionali, di cui all'art. 117, primo comma, Cost.

Per analoghe ragioni la Corte esclude che i dubbi di incostituzionalità siano fondati anche in riferimento agli artt. 25, secondo comma, e 3 Cost.

La premessa è sempre la stessa: nell'attuale assetto delle fonti, l'ordinamento nazionale e quello convenzionale coesistono e ciascuno può prevedere, nell'ambito della propria autonomia, delle garanzie a tutela dei diritti in essi riconosciuti e protetti. Con la conseguenza che l'ordinamento interno non può intaccare le garanzie previste dal diritto convenzionale, ma può apprestarne di ulteriori rispetto a quelle della CEDU, riservandole alle sole sanzioni penali, così come qualificate dalla legislazione nazionale.

Da questa premessa discenderebbe l'erroneità del presupposto interpretativo sui cui si basa la questione di costituzionalità sottoposta alla Corte: ossia che le garanzie previste dal diritto interno per la pena debbano valere anche le sanzioni amministrative, qualificabili come "sostanzialmente penali" ai soli fini (e agli effetti) dell'ordinamento convenzionale.

Infatti, una volta rilevata l'essenziale diversità e separazione tra i due ordinamenti, il giudice delle leggi ha gioco facile nel rilevare che, nel nostro sistema giuridico, vige il principio dell'autonomia dell'illecito amministrativo dal diritto penale¹⁷ e, quindi, appare del tutto legittima la mancata estensione alle sanzioni amministrative di taluni principi operanti nel diritto penale, spettando in ogni caso al legislatore le scelte in ordine alla qualificazione delle violazioni e alla conseguente sfera delle garanzie¹⁸.

Dalla ontologica differenza tra sanzione penale e sanzione amministrativa deriva l'infondatezza della censura *ex art. 3 Cost.*: l'incomparabilità delle situazioni a confronto evidenzia l'assenza di qualsivoglia disparità di trattamento tra misure afflittive che, nel nostro ordinamento, rispondono a logiche e principi – anche procedurali – del tutto differenti¹⁹. Ma discende anche l'infondatezza della questione sollevata in riferimento

¹⁵ Corte eur. dir. uomo, 10 luglio 2003, Grava c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 3 marzo 1986, Hogben c. Regno unito.

¹⁶ Corte eur. dir. uomo, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 12 luglio 2016, Ruban c. Ucraina.

¹⁷ Così, di recente, Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49.

¹⁸ In argomento, da ultimo, Corte cost., 20 luglio 2016, n. 193.

¹⁹ Al riguardo, la sentenza in commento evidenzia che, mentre garante della legalità della pena inflitta all'esito del processo di cognizione è il giudice dell'esecuzione, la comminatoria delle sanzioni amministrative e la relativa fase esecutiva rispondono a regole affatto differenti: basti pensare che qui il giudice preposto è investito della cognizione del solo titolo esecutivo.

all'art. 25, secondo comma, Cost.: infatti, se è vero che la giurisprudenza costituzionale ha, in passato, riferito il predetto parametro costituzionale anche a misure afflittive diverse dalle pene in senso stretto²⁰, è anche vero che questa esegesi è sempre stata limitata al "contenuto essenziale del richiamato precetto costituzionale, in virtù del quale una misura «è applicabile soltanto se la legge che la prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato» [...], e in riferimento a misure amministrative incidenti su libertà fondamentali che coinvolgono anche i diritti politici del cittadino"²¹. Senza mai predicare, come invece richiesto dal giudice *a quo*, l'estensione alle sanzioni amministrative di *tutte* le garanzie riservate dal legislatore nazionale al nucleo più incisivo del diritto sanzionatorio, rappresentato dal diritto penale, come quelle previste dall'art. 30, quarto comma, della legge n. 87/1953.

5. L'art. 7 CEDU e la 'terza via' dell'interpretazione convenzionalmente conforme.

La vicenda in commento suscita, sin da subito, due interrogativi, strettamente intrecciati.

Il primo: è vero che, come affermato dalla Consulta, l'art. 7 CEDU non imporrebbe, in caso di sopravvenuta caducazione della base legislativa di una misura afflittiva, l'eliminazione della "pena" (o una rimodulazione del suo *quantum* sanzionatorio) che su tale fondamento normativo si poggiava?

Il secondo: se invece il principio di legalità convenzionale esigesse la rimozione del giudicato privo di base legale, non sarebbe possibile fornire un'interpretazione convenzionalmente orientata dello strumento predisposto dal nostro ordinamento per ottenere tale risultato, vale a dire dell'art. 30, quarto comma, della legge n. 87/1953?

5.1. Il principio di legalità convenzionale e l'esecuzione di una "pena" sprovvista di legal basis.

Come anticipato, al primo interrogativo la Corte costituzionale dà una risposta *tranchante*, escludendo che il venir meno, *ex tunc*, della base legale della sanzione comminata ne determini l'illegittimità ai sensi dell'art. 7 CEDU. O meglio, negando che una simile affermazione sia mai stata formulata dalla Corte EDU, cioè dal giudice istituzionalmente preposto all'interpretazione del diritto convenzionale. Al riguardo, la Corte rileva infatti come la giurisprudenza della Corte EDU, nel perimetrare il concetto di base legale, ne abbia valorizzato soprattutto gli aspetti 'qualitativi', occupandosi in particolare dei problemi della "accessibilità" e della "prevedibilità" del precetto sanzionatorio.

Questo rilievo è senz'altro vero, ma, a nostro modesto avviso, conduce il giudice delle leggi ad una conclusione non persuasiva.

²⁰ Corte cost., 4 giugno 2010, n. 190; Corte cost., 18 aprile 2014, n. 104.

²¹ Corte cost., 16 dicembre 2016, n. 276.

Infatti, pur nell'economia di questa nota 'a prima lettura' – che non consente di approfondire il complesso tema – ci permettiamo di osservare che l'art. 7 § 1 CEDU è stato da sempre interpretato dalla giurisprudenza e dalla dottrina nel senso che esso delinea, nell'ambito del sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo, i due fondamentali principi penalistici *nullum crimen sine lege* e *nulla poena sine lege*²²: per non essere arbitrarie sia l'infrazione che la sanzione devono essere previste per legge, o meglio, "dal diritto", per tale intendendosi il complesso di *tutte* le fonti di produzione normativa di un determinato ordinamento giuridico²³. Requisito, questo, richiesto dalla Convenzione analogamente a quanto avviene nella Costituzione e negli altri strumenti internazionali in materia di diritti umani²⁴.

In quest'ottica, il principio di legalità convenzionale si specifica nell'esigenza che l'*an*, il *quomodo* e il *quantum* della punizione trovino il proprio fondamento in una norma, nazionale oppure internazionale, già in vigore al momento del fatto²⁵, per tale dovendosi intendere, con tutta evidenza, un provvedimento legittimo sulla base del diritto interno²⁶.

Quindi, se è pur vero che nell'interpretazione dell'art. 7 – punto di sintesi tra la concezione di legalità propria degli ordinamenti di *civil law* e quella che caratterizza invece i sistemi di *common law* – la giurisprudenza della Corte EDU ha posto l'accento

²² In dottrina, cfr. G. DE AMICIS, *Il principio di legalità penale nella giurisprudenza delle Corti europee*, in *I quaderni europei*, n. 14/2009, p. 4; A. BERNARDI, sub art. 7, in S. Bartole - B. Conforti - G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, 2001, pp. 297 ss.; F. VIGANÒ, *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2007, pp. 42 s. In giurisprudenza, cfr. Corte eur. dir. uomo, Kokkinakis c. Grecia, 25 maggio 1993; Corte eur. dir. uomo, 29 marzo 2006, Achour c. Francia.

²³ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 74 ss.

²⁴ V. ZAGREBELSKY - R. CHENAL - L. TOMASI, *Manuale dei diritti fondamentali in Europa*, Bologna, 2016, p. 233. Il testo della disposizione normativa convenzionale è ripreso, in termini simili, dal primo comma dell'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza): "[n]essuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare quest'ultima".

²⁵ Cfr., *ex multis*, V. MANES, sub Art. 7/1, in S. Bartole - V. Zagrebelsky - P. De Sena - S. Allegrezza (a cura di), *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2012, pp. 258 ss.; G. ABBADESSA, [Rassegna ragionata delle pronunce in tema di art. 7 Cedu \(nessuna pena senza legge\)](#), in *questa Rivista*, 18 luglio 2011, pp. 3 ss.; A. COLELLA, [La giurisprudenza di Strasburgo 2011: il principio di legalità in materia penale \(art. 7 Cedu\)](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 3-4/2012, pp. 250 ss.

²⁶ Come evidenziato in dottrina, sul piano delle fonti di produzione normativa, l'unica condizione di "legittimità" pretesa dalla Corte EDU è che la norma sanzionatoria abbia una "sufficiente base legale nel diritto nazionale", stigmatizzabile in sede europea quando ricorra una "flagrante inosservanza o arbitrarietà nell'applicazione delle disposizioni normative (cfr. Corte eur. dir. uomo, 3 maggio 2007, Custers, Deveaux e Turk. c. Danimarca, cit.). In questa prospettiva, la legalità europea non tollererebbe sanzioni fondate su norme chiaramente illegittime o illegittimamente applicate al caso concreto. Per tali rilievi, si v. M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, in C.E. Paliero - F. Viganò, *Europa e diritto penale*, Milano, 2013, p. 222.

sui contenuti “basici” e “astorici” dell’accessibilità e della prevedibilità del comando legale²⁷, è anche indubitabile che la sussistenza di una sufficiente base giuridica costituisca il presupposto ineludibile per il valido esercizio della potestà punitiva dello Stato²⁸. Infatti, se la consolidata prassi pretoria della Corte europea considera privo di *legal basis* il precetto sanzionatorio carente del requisito dell’accessibilità del fondamento normativo²⁹, *a fortiori*, tale conclusione deve valere nell’ipotesi in cui tale base giuridica sia illegittima o venga poi a mancare del tutto, come avviene nel caso di specie.

Anzi, a differenza di quanto sostenuto nella sentenza in commento, la necessità di una base giuridica (legittima e formalmente vigente al momento dell’esecuzione della sanzione che su di essa si fonda) si configura, a ben guardare, come una delle basilari estrinsecazioni del principio del *nullum crimen sine lege*, contribuendo a definire la piattaforma garantistica comune a tutte le sanzioni giuridiche connotate da conseguenze afflittive³⁰.

Ne deriva che, pur in assenza di un’espressa presa di posizione della Corte EDU in una vicenda analoga a quella sottoposta al giudice *a quo*, è direttamente dalla norma convenzionale che potrebbe discendere l’illegittimità di una “pena” che sia priva di fondamento normativo, ancorché tale base legale sia venuta meno soltanto dopo la sua irrogazione. E ciò perlomeno nelle ipotesi in cui il quadro sanzionatorio non sia mutato a causa del fisiologico avvicendamento di leggi penali nel tempo, bensì in ragione di un evento patologico, quale è – indubitabilmente – l’espunzione dall’ordinamento di una disposizione dichiarata radicalmente contrastante con la fonte primaria del diritto nazionale e, come tale, destinata ad essere eliminata dal ‘mondo del diritto’ fin dalla sua emanazione³¹.

Del resto, se l’esegesi dell’art. 7 tende a ricomprendere tutte le dimensioni temporali del principio di legalità, legate all’ordinario mutamento del fondamento normativo di una sanzione³², non si vede per quale ragione tale disposizione convenzionale non dovrebbe disciplinare anche l’ipotesi in cui ad intaccare la base legale di una sanzione sia un fenomeno diverso da quello successorio, rappresentato dalla ben più grave invalidazione, con effetto retroattivo, della fonte legislativa della misura

²⁷ Così, V. MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i “nuovi” vincoli per l’ordinamento e (per il giudice) penale interno*, in V. Manes - V. Zagrebelsky (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo nell’ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, 35.

²⁸ Per una chiara affermazione circa la necessità che la condanna penale sia supportata da una base legale, cfr. Corte eur. dir. uomo, 19 settembre 2008, Korbely c. Ungheria.

²⁹ In argomento, si v. F. MAZZACUVA, [La Corte europea sul principio di legalità della pena](#), in *questa Rivista*, 19 febbraio 2013.

³⁰ Come insegna, del resto, l’evoluzione della giurisprudenza nazionale in materia di c.d. pena illegale. In argomento, per tutti, N. CANZIAN, *Quando è incostituzionale la pena. Illegittimità di norme penali sostanziali non incriminatrici e tutela della libertà personale*, in *Giur. cost.*, 2015, pp. 1121 ss.

³¹ Sulla differenza tra gli effetti propri delle sentenze dichiarative dell’illegittimità costituzionale di una norma e quelli tipici dell’abrogazione di essa, cfr. la già citata sentenza delle Sezioni Unite n. n. 42858/2014.

³² È noto che, a partire dalla citata sentenza *Scoppola*, la Corte europea ha ritenuto che, accanto al divieto di retroattività delle norme incriminatrici e della sanzione più sfavorevole, la sfera delle garanzie coperte dall’art. 7 CEDU comprendesse anche, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa.

afflittiva. Con l'effetto non già – e semplicemente – di modificare il quadro sanzionatorio su cui la condanna si fonda, ma, più incisivamente, di privare di un supporto normativo il trattamento punitivo irrogato nel caso di specie. Un fenomeno, questo, logicamente e giuridicamente assimilabile all'inesistenza originaria della norma sanzionatrice³³.

Infatti, alla luce del disposto di cui all'art. 7 CEDU a rilevare è, in ogni caso, l'insussistenza di una sufficiente base legale nel diritto sanzionatorio nazionale, sia essa di fonte legislativa o di derivazione giurisprudenziale³⁴. Come comprovato dalla c.d. clausola di eccezione stabilita dal § 2 dell'art. 7 CEDU, che, per un verso, circostringe la portata di eventuali deroghe al canone di legalità /irretroattività delle norme penali incriminatrici o aggravatrici del trattamento sanzionatorio e, per l'altro verso, ne ancora comunque l'operatività all'esistenza di un fondamento giuridico, qui rappresentato dai principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili³⁵.

Una conclusione, questa, che, a nostro giudizio, prescinde dall'esistenza di precedenti giudiziari che confermino tale esegesi del dettato convenzionale³⁶.

E che l'assenza di precedenti vincolanti non sia dirimente è confermato, d'altronde, anche da quanto da ultimo affermato dalla stessa Corte costituzionale. Infatti, in una recente occasione, la Consulta, pur ribadendo la "funzione interpretativa eminente" della Corte di Strasburgo, ha espressamente riconosciuto in capo al giudice nazionale una funzione interpretativa anche con riguardo alle norme della Convenzione, chiarendo che "[i]l giudice nazionale non può spogliarsi della funzione che gli è assegnata dall'art. 101, 2° comma, Cost. con il quale si "esprime l'esigenza che il giudice non riceva se non dalla legge l'indicazione delle regole da applicare nel giudizio, e che nessun'altra autorità possa quindi dare al giudice ordini o suggerimenti circa il modo di giudicare in concreto" [...], e ciò vale anche per le norme della CEDU, che hanno ricevuto ingresso nell'ordinamento giuridico interno grazie a una legge ordinaria di

³³ In questo caso, la mancata applicazione della norma illegittima vigente al momento del fatto non costituirebbe una violazione delle istanze liberali sottese al principio di legalità, e ciò in quanto, come rilevato dal giudice *a quo*, all'agente sarebbe applicabile una norma sicuramente più *favorevole* rispetto alla fattispecie sanzionatoria astrattamente prevedibile al momento della commissione della violazione. Diversa è l'ipotesi in cui l'illegittimità riguardi una norma sanzionatoria "favorevole" al reo: in questo caso, infatti, la mancata applicazione della norma illegittima può porsi in tensione con la *ratio* sostanziale della legalità, funzionale alla garanzia delle libere scelte di azione in materia penale e, quindi, alla tutela dell'individuo rispetto all'applicazione retroattiva delle norme penali *sfavorevoli*. Sul punto, cfr. M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, cit., pp. 223 ss.

³⁴ A ciò si aggiunga che il principio di legalità della pena è espressamente sancito dall'art. 7 CEDU accanto a quello del *nullum crimen* (a differenza di quanto avviene, ad esempio, nell'art. 25 Cost.).

³⁵ C. eur. dir. uomo, Grande Camera, 18 luglio 2013, Maktouf e Damjanovic c. Bosnia Erzegovina. In argomento, cfr. F. MAZZACUVA, [La Corte europea torna sul principio di legalità della pena e chiarisce la portata della c.d. formula di Radbruch](#), in *questa Rivista*, 17 settembre 2013.

³⁶ Nella sentenza in commento, la Corte costituzionale esclude la pertinenza dei precedenti giurisprudenziali richiamati dal giudice *a quo*, in quanto essi si riferirebbero a vicende sostanzialmente differenti rispetto a quella in esame, non attenendo a norme sanzionatorie né a sanzioni inflitte sulla base di norme costituzionalmente illegittime. Per una disamina del problema della illegittimità di una norma penale per carenza di *legal basis* alla luce delle sentenze della Corte EDU nei casi *Streletz e K.- H. W.*, citate dal giudice remittente, si v. però M. SCOLETTA, *La legalità penale nel sistema europeo dei diritti fondamentali*, p. 224.

adattamento”³⁷. Una conclusione, questa, che, argomentando *a contrario* rispetto alla soluzione adottata dalla Consulta in quell’occasione, risulta ancor più valida nelle ipotesi in cui sia possibile assegnare alla norma convenzionale “un significato [...] immediatamente desumibile da tale disposizione”. D’altronde, è la stessa sentenza in commento a valorizzare il ruolo ermeneutico del giudice nazionale, laddove, non mettendo in discussione la qualificazione delle sanzioni operata dal rimettente, mostra di riconoscere il compito del giudice quale interprete del diritto convenzionale, e ciò benché, come sottolineato dalla stessa Consulta, “manchi, allo stato, una pronuncia della Corte europea che, con specifico riferimento alle suddette sanzioni, si sia espressa in tal senso”. Un ruolo interpretativo che, come sottolineato da attenta dottrina, deve sempre esplicitarsi nella consapevolezza che anche i giudici nazionali sono destinatari degli obblighi derivanti dalla Convenzione e che “la loro funzione interpretativa deve tendere a realizzare i diritti e a prevenirne la violazione”³⁸, senza cioè dover attendere che l’infrazione del diritto convenzionale venga dapprima stigmatizzata dalla Corte europea.

Seguendo questo ragionamento, l’esecuzione di una sanzione “sostanzialmente penale” in difetto di una previsione legislativa (a seguito di una declaratoria di incostituzionalità) si porrebbe inevitabilmente in contrasto con il principio *nulla poena sine lege* di cui all’art. 7 CEDU. Disposizione, questa, che il giudice italiano è chiamato ad applicare, ma che si scontra con l’esistenza di un giudicato di condanna che dispone l’esecuzione di una sanzione (ormai) priva di fondamento legale e che, per tale via, continua a perpetuare la violazione del diritto convenzionale³⁹. L’unico rimedio è costituito, dunque, dalla rimozione della sanzione in quanto “pena” convenzionalmente illegittima. Rimozione che confligge, però, con la regola nazionale che riconosce la cedevolezza del giudicato di condanna nel solo caso previsto dall’art. 30, quarto comma, l. n. 83/1957. Ponendo così l’esigenza di estendere la portata di tale previsione anche nelle ipotesi in cui si renda necessaria l’eliminazione della condanna irrevocabile ad una sanzione amministrativa “sostanzialmente penale”. Al pari di quanto ormai riconosciuto dalla Corte di Cassazione in tutti i casi di sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della norma che incida sul trattamento sanzionatorio irrogato nei confronti del condannato ad una sanzione (formalmente) penale. Opinare altrimenti, cioè riconoscere l’illegittimità convenzionale della “pena”, ma escludere che ad essa possa darsi rimedio introdurrebbe, difatti, un intollerabile disparità di trattamento, resa ancor più insopportabile dal fatto che ad essere in gioco sono i diritti fondamentali della persona (come, nel nostro caso, quello consacrato dall’art. 7 CEDU), il cui rispetto dovrebbe essere uniformemente garantito.

³⁷ Corte cost. n. 49/2015, cit. Sul punto, cfr. F. VIGANÒ, [La Consulta e la tela di Penelope](#), in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, n. 2/2015, p. 337.

³⁸ S. SONELLI, *Convenzione europea dei diritti dell’uomo e giudici nazionali nella giurisprudenza. «Trial and error» della Corte costituzionale*, in *Riv. dir. int.*, 2015, pp. 1155 ss.

³⁹ In argomento, per tutti, G. RICCARDI, [Giudicato penale e ‘incostituzionalità’ della pena](#), in *questa Rivista*, 26 gennaio 2015.



4/2017

5.2. L'interpretazione convenzionalmente conforme e le 'aperture' dell'Avvocatura generale dello Stato.

Una volta constatata la potenziale illegittimità convenzionale di una sanzione "sostanzialmente penale" priva di una sufficiente base legale, si pone il problema di verificare se lo strumento predisposto dal legislatore interno per la rimozione del giudicato in caso di declaratoria di incostituzionalità di una norma sanzionatrice possa essere interpretato in conformità alle previsioni della Convenzione, nel senso cioè di consentire l'ablazione anche di una sentenza definitiva di condanna ad una sanzione "formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale".

Si tratta, per vero, di una strada interpretativa percorsa dal giudice *a quo*, sebbene con esito negativo. Infatti, il rimettente ha escluso di poter pervenire ad un'interpretazione adeguatrice del dato normativo alla luce dei classici canoni ermeneutici di cui all'art. 12 disp. prel. c.c. e, in particolare, sulla scorta del tenore letterale dell'art. 30 della legge n. 83/1957 (che discorre espressamente di "sentenza irrevocabile di condanna" e di "effetti penali") e in virtù dell'intenzione legislativa di circoscrivere alle sole sanzioni qualificate come penali nell'ordinamento interno l'ambito operativo di una norma, quella in discussione, entrata in vigore prima della ratifica della Convenzione e, quindi, prima dell'evoluzione giurisprudenziale in tema di misure afflittive "sostanzialmente penali".

Conclusioni, questa, che, seppur ben argomentata dal giudice *a quo*, non appare come un esito interpretativo scontato. Come dimostrano, del resto, le 'aperture' ad una esegesi convenzionalmente orientata avanzate dalla Avvocatura generale dello Stato nel giudizio di costituzionalità in esame. Infatti, nel motivare un'eccezione di inammissibilità, per difetto di rilevanza, della questione di legittimità costituzionale sollevata dal giudice *a quo*, la difesa statale ha sostenuto che il rimettente ben avrebbe potuto interpretare la disposizione impugnata in conformità alla CEDU, estendendo la deroga all'intangibilità del giudicato anche ai casi in cui siano state dichiarate costituzionalmente illegittime norme che prevedono sanzioni amministrative qualificabili come "penali" ai sensi del diritto convenzionale. Un'interpretazione, quest'ultima, che, secondo la difesa erariale, costituirebbe il naturale approdo di quel processo di erosione dell'intangibilità del giudicato che ha portato la Corte di legittimità ad ampliare il novero delle ipotesi di flessibilità della *res iudicata*, riconoscendone la recessività dinanzi alle esigenze di tutela dei diritti fondamentali della persona. Ad avviso dell'Avvocatura generale dello Stato, il prossimo passo di tale sviluppo interpretativo sarebbe proprio il riconoscimento della possibilità di rimuovere il giudicato di condanna anche nei casi di declaratoria di incostituzionalità delle norme che prevedono sanzioni "sostanzialmente penali". Come riconosciuto, del resto, dalla Corte di Cassazione che, sia pure incidentalmente, si sarebbe espressa in senso

favorevole all'applicabilità dell'art. 30, quarto comma, l. n. 87/1953 a tipologie sanzionatorie come quella di specie⁴⁰.

Tuttavia, tali argomentazioni sono state respinte dal giudice delle leggi. Infatti, la decisione in commento ha escluso che la norma impugnata potesse essere interpretata in modo conforme alla disposizione internazionale, "entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle norme"⁴¹. E ciò non soltanto alla luce della lettera della legge e della *intentio legislatoris*, ma anche in virtù dell'assenza di un chiaro "diritto vivente" in ordine alla portata del quarto comma dell'art. 30, l. n. 87/1953. Infatti, come ricordato dallo stesso giudice *a quo*, la tesi dell'applicabilità della disposizione censurata alle sanzioni amministrative è stata espressamente confutata da un precedente della giurisprudenza di legittimità⁴², pur se risalente nel tempo, ed è stata prospettata, per la prima volta, con il citato arresto della Cassazione, ma al solo fine di evidenziare la rilevanza della questione di legittimità costituzionale con essa sollevata. Peraltro, si aggiunge, questa tesi è stata lasciata del tutto impregiudicata dalla Consulta, che, nel dichiarare l'inammissibilità delle censure proposta dalla Suprema Corte, ha affermato di "non [avere] motivo, a tale proposito, 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"⁴³.

Una soluzione esegetica, quella proposta prima dal giudice *a quo* e poi dalla Consulta, che appare condivisibile non soltanto alla luce degli ordinari canoni ermeneutici *ex art. 12 prel.*, ma anche in virtù di quanto disposto dall'art. 14 delle stesse preleggi. Disposizione, questa, che, nel vietare l'applicazione analogica delle leggi che "fanno eccezione a regole generali", impone un dovere di stretta interpretazione anche per l'art. 30, quarto comma, l. n. 87/1953, cioè per una norma che, prevedendo una deroga al principio dell'intangibilità del giudicato, si pone, ancora oggi, come un'eccezione insuscettibile di operare "oltre i casi e i tempi in ess[a] considerati". Con

⁴⁰ Il riferimento è a Cass. pen, Sez. V pen., 15 gennaio 2015, n. 1782. In questa ordinanza, la Suprema Corte, denunciando il potenziale conflitto tra il doppio binario punitivo in materia di abusi di mercato e il principio convenzionale del *bis in idem*, ha incidentalmente affermato 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 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".

⁴¹ Corte cost., 24 ottobre 2007, n. 349.

⁴² Cass. civ., Sez. III, n. 458/1994.

⁴³ Corte cost., n. 102/2016, cit.

ciò rendendo assai problematica la percorribilità di un'interpretazione della norma interna conforme con il predetto quadro convenzionale⁴⁴.

6. Quale tutela per il destinatario della sanzione convenzionalmente illegittima?

Resta da chiedersi come agirà il destinatario della sanzione in esame dopo che la Corte costituzionale, con la sentenza in commento, ha sostanzialmente negato la possibilità, per quest'ultimo, di ottenere dal giudice dell'opposizione la rimozione del giudicato di condanna e la rimodulazione del trattamento sanzionatorio. Probabile un ricorso davanti alla Corte di Strasburgo: in quella sede, il condannato potrebbe far valere l'illegittimità della "pena" che è costretto a subire, pur in assenza di una previsione legislativa che ne costituisca la base legale. Con quale esito?

Al riguardo, la sentenza in esame, tra le righe, parrebbe escludere che una simile doglianza, se proposta dinanzi alla Corte EDU, possa trovare accoglimento da parte del giudice convenzionale, e ciò soprattutto alla luce del valore, da quest'ultimo riposto, nel giudicato⁴⁵.

In verità, questa conclusione sembrerebbe tutt'altro che sicura. Infatti, se è vero che la Corte di Strasburgo ha valorizzato il principio dell'intangibilità del giudicato, è anche vero che lo ha fatto all'esclusivo scopo di delimitare gli effetti del canone di retroattività della *lex mitior*, cioè per regolare la portata intertemporale di vicende modificative della legge penale⁴⁶. Fenomeno, questo, che, come visto, è completamente diverso da quello riguardante l'intervento di una sentenza di incostituzionalità che produce il differente effetto di caducare, con effetto retroattivo, una norma non validamente inserita nell'ordinamento e, pertanto, considerata *tamquam non esset*. Differenza di cui ha tenuto conto lo stesso legislatore italiano consentendo la rimozione del giudicato penale di condanna, e ciò perlomeno nei casi in cui gli effetti della sentenza definitiva non siano irreversibili, come avviene nel caso in cui il *decisum* giudiziale sia ancora in corso di esecuzione. Eventualità, quest'ultima, che parrebbe ricorrere anche nel caso di specie: il destinatario della sanzione ha infatti attivato un apposito giudizio *in executivis*, contestando proprio la legittimità di un trattamento sanzionatorio non ancora compiutamente eseguito.

A questa conclusione si potrebbe obiettare che la sanzione in esame è stata in realtà comminata da un'autorità pubblica (la Direzione Provinciale del lavoro) all'esito di un procedimento che assume carattere amministrativo. E, in quest'ottica, la diversità

⁴⁴ Sul punto, cfr. A. GOLIA - F. ELIA, [Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni "sostanzialmente" penali dichiarate incostituzionali. Riflessioni a margine dell'ord. Trib. Como del 4 febbraio 2015 \(reg. ord. n. 106 del 2015, pubbl. su G.U. del 10 giugno 2015, n. 23\)](#), cit., p. 17.

⁴⁵ In argomento, Corte cost., 22 luglio 2011, n. 236.

⁴⁶ In realtà, ad un'attenta lettura della giurisprudenza della Corte EDU non pare così pacifico che essa individui il giudicato come limite alla retroattività della *lex mitior* (cfr., di recente, Corte EDU, 24 aprile 2012, Mihai Toma v. Romania). Sul punto, si v. F. VIGANÒ, [Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge più favorevole](#), in *questa Rivista*, 6 settembre 2011, pp. 15 ss.; F. MAZZACUVA, [La tensione tra principio della lex mitior e limite del giudicato: la Corte europea elude un confronto diretto con il problema](#), *ivi*, 8 febbraio 2016.



4/2017

tra il procedimento giurisdizionale di irrogazione di una pena e quello di irrogazione della sanzione amministrativa varrebbe a legittimare la disparità di regime tra le pene e le sanzioni amministrative, in caso di sopravvenuta declaratoria di incostituzionalità della loro base normativa.

Tuttavia, l'obiezione non coglie nel segno. Al riguardo, occorre infatti considerare che, nella prospettiva del diritto CEDU, non sembra avere rilevanza dirimente, ai fini dell'applicazione delle garanzie convenzionali in "materia penale", la qualifica dell'autorità preposta all'irrogazione della sanzione o la natura del relativo procedimento⁴⁷. A rilevare è, piuttosto, la presenza di quei connotati sostanziali delineati, nel corso del tempo, dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Connotati che, come condivisibilmente ritenuto dal giudice *a quo*, sembrano ravvisabili anche nella sanzione amministrativa in esame.

Per tutte queste ragioni, appare allora difficilmente giustificabile, agli occhi della Corte EDU, un sistema normativo, come quello italiano, che, in caso di caducazione della base legale di un trattamento afflittivo, consenta la rimozione del giudicato di condanna ad una pena, in attuazione del principio di legalità penale "nazionale" (art. 25, secondo comma, Cost.), e impedisca, al contrario, l'ablazione di una sanzione "sostanzialmente penale" in base alla Convenzione, in attuazione del canone di legalità convenzionale (art. 7 CEDU).

Una disparità di regime, questa, che sembrerebbe andare incontro ad una possibile condanna, a carico del nostro Paese, da parte del giudice sovranazionale.

7. Considerazioni conclusive: il rischio di "ricombinazione genetica" del diritto penale e il 'richiamo all'ordine' della Consulta.

A pochi mesi di distanza da un precedente arresto in materia, la decisione in commento torna a ribadire l'impossibilità di applicare alle sanzioni amministrative tutte le garanzie previste dal nostro ordinamento per le sanzioni penali⁴⁸. E lo fa nell'evidente tentativo di porre un argine alla tendenza interpretativa a rileggere categorie e principi propri del diritto interno sulla scorta del diritto convenzionale, dando così la stura ad una commistione tra regole elaborate a livello domestico e regole forgiate dal – diverso ed esterno – sistema giuridico sovranazionale. Una tendenza che il giudice delle leggi parrebbe stigmatizzare soprattutto nella parte in cui essa sembra tradursi nella tentazione di creare una sorta di *patchwork* tra concetti derivanti da ordinamenti differenti. Tentazione che sembra investire sempre di più l'interprete, ormai smarrito davanti al labirinto delle fonti nell'odierno sistema stratificato di tutela dei diritti umani⁴⁹.

⁴⁷ Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 2011, Menarini c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia.

⁴⁸ Corte cost., n. 193/2016, cit.

⁴⁹ Sul punto, per tutti, V. MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Roma, 2012.

Da qui l'esigenza, avvertita dalla Corte costituzionale, di un 'richiamo all'ordine', all'evidente scopo di evitare il rischio di quella che è percepita come una vera e propria "ricombinazione genetica" del diritto penale⁵⁰. Si spiega in quest'ottica l'insistito richiamo, contenuto nella sentenza in esame, alla necessità di tenere ben distinti l'ordinamento imperniato sulla CEDU (e i principi e le regole applicative ad esso riconducibili) e il sistema penale domestico, con tutte le peculiarità e le prerogative proprie di quest'ultimo e della sua tradizione giuridica⁵¹.

A ciascun ordinamento le proprie regole, insomma. Senza indebite invasioni di campo, attuate attraverso un surrettizio tentativo di assimilazione tra le garanzie interne e quelle domestiche.

In questa prospettiva, è giuridicamente errata, secondo il giudice delle leggi, la scelta interpretativa di prendere un concetto facente capo al diritto convenzionale (nel nostro caso la nozione convenzionale di "pena") ed applicarlo ad una disciplina di diritto nazionale (nel nostro caso la regola che consente la rimozione del giudicato fondato su una norma dichiarata incostituzionale alle sole sentenze definitive di condanna a sanzioni penali) per il tramite di un principio (quello di legalità convenzionale in "materia penale") che non sembrerebbe prevederlo tra i propri corollari applicativi alla luce della esegesi fornita dalla stessa Corte di Strasburgo.

Una scelta 'conservativa', questa, probabilmente motivata anche in ragione dell'esigenza di preservare alcuni cardini dogmatici del nostro assetto ordinamentale, come il principio di intangibilità del giudicato e l'esigenza di certezza del diritto che ne è alla base, che sarebbero stati seriamente messi in discussione dall'accoglimento della richiesta, avanzata dal rimettente, di legittimare il singolo giudice comune a rimuovere una sentenza di condanna ormai definitiva anche in relazione alle sanzioni formalmente amministrative ma "sostanzialmente penali"⁵². E ciò soprattutto dinanzi al rischio che differenti giudici comuni, dando letture contrastanti del dato normativo, applichino in modo diverso l'art. 30, quarto comma, l. 87/1953 a diverse sanzioni amministrative "sostanzialmente penali", o anche alla stessa sanzione amministrativa. Uno scenario, quest'ultimo, che risulta tanto più probabile proprio alla luce dei frequenti contrasti interpretativi giurisprudenziali 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 CEDU⁵³.

⁵⁰ V. VALENTINI, [La ricombinazione genica della legalità penale: bio-technological strengthening o manipolazione autodistruttiva?](#), in questa Rivista, 20 giugno 2016.

⁵¹ In argomento, cfr. V. MANES, *I principi penalistici nel network multilivello: trapianto palingenesi, cross-fertilization*, in *Riv. dir. pen. proc.*, 2012, pp. 839 ss.

⁵² A. GOLIA - F. ELIA, [Il necessario salto nel vuoto: la rimozione del giudicato per le sanzioni "sostanzialmente" penali dichiarate incostituzionali. Riflessioni a margine dell'ord. Trib. Como del 4 febbraio 2015 \(reg. ord. n. 106 del 2015, pubbl. su G.U. del 10 giugno 2015, n. 23\)](#), cit., pp. 20 ss.

⁵³ Esemplificativamente, cfr. F. VIGANÒ, [Il dialogo difficile: ancora fraintendimenti della Cassazione civile sulla giurisprudenza della Corte EDU in materia di sanzioni CONSOB e retroattività in mitius](#), in questa Rivista, 7 marzo 2016. Sulle difficoltà a cui l'interprete può andare incontro nel tentativo di 'snidare' il carattere "sostanzialmente penale" di una sanzione formalmente amministrativa, si v., di recente, F. URBANI, [La natura](#)

Vi è da chiedersi, tuttavia, se questa ‘chiusura’ sia la strada giusta da percorrere. Dubbio che sorge soprattutto quando a venire in rilievo sono i diritti fondamentali della persona, come, nella specie, il diritto del singolo a non subire le gravose conseguenze di una misura afflittiva ormai priva di un addentellato normativo. Infatti, a ben riflettere, con la decisione in commento la Corte sembra aver perso l’occasione per ‘accorciare le distanze’ tra ordinamento interno ed ordinamento convenzionale, sposando un’ottica ‘integrata’ di realizzazione dei diritti umani. Un’ottica che, nel caso di specie, avrebbe consentito il superamento di quegli steccati concettuali, da più parti criticati, che, nell’ambito del c.d. diritto punitivo, vedono ancora contrapposte le misure qualificate come penali dal legislatore nazionale e le sanzioni formalmente amministrative ma “sostanzialmente penali” secondo i parametri CEDU⁵⁴. E che avrebbe condotto ad una sostanziale equiparazione delle garanzie per le due tipologie di misure sanzionatorie, per il caso in cui un provvedimento di chiaro carattere afflittivo (una sanzione amministrativa di circa 177 mila euro), nel momento in cui viene eseguito, si trovi sprovvisto di qualsiasi copertura legale. Un provvedimento la cui rimozione, determinando l’applicazione di un trattamento sanzionatorio più favorevole, avrebbe prodotto soltanto effetti *in bonam partem*, senza frustrare le istanze garantistiche sottese all’affidamento dei consociati nel diritto *formalmente* valido al momento della commissione della violazione.

Un’ipotesi, questa, che, a nostro avviso, pone l’esigenza di adeguare l’ordinamento nazionale a quello che potrebbe profilarsi come un punto di frizione con un principio, quello sancito dall’art. 7 CEDU, che, oltre a configurarsi come la pietra miliare delle tradizioni giuridiche liberaldemocratiche dei Paesi aderenti alla Convenzione, si iscrive nel cosiddetto ‘nucleo duro’ del diritto convenzionale, insofferente a restrizioni o limitazioni da parte degli ordinamenti dei singoli Stati aderenti (art. 15 CEDU)⁵⁵.

Da questa angolatura, la sentenza in esame si risolve, ancora una volta, in una battuta d’arresto nel percorso di reale integrazione degli ordinamenti⁵⁶. Così confermando quanto efficacemente evidenziato in dottrina, ovverosia che, così facendo, la Corte continua a proporre “una divisione tra mondi opposti e inconciliabili: di qua il diritto italiano, con la sua tradizione irrinunciabile; di là quello europeo, al quale

[delle sanzioni comminabili nei confronti degli esponenti aziendali ai sensi del testo unico bancario. Riflessioni a margine di due recenti pronunce della Suprema Corte](#), in questa Rivista, 23 febbraio 2017.

⁵⁴ In argomento, si v., *inter alia*, A. TRAVI, *Corte europea dei diritti dell’uomo e Corte costituzionale: alla ricerca di una nozione comune di “sanzione”*, in *Giur. cost.*, 2010, pp. 2323 ss.; 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, pp. 1899 ss.; F. GOISIS, *Verso una nuova nozione di sanzione amministrativa in senso stretto: il contributo della Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2014, pp. 337 e ss.; R. RUSSO, *Il diritto punitivo della CEDU e il “tranello” di civil law al banco di prova della confisca*, in *Cass. pen.*, 2016, pp. 1805 ss.; M. SCOLETTA, *Materia penale e retroattività favorevole: il ‘caso’ delle sanzioni amministrative*, in *Giur. cost.*, pp. 1401 ss.; P. PROVENZANO, [Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 3/2016, pp. 270 ss.

⁵⁵ V. MANES, *sub Art. 7/1*, cit., p. 259.

⁵⁶ In argomento, *ex multis*, A. RUGGERI, [Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, n. 2/2015, pp. 325 e ss.



4/2017

formalmente si mostra deferenza (purché non si ingerisca in questioni vitali). Sembra il piano per una sorta di convivenza da separati, il cui pregio principale è quello di guadagnare tempo⁵⁷.

In attesa della prossima condanna da parte della Corte EDU.

⁵⁷ Così M. CAIANIELLO, [*Processo penale e prescrizione nel quadro della giurisprudenza europea. Dialogo tra sistemi o conflitto identitario?*](#), in *questa Rivista*, 24 febbraio 2017, p. 22.