

Nicolò Zanon

**Matière pénale e principio di legalità nella giurisprudenza
costituzionale**

SOMMARIO: 1. Scelte di depenalizzazione e criteri Engel. – 2. Il giudice comune, le garanzie convenzionali e il principio di eguale soggezione alla legge. – 3. Una strategia “win-win”? – 4. Quel che il giudice comune dovrebbe fare. – 5. Avere lo sguardo lungo ed evitare inattese eterogenesi dei fini...

1. L’attenzione per il carattere sostanzialmente punitivo o afflittivo di una sanzione, pur non formalmente qualificata come penale – quale indice sintomatico che può condurre a riconoscere, in relazione ad essa, l’operatività, innanzitutto, delle garanzie previste dagli artt. 6 e 7 della CEDU – è nata, come sappiamo, in connessione con scelte legislative di depenalizzazione.

Ciò non è senza importanza, ed è un aspetto di cui la giurisprudenza costituzionale è ben consapevole. Nelle sentenze n. 49 del 2015 (relativa al caso Varvara), n. 43 del 2017 (relativa all’art. 30, comma 4, della legge n. 87 del 1953) e n. 109 del 2017 (proprio in relazione a un caso di depenalizzazione), si sottolinea ampiamente come nascita ed evoluzione dei cd. criteri Engel nella giurisprudenza di Strasburgo siano strettamente correlate alle politiche di depenalizzazione decise dai singoli Stati nazionali e, di riflesso, alle possibili conseguenze di queste ultime sul versante del rispetto delle garanzie individuali.

I criteri Engel, si afferma in tali sentenze, nascono per scongiurare che i vasti processi di decriminalizzazione, avviati dagli Stati aderenti fin dagli anni 60 del secolo scorso, potessero avere l'effetto di sottrarre gli illeciti, così depenalizzati, alle garanzie assicurate dagli artt. 6 e 7 della CEDU.

Si aggiunge ancora, in particolare nella sentenza n. 49 del 2015, che la giurisprudenza Engel non pone in discussione la discrezionalità dei legislatori nazionali nella scelta di arginare l'ipertrofia del diritto penale attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori reputati più adeguati, sia per la natura della sanzione comminata, sia per i profili procedurali semplificati connessi alla prima sede amministrativa di inflizione della sanzione. Piuttosto, si dice, questa giurisprudenza ha inteso evitare che per tali vie andasse disperso il fascio delle tutele che aveva storicamente accompagnato lo sviluppo del diritto penale, alla cui difesa la CEDU è preposta.

L'aspetto della difesa della scelta eventualmente compiuta dal singolo Stato di arginare l'ipertrofia del diritto penale è di una certa importanza, come cercherò di spiegare.

2. Ciò premesso, il primo profilo da analizzare criticamente – per l'oggettiva importanza che assume in tema di legalità penale - è la circostanza che, non di rado, i giudici comuni procedono direttamente alla qualificazione quale sanzione “sostanzialmente o convenzionalmente penale”, alla luce dei criteri elaborati dalla Corte EDU, della sanzione formalmente non penale che si trovano a dover applicare.

Precisazione fondamentale: intendo riferirmi ai casi nei quali su quella certa sanzione non penale non vi sono pronunce della Corte EDU, che ne abbiano riconosciuta la natura afflittiva e quindi, in relazione ad essa, la necessaria applicazione delle garanzie convenzionali. Se, invece, un orientamento della Corte EDU in questa direzione esiste – lo afferma la sentenza n. 49 del 2015 della Corte costituzionale - l'adeguamento al principio posto dal diritto convenzionale come interpretato dalla Corte di Strasburgo non costituisce «una facoltà del giudice ma un obbligo».

Ma, appunto, si prendono qui in considerazione casi sui quali un orientamento (consolidato) della giurisprudenza della Corte EDU non vi sia.

Ebbene, si ammetta che, pur in assenza di un tale orientamento della Corte di Strasburgo, la qualificazione in senso convenzionalmente penale della sanzione sia frutto della libertà interpretativa del giudice comune, che fa ricorso al canone dell'interpretazione convenzionalmente conforme e utilizza i criteri Engel come "principi al seguito" degli artt. 6 e 7 CEDU, o meglio come un portato di questi ultimi.

Come valutare questa scelta del giudice comune?

Nella stessa giurisprudenza costituzionale vi è più di un indizio che un tal modo di procedere è da ritenere normale e del tutto lecito.

Nella sentenza n. 43 del 2017, ad esempio, la Corte riscontra – senza eccepire alcunché – che il giudice rimettente ritiene che a determinate sanzioni amministrative debba essere riconosciuta natura sostanzialmente penale, «benché manchi, allo stato, una pronuncia della Corte europea che, con specifico riferimento alla suddette sanzioni, si sia espressa in tal senso», e osserva che «di qui discenderebbe, secondo il rimettente, la natura "penale" ai sensi della CEDU della sanzione ... e dunque la questione di legittimità costituzionale oggetto del presente giudizio».

Ancor più nettamente, nella sentenza 68 del 2017, si afferma che «è da respingere l'idea che l'interprete non possa applicare la CEDU, se non con riferimento ai casi che siano già stati oggetto di puntuali pronunce da parte della Corte di Strasburgo».

Del resto, è ben noto che, secondo la stessa giurisprudenza costituzionale, spetta proprio al giudice comune, in prima battuta, il compito di interpretare la normativa nazionale in ipotesi applicabile, sperimentandone un'interpretazione conforme alla disposizione conferente della CEDU così come interpretata dalla Corte di Strasburgo.

Insistere subito, però, nel dire che questa interpretazione conforme incontra, come noto, il limite del testo, e quindi è possibile solo in quanto consentita dal ricorso agli usuali criteri di interpretazione di un testo normativo, perché non credo affatto che il ricorso al canone dell'interpretazione conforme necessariamente prescindere da quei criteri tradizionali o ne svaluti il rilievo.

Inoltre, va considerato che, in un ambito situato ai confini del diritto penale in senso proprio, e comunque governato dal principio di legalità, che è la prima garanzia dell'eguale applicazione della legge, il canone dell'interpretazione conforme fisiologicamente non può trovare grande spazio.

Residuano, semmai, i casi nei quali la lettera della disposizione è ambigua e c'è un orientamento consolidato della Corte europea nel senso della natura afflittiva di una determinata sanzione.

Ma, a parte questi casi, tutte le volte in cui il giudice comune constata la impossibilità di superare in via interpretativa l'antinomia, che egli rileva, tra legislazione interna e ordinamento convenzionale, deve chiedere l'intervento della Corte costituzionale, deve cioè attivare il giudizio di legittimità costituzionale in via incidentale, assumendo che la norma interna collide con l'obbligo convenzionale, di cui i criteri Engel rappresentano una proiezione, e perciò viola l'art. 117, primo comma, Cost.

A questo proposito, ritengo che l'evocazione dell'art. 117, primo comma, Cost. sia essenziale, non certo per mere ragioni di forma.

E' il vero e proprio parametro "*stargate*", se così può dirsi, che consente l'ingresso nel "mondo convenzionale".

Se questo procedimento il giudice comune invece non segue, e – sulla base di una valutazione "sostanziale" degli effetti della sanzione, basata sull'utilizzo dei criteri Engel - decide da solo il caso sottoposto al suo esame, facendo prevalere le garanzie convenzionali sulla disposizione interna, quindi applicandole direttamente al caso, io credo incorra in un errore, che pregiudica grandemente il principio di legalità in materia penale.

Credo, anzi, ci si trovi di fronte a uno di quegli “influssi antilegalitari del diritto europeo” sull’ordinamento interno, di cui discorre di recente Francesco Palazzo (*Principio di legalità e giustizia penale*, in Cassazione Penale, fascicolo 7-8, 2016) proprio a proposito di un uso non corretto dell’interpretazione conforme. Non solo perché il giudice rischia di assumere, in tal modo, un’inammissibile funzione paralegislativa (questione seria, proprio perché coinvolge la riserva di legge e lo stesso principio della divisione dei poteri...): ma soprattutto perché il giudice comune opera con effetti solo *inter partes*, e non v’è alcuna garanzia che la sua decisione sia seguita, in casi analoghi o sovrapponibili, dai suoi colleghi.

Ne deriverebbe una possibile lesione del principio dell’eguale soggezione alla legge penale.

Del resto, nella sentenza n. 109 del 2017, rispetto ad un giudice che svislisce la depenalizzazione legislativa della sanzione, per ricondurla alla sua “vera” natura penale, attraverso il ricorso ai criteri Engel, la Corte costituzionale lascia intendere un giudizio non positivo, proprio perché si tratta di un procedimento che consegna ad un criterio casistico l’identificazione della natura (penale) della sanzione: e non manca di rilevare che questa modalità di identificazione «potrebbe porsi in problematico rapporto con l’esigenza garantistica tutelata dalla riserva di legge di cui all’art. 25, secondo comma, Cost.».

Si deve, in effetti, riflettere sulla circostanza che lasciare al singolo giudice la decisione sulla natura sostanzialmente penale della sanzione, sulla base dei criteri Engel, è anche – paradossalmente! – un *vulnus* alla legalità penale europea, intesa come prevedibilità delle conseguenze da parte dell’autore del reato: siccome le scelte interpretative possono divergere, alla fine un testo legale chiaro può essere pregiudicato da un’applicazione giurisprudenziale incerta o contraddittoria...

Ritengo, sommessamente, che sentenze le quali, senza passare dalla Corte costituzionale, operino - secondo le descritte modalità - una sorta di controllo diffuso

di convenzionalità della legge interna, si pongono in contrasto con quel che fu stabilito dalle cd. sentenze gemelle n. 348 e n. 349 del 2007.

Aggiungo, sul punto, che la qualificazione formale, sulla base della legge interna, di una sanzione quale non penale, resta a mio avviso dirimente, almeno per il giudice comune. Intendo dire che - quand'anche in relazione a tale sanzione sia riscontrabile la presenza di almeno uno dei cd. criteri Engel di cui alla giurisprudenza di Strasburgo - questo non dovrebbe autorizzare affatto, a mio avviso, il giudice comune, a procedere direttamente all'applicazione delle garanzie convenzionali. Questo potrebbe farlo semmai, se adita, la Corte europea, per la quale non è vincolante la qualificazione che l'ordinamento nazionale fa nel senso di escludere la natura penale della sanzione. Viceversa, proprio la qualificazione legislativa di quella sanzione quale non penale coincide, per il giudice comune interno, con il limite del testo, che, a mio modo di vedere, dovrebbe impedire l'interpretazione conforme, e rendere invece necessario sollevare la questione di legittimità costituzionale per asserita violazione dell'art. 117, primo comma, cost.

In altre parole, non potrebbe il giudice comune sostenere che si sia in presenza di una mera "autoqualificazione" legislativa, superabile attraverso una valutazione sostanziale: questo potrebbe, semmai, affermarlo la Corte europea, decidendo il caso. Del resto, proprio perché operazione para-legislativa, lo svilimento della qualificazione legislativa (in ipotesi: realizzata dal legislatore attraverso una consapevole depenalizzazione!) sfuggirebbe agli stessi poteri della Corte costituzionale, la quale, semmai, potrebbe estendere l'operatività dei parametri costituzionali interni (come il principio di irretroattività *ex art. 25*, secondo comma, Cost.) non già, invece, mutare la natura della sanzione.

Se sfugge alla stessa Corte costituzionale, per il giudice comune, *a fortiori*, la qualificazione legislativa è scelta dirimente, non modificabile per via interpretativa.

Non posso ovviamente entrare nel merito di singoli casi, ma, come dicevo, vi sono sentenze che fanno esattamente il contrario.

3. Facciamo un passo in avanti, e ipotizziamo di trovarci di fronte a un giudice che, correttamente, non decide da solo, ma rimette la questione alla Corte costituzionale. Anche in casi del genere, vi sono situazioni peculiari, che possono porre la Corte costituzionale di fronte a problemi delicati.

Mi riferisco, in particolare, alla valutazione e all'esame dei parametri costituzionali che vengono evocati nell'ipotetica ordinanza di rimessione alla Corte costituzionale.

Premetto che "armeggiare" in modo impreciso intorno ai parametri costituzionali, la cui violazione venga lamentata, è sempre sconsigliato, sia ai giudici *a quibus*, e a maggior ragione alla Corte costituzionale, giacché può creare precedenti dannosi e sbagliati. In ogni caso, ipotizziamo che nell'ordinanza di rimessione il giudice parta dal presupposto di qualificare la sanzione amministrativa da applicare come avente natura solo formalmente amministrativa, ma sostanzialmente penale, alla luce dei criteri Engel intesi come principio convenzionale (e ammettiamo anche che non ci sia uno specifico orientamento della Corte EDU su quella determinata sanzione).

Dicevo già prima che il parametro costituzionale che non può mancare è l'art. 117, primo comma, Cost., perché la sua evocazione è coerente proprio con l'interpretazione che il giudice comune sceglie, qualificando come convenzionalmente penale una sanzione che il legislatore esclude dall'area del penalmente rilevante.

Il giudice *a quo* potrebbe congiuntamente evocare anche altri parametri costituzionali (di solito gli artt. 25 e 27 cost.), quelli che richiamano immediatamente l'attrazione della sanzione nell'area del penalmente rilevante. Tuttavia, se lo scrutinio della Corte costituzionale sull'esistenza dei criteri Engel desse esito positivo, la questione potrebbe essere accolta con riferimento al solo art. 117, primo comma, Cost., e le censure relative agli altri parametri potrebbero considerarsi, assai significativamente, assorbite.

Non si tratta di questione meramente formale o processuale.

Osservo, anzi, che (solo) questa sarebbe una strategia “*win-win*”: da un lato, condurrebbe all’applicazione delle garanzie convenzionali, con accrescimento delle tutele individuali (secondo l’effetto fondamentale che ha il recepimento della CEDU nell’ordinamento giuridico, nel segno dell’incremento delle libertà individuali, e mai del loro detrimento: lo ricorda, da ultimo, la sentenza n. 68 del 2017 della Corte costituzionale); dall’altro, non avrebbe effetti di sistema sulle scelte del legislatore, in particolare non comporterebbe, di per sé, alcuna attrazione nell’area del penalmente rilevante di ciò che il legislatore ha scelto di affidare alla sanzione amministrativa, in ipotesi attraverso una consapevole e accurata depenalizzazione.

Il ragionamento dovrebbe completamente cambiare se, invece, dopo aver qualificato come convenzionalmente penale la sanzione (che invece il legislatore non qualifica come penale), il giudice *a quo* non solleva la questione lamentando la violazione dell’art. 117, primo comma, Cost., per ottenere l’applicazione delle garanzie convenzionali, ma evochi, invece, i parametri costituzionali interni che presidiano norme incriminatrici e sanzionatorie francamente penali, in particolare gli artt. 25, secondo comma, e 27 Cost..

E’ ciò che era fatto, ad esempio, nell’ordinanza di rimessione sulla quale decide la sentenza n. 109 del 2017.

Vi è qui un profilo di contraddittorietà.

Infatti, l’applicazione diretta dei criteri Engel, da parte del giudice comune, non può sortire in alcun modo l’effetto di “trasformare” in penale la natura di una sanzione espressamente qualificata come amministrativa dal diritto interno. E la circostanza che il giudice comune, pur essendo partito dai criteri Engel, invochi i parametri costituzionali approntati a presidio della pena (della pena, intendo, che sia formalmente tale per l’ordinamento statale), rivela che sta sollecitando alla Corte costituzionale una discutibile operazione di valenza para-legislativa.

In tal caso, l’ordinanza non si limita a perseguire il legittimo scopo di estendere le garanzie offerte dall’art. 7 della CEDU, a dispetto alla qualificazione formale che

l'ordinamento nazionale offre della sanzione da applicare, ma ha oggettivamente l'obiettivo di ottenere l'allargamento dell'area del penalmente rilevante.

Giova ricordare che, nella sentenza n. 49 del 2015, la Corte costituzionale ha escluso la correttezza dell'assunto secondo cui l'illecito amministrativo, che il legislatore distingue con ampia discrezionalità dal reato, appena sia tale da corrispondere, in forza della CEDU, agli autonomi criteri di qualificazione della "pena", subisca l'attrazione del diritto penale dello Stato aderente, con conseguente saldatura tra il concetto di sanzione penale a livello nazionale e quello a livello europeo. Una questione così sollevata - è infatti la conclusione della sentenza n. 109 del 2017 - risulta inammissibile per contraddittorietà della prospettazione: una contraddittorietà che, in verità, cela un significato molto più ampio, cioè la circostanza che ordinanze siffatte perseguono effetti di sistema in contraddizione con legittime e discrezionali scelte del legislatore.

In parole più pratiche, la giurisprudenza costituzionale tiene fermo che non tutte le garanzie previste dal diritto interno per la pena debbono valere anche per le sanzioni amministrative, qualora esse siano qualificabili come sostanzialmente penali ai (soli) fini dell'ordinamento convenzionale, potendo l'ordinamento nazionale apprestare garanzie ulteriori rispetto a quelle convenzionali, riservandole alle sole sanzioni penali, così come qualificate dall'ordinamento interno (cfr. soprattutto la sentenza 43 del 2017).

4. Il giudice *comune*, in definitiva, a mio modo di vedere, può:

- a) utilizzare i criteri Engel per estendere alla sanzione la cui natura è testualmente ambigua per il diritto interno (ma è "sostanzialmente penale", in specie se esiste un orientamento consolidato in tal senso della Corte di Strasburgo) le sole garanzie convenzionali. Un'estensione in via interpretativa, appunto, perché consentito dalla lettera della legge (dal testo);

b) se la lettera della legge (il testo) non consente questa estensione, fosse anche in presenza di un orientamento consolidato della Corte europea, il giudice deve sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna, per violazione dell'art. 117, primo comma, Cost. La circostanza che vengano evocati parametri, quali l'art. 25, secondo comma, o l'art. 27 Cost., può comportare ambiguità, oppure essere innocua, perché se la Corte decide di accogliere può farlo sul solo art. 117, primo comma, Cost., assorbendo le altre censure, in nome di quella che ho chiamato la strategia “win-win”

Partendo da tutt'altri presupposti, il giudice comune può, con franchezza, chiedere alla Corte costituzionale di allargare l'ambito di applicazione delle garanzie apprestate dai parametri costituzionali interni dedicati alla materia formalmente penale, e di estenderlo *tout court* alle sanzioni amministrative. Ciò può fare lamentando un contrasto diretto tra la normativa censurata e gli artt. 25, secondo comma, e 27 Cost.

In tal caso non ha nessuna necessità di passare attraverso la impropria “trasformazione penale” della sanzione, mediante il ricorso ai criteri Engel.

Come è noto, prima della revisione costituzionale del titolo V, parte seconda, della Costituzione, delicati problemi di riparto delle competenze tra Stato e Regioni avevano indotto la giurisprudenza costituzionale ad abbandonare il tradizionale orientamento che riconduceva anche le sanzioni amministrative sotto l'ombrello dell'art. 25, secondo comma, Cost. Ma dopo che la revisione costituzionale del 2001 ha offerto uno specifico fondamento alla potestà esclusiva statale in materia penale, tali preoccupazioni sembrano essersi dissolte. E, di recente, la giurisprudenza costituzionale è tornata talvolta a riferire il parametro di cui all'art. 25, secondo comma, Cost. anche a misure sanzionatorie diverse dalle pene in senso stretto, quantomeno limitatamente al contenuto essenziale di tale 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» (sentenze n. 276 del 2016, n. 104 del 2014 e n. 196 del 2010).

Ma questa mi sembra che sia un'altra storia, che non ha direttamente a che fare con la “*matière pénale*” nel senso in cui se ne ragiona qui.

5. In definitiva, tirando le fila di queste sintetiche considerazioni, comprendo bene che in un'ottica sostanzialista la qualificazione delle sanzioni come convenzionalmente penali sia finalizzata all'accrescimento delle garanzie individuali, un fine quindi in sé “buono” e positivo.

Mi permetterei, tuttavia, pur alla luce della considerazione di fondo che ho appena fatto, di richiamare alcune insidie insite in queste modalità d'”inseguimento” della giurisprudenza della Corte EDU sul terreno delle garanzie.

La giurisprudenza casistica di matrice europea non è esente da rischi di sorprendenti *revirements* proprio sul terreno delle garanzie, come mostra la conversione a “U” di fine 2016 che la Corte europea ha effettuato sulla questione del “*ne bis in idem*” (Corte EDU, grande Camera, sentenza 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia). E, forse, la giurisprudenza della Corte costituzionale, che bilancia principi oggettivi e garanzie individuali in un'ottica “lunga” e di sistema, può mostrarsi più affidabile anche sul terreno della difesa di queste ultime (delle garanzie).

In ogni caso, la stessa strategia che ho definito “win-win” mostra anche il rovescio della medaglia. Accanto alle garanzie individuali e ai diritti – non certo sopra, ma accanto, e in posizione cedevole, se garanzie e diritti abbiano a soffrirne — si collocano le scelte ordinamentali e di sistema compiute dal legislatore, e gli equilibri che esse prefigurano (che, in fin dei conti, sulle stesse garanzie individuali producono alla lunga ricadute).

Ebbene, l'attrazione di una sanzione nell'orbita del “penalmente rilevante”, se resta circoscritta all'estensione delle garanzie convenzionali, è, come dicevo, strategia

complessivamente vincente, perché aggiunge garanzie senza alterare equilibri, aumenta i diritti e non va a loro detrimento.

Viceversa, se non resta circoscritta a ciò, si corrono rischi che oggi possono solo essere intraveduti.

Potrebbero profilarsi inattese eterogenesi dei fini: sottoposte ad un non osservato vaglio di “convenzionalità”, legittime politiche di depenalizzazione potrebbero produrre, per paradosso, una riespansione del diritto penale, per nulla “minimo” e non più “*extrema ratio*”.

Il tratto qualificante di una sanzione amministrativa – si dice - è costituito dalla possibilità di essere irrogata senza un previo procedimento giurisdizionale, e di esser destinata a colpire (in modo diretto o indiretto) solo beni giuridici diversi dalla libertà personale o da altre libertà fondamentali: ma le modalità aggressive con le quali tali beni sono talvolta colpiti possono essere tali da esigere, alla luce della giurisprudenza europea, l’applicazione delle garanzie convenzionali, versandosi come si è visto nella *matière pénale*.

Ma appunto: per la via che pavento, un nuovo “diritto punitivo”, legittimato anche dalla sua soggezione alle garanzie della Convenzione, potrebbe giustificare sanzioni, pur non formalmente penali, ma talmente invasive e pesanti da far richiedere che l’applicazione di queste sia di nuovo riservata non già all’amministrazione, ma a un giudice indipendente e imparziale (lo richiede lo stesso art. 6 della CEDU...), qual è il giudice penale.

A quel punto, direbbero i francesi, *la boucle est bouclée*.

Riguadagneremmo di certo in imparzialità, ma - a parte la rinuncia alle prospettive di deflazione del carico gravante sugli uffici giudiziari – qualche *justiciable*, anziché vedere incrementate le sue libertà individuali, si troverebbe di nuovo soggetto allo stigma delle indagini, del processo e della sanzione penale.

Paradossi (e rischi), anche questi, della legalità penale europea. E’ bene vederli in anticipo, e, se possibile, evitarli.

