

SAGGIO

di Maria Costantino*

Concezione autonomista di pena. Sanzioni amministrative, confisca antimafia: ne bis in idem e regime successorio.**

Nei moderni sistemi ordinamentali penalistici il principio di legalità costituisce la struttura ossea di uno Stato di diritto. Lo Stato, infatti, detiene il monopolio dell'incriminazione penale e possiede gli strumenti idonei al soddisfacimento della pretesa punitiva.

Segnatamente, il principio di legalità informa l'intero assetto normativo dell'ordinamento italiano, dapprima ricevendo consacrazione nell'art. 25 della Carta Fondamentale, articolo in seno al quale vengono implicitamente enunciati due corollari applicativi dell'unitario dogma di legalità: il principio della riserva di legge e il principio della irretroattività sfavorevole.

Orbene, risiedendo la ratio del principio di legalità nell'esigenza di garantire la libertà dell'individuo, che rappresenta un *primum* assiologico nella concezione dello Stato di diritto, il corollario della riserva di legge riempie di contenuto valoriale il principio di legalità, assegnando al potere legislativo il monopolio dell'incriminazione penale. Sicché, in ossequio al precetto costituzionale succitato, l'obbligo di predeterminare le fattispecie astrattamente ritenute offensive di beni giuridici cui l'ordinamento accorda protezione incombe sul Parlamento, organo di espressione della sovranità popolare e rappresentante delle istanze democratiche dei cittadini.

Così inteso, il Parlamento assume un ruolo propulsivo e di iniziativa legislativa nella predisposizione degli strumenti normativi più adatti alla prevenzione dei reati e alla

repressione delle condotte antigiuridiche e offensive di valori tutelati dall'ordinamento.

In linea di continuità con il principio di stretta legalità or ora richiamato si pone il divieto di retroazione sfavorevole, in forza del quale nessuno può essere punito per un fatto che al momento in cui è stato commesso non era previsto come reato. Tale previsione si estende, altresì, alle pene, secondo quanto enunciato dall'art. 1 c.p.

La ratio di tale previsione, che riceve il sigillo di costituzionalità ex art. 25, comma 2, alberga nella necessità di predeterminare legislativamente la risposta punitiva. Così opinando, il Legislatore introduce nel sistema normativo fattispecie di reato che astrattamente descrivono il comportamento offensivo, cui si accompagna immancabilmente l'irrogazione di una sanzione penale nell'ipotesi di trasgressione del precetto legale.

Tale meccanismo di prevedibilità delle conseguenze che, sul piano penale, sortiscono da una condotta violativa, *rectius* offensiva delle disposizioni normative in materia penale, consentono al soggetto agente di orientare il proprio comportamento nel senso della sua conformità al paradigma legale.

Di conseguenza, il divieto di retroazione sfavorevole appare teleologicamente volto a neutralizzare i rischi di incriminazioni future ossia ad evitare che il cittadino possa essere punito per un fatto che, al momento in cui è stato commesso, non rientrava tra le ipotesi tipiche di reato.

Specularmente, il precitato applicativo di fonte primaria del principio di legalità sacramentato nella Carta Costituzionale si rinviene negli artt. 1 e 2 c.p. per quanto riguarda la descrizione delle fattispecie di reato e delle corrispondenti conseguenze sanzionatorie; mentre, per quanto concerne le misure di sicurezza ex art. 25, comma 3, Cost., il Legislatore ordinario ha collocato la corrispondente disciplina di rango primario negli artt. 199 e 200 c.p., sotto la rubrica "Delle misure amministrative di

sicurezza”, a riprova dell’ontologica diversità concettuale, strutturale e finalistica ascritta alle misure di sicurezza.

Senonché, il piano di indagine che afferisce alla formula della necessaria legalità della materia penale nei termini sopra descritti non può considerarsi esaurito con l’analisi delle fonti interne all’ordinamento giuridico, in quanto lo Stato italiano, attraverso patti di adesione e ratifiche dei vari trattati internazionali, ha arricchito la piattaforma legislativa dell’ordinamento tramite l’ingresso di fonti di diritto esterne al sistema normativo originariamente costituito.

Tuttavia, tale estensione della dimensione giuridica non appare incondizionata e presenta profili di eterogeneità, specie in ordine all’incidenza nel diritto interno di tali fonti sovranazionali, rispetto alle quali l’Italia non ha passivamente accettato forme di limitazione della propria sovranità.

All’uopo, merita un approfondimento lo studio delle disposizioni contenute nella Convenzione europea dei diritti dell’uomo (CEDU) che, frutto di un approccio culturale rinnovato, venne firmata a Roma il 4 novembre 1950 e ratificata in Italia con Legge nr. 848/1955.

Il rilievo attribuito alla CEDU nel corso degli anni ha alimentato il dibattito giurisprudenziale interno in relazione al peso giuridico da attribuire alle norme in essa contenute rispetto al sistema di gerarchia delle fonti di diritto italiano.

Tale fermento giurisprudenziale registratosi intorno alla collocazione delle fonti della CEDU nel nostro sistema si è risolto nel senso della loro qualificazione come norme poste in posizione intermedia tra la Costituzione italiana e le leggi dello Stato.

Ne deriva che in tutte le ipotesi in cui la norma nazionale di rango primario disciplina una fattispecie che si pone in contrasto con le norme convenzionali, tale conflitto deve essere eliminato secondo un giudizio di primazia delle norme CEDU rispetto al

dettato normativo contenuto nella previsione legale nazionale, ferma la necessaria rispondenza delle norme Cedu con i principi della Costituzione.

L'approdo dogmatico che ha consentito di relegare alla legge dello Stato una funzione ancillare rispetto alla portata precettiva delle norme della Convenzione costituisce l'esito di un processo di adeguamento operato nel sistema nazionale interno che trova un solido aggancio normativo nell'art. 117, comma 1, Cost., fonte legittimante di tale nuovo sistema gerarchico.

In effetti, il precetto testé richiamato impone di assoggettare la potestà legislativa affidata agli organi centrali (il Parlamento) e periferici (Consiglio Regionale) dello Stato agli "obblighi internazionali", tra cui, per l'appunto, rientrano le norme della CEDU.

Le immediate implicazioni esegetiche derivanti da tale impostazione sistematica delle fonti CEDU rilevano in ordine ai meccanismi rimediali predisposti dal Legislatore costituzionale per far fronte all'insorgere di situazioni di confliggenza tra la norma CEDU e la norma nazionale.

Sulla scorta del parametro costituzionale rinvenibile nell'art. 117 Cost., all'esito di una accesa disputa dottrinale e giurisprudenziale, la Corte Costituzionale italiana ha definitivamente riconosciuto alle norme CEDU una indiscussa superiorità gerarchica rispetto alle leggi nazionali, per effetto della disposizione costituzionale già richiamata, con la conseguenza che l'armonizzazione dell'eventuale contrasto deve avvenire attraverso una prioritaria operazione ermeneutica posta a carico del giudice della controversia, il quale deve attenersi strettamente all'interpretazione fornita dalla Corte EDU; laddove tale operazione esegetica non consente di risolvere il conflitto, il giudice a quo ha il potere-dovere di rimettere la questione alla Corte Costituzionale, sollevando l'incidente di costituzionalità.

Con specifico riguardo ai rapporti intercorrenti tra i due ordinamenti giuridici appena analizzati, sembra opportuno affrontare una delle tematiche più dibattute degli ultimi anni, che attiene all'incidenza ed alla compatibilità delle norme CEDU in sede di applicazione ed interpretazione delle norme nazionali.

Più precisamente, la giurisprudenza della Corte europea, in virtù del potere di indirizzo delle politiche legislative interne dei paesi aderenti alla Convenzione, ha ripetutamente censurato talune scelte di politica criminale italiana, stigmatizzando aspramente il ricorso dell'Italia a criteri di qualificazione di talune sanzioni che, pur presentando i caratteri tipici della sanzione penale, sono considerate nominalmente e in punto di disciplina alla stregua di misure di sicurezza.

La posizione assunta dalla Corte EDU nella questione de qua non è priva di pregio sotto il profilo applicativo, atteso che l'identificazione di una sanzione come misura di sicurezza consente di superare il divieto di retroazione sfavorevole; divieto non espressamente contemplato nell'art. 25, comma 3. Cost.

Sul piano teorico, si rammenta che il divieto di retroazione sfavorevole trova un limite nelle misure di sicurezza in quanto la loro finalità riparatoria e non afflittiva risponde alla mera esigenza di neutralizzare lo stato di pericolosità sociale manifestato dal soggetto sottoposto alla misura con la commissione dell'illecito penale, al fine di evitare la realizzazione di altri reati di uguale o più grave capacità offensiva.

Diversamente, l'operatività del divieto di retroazione sfavorevole risponde all'esigenza di assicurare al soggetto agente la prevedibilità delle conseguenze penali della propria condotta, senza incappare nelle maglie di un'incriminazione non prevista e, pertanto, ingiusta, in obbedienza ai principi di certezza e stabilità del diritto.

Per comprendere il percorso argomentativo che ha indotto la Corte europea a tali conclusioni occorre premettere che la stessa, sulla base dei principi enunciati dalla CEDU, ha elaborato un concetto volto a qualificare gli elementi costitutivi della sanzione penale, i quali solo apparentemente convergono con le tradizioni costituzionali comuni ai paesi aderenti alla Convenzione.

Invero, rifuggendo dall'analisi asettica del dato testuale di cui all'art. 7 CEDU, la Corte di Strasburgo ha formulato una nozione di sanzione penale che presenta aspetti di innovatività sul piano dell'ambito di applicabilità, ricomprendendo sotto la nozione di pena anche talune sanzioni che gli ordinamenti interni riportano entro lo stretto perimetro delle sanzioni amministrative.

Il cammino che ha condotto all'elaborazione di tale nozione di pena passa per l'individuazione di quattro parametri sintomatici della natura penale delle sanzioni cui l'ordinamento interno assegna il *nomen iuris* di misura di sicurezza o di sanzione amministrativa.

Tale teoria viene concepita dalla dottrina europea con l'aggettivo "autonomista", allo scopo di sottolineare il distacco concettuale volutamente operato dalla Corte europea rispetto alla corrispondente nozione di pena adottata dagli ordinamenti interni.

I parametri indicativi della natura penale di una sanzione vengono così classificati: 1) la correlazione della sanzione con l'illecito penale, al punto che la mera riferibilità della sanzione all'accertamento di un fatto previsto dalla legge come reato può essere il sintomo della sua natura penale; 2) la gravità del fatto di reato come criterio di commisurazione dell'entità della sanzione, che, com'è noto, assurge a parametro tipico di irrogazione della pena entro una predeterminata cornice edittale; di converso, le misure di sicurezza risultano svincolate da una valutazione di gravità dell'elemento materiale, in quanto non posseggono finalità eminentemente afflittive; 3) la sede dell'accertamento del fatto presupposto alla loro applicazione, posto che la

sanzione irrogata all'esito di un procedimento penale impregna di contenuto sanzionatorio la misura applicata; 4) da ultimo, la collocazione topografica della misura di sicurezza tra le sanzioni penali, ancorché tale criterio ha carattere residuale. Coerentemente con il ragionamento sostenuto dalla Corte europea, i Giudici di Strasburgo hanno intimato lo Stato italiano ad applicare la normativa in tema di confisca urbanistica ex art. 44 del D.P.R. nr 380/2001 secondo l'orientamento raccomandato dalla Corte EDU.

Invero, la disposizione normativa testé richiamata prevede un automatismo legislativo che consente di applicare la confisca urbanistica all'esito di un procedimento di mero accertamento del reato di lottizzazione abusiva, prescindendo da un giudizio di responsabilità personale dell'agente che ha realizzato l'illecito penale descritto dalla norma di legge.

Sebbene la giurisprudenza italiana abbia, in un primo momento, riconosciuto la legittimità di tale misura applicata nei termini ut supra, atteso il carattere di misura di sicurezza della suddetta confisca che non richiede un vaglio di accertamento circa la sussistenza dell'elemento soggettivo, l'orientamento del giudice nomofilattico ha successivamente operato un *revirement* reso necessario in seguito alle censure mosse dalla Corte EDU.

Sul punto, la Corte di Strasburgo è intervenuta con diverse pronunce destinate a costituire negli anni i pilastri fondanti il sistema giuridico dello Stato.

In primis, i giudici di Strasburgo hanno sostenuto la tesi secondo cui la natura giuridica della confisca urbanistica è assimilabile a quella di sanzione penale, grazie al raffronto eseguito osservando i criteri della concezione autonomista della pena.

In effetti, la Corte di Strasburgo ha ricondotto la natura penale di tale misura di sicurezza alla sua stretta pertinenzialità con il reato di lottizzazione abusiva, all'accertamento del fatto materiale della lottizzazione in sede processual-penalistica,

oltre che al dato testuale, considerato che la confisca urbanistica viene inclusa sotto la rubrica “Sanzioni penali”.

Ne discende che la relativa disciplina deve essere certamente assoggettata al principio di legalità di cui all’art. 7 CEDU, che, oltre ad enunciare espressamente il divieto di retroattività sfavorevole, include implicitamente il principio di colpevolezza, che nella nostra Costituzione trova cittadinanza nell’art. 27.

Tale principio, a ben vedere, risulta intimamente connesso alla irretroattività sfavorevole, dal momento che la prevedibilità delle conseguenze penali cui è ispirato il divieto di retroazione sfavorevole è preordinato ad un giudizio personale dell’individuo; tale giudizio, invero, viene riportato nella sfera intima della volizione e della coscienza del soggetto ovvero ad un livello meno intenso di negligenza e imprudenza che lo spinge ad assumere o meno un dato comportamento.

Tale impostazione conduce ad esiti quanto mai univoci: l’applicazione della confisca urbanistica, nel rispetto della concezione legale di pena ex art. 7 CEDU, consegue a un previo riscontro di sussistenza dell’elemento soggettivo da ricondurre in capo all’autore del fatto illecito; con la conseguenza che, in difetto di un accertamento positivo di responsabilità personale, l’applicazione della confisca risulta oltremodo illegittima.

In una direzione diversa sembra protendere la giurisprudenza delle corti italiane, che, disattendendo l’orientamento della Corte europea, conservano l’impostazione teorica primordiale e ritengono che la confisca configuri ancora una misura di sicurezza, ancorché per la sua corretta applicabilità occorre un previo accertamento di responsabilità personale, che tale giurisprudenza fa discendere dai principi di cui alla Legge 689/1981.

Se ne desume che l'ordinamento italiano si sia parzialmente conformato alle indicazioni della corte europea, pur poggiando la propria adesione al principio di colpevolezza su presupposti argomentativi differenti.

La tematica dell'estensione della latitudine applicativa del divieto ex art. 7 CEDU e art. 25 Cost. non ha investito esclusivamente il problema della confisca urbanistica, ma anche l'istituto della confisca antimafia, rispetto alla quale è stato sollevato un dubbio di incostituzionalità.

La problematica della natura giuridica della confisca antimafia nasce essenzialmente dall'introduzione di due novelle legislative (L.125/200 e L. 94/2009) che, recidendo il nesso di necessaria accessorietà tra le misure di prevenzione personali e patrimoniali hanno di fatto attribuito alla confisca di prevenzione una configurazione diversa dalle tradizionali misure di sicurezza.

Una verifica positiva di tale assunto sortirebbe l'effetto di ritenere applicata *contra ius* ogni retroazione sfavorevole operata in forza delle suddette normative.

Come già ricordato, rispetto alla normativa vigente fino al 2008, la misura della confisca antimafia costituisce uno strumento autonomo attraverso cui è possibile porre un vincolo di indisponibilità nei confronti di beni di cui sia dubbia la provenienza illecita, senza che il proposto sia preventivamente raggiunto da una misura di prevenzione personale.

Ebbene, l'ordinanza di rimessione mediante la quale è stata sollevata la questione di legittimità costituzionale da parte delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione muove da due diversi orientamenti enunciati dalla medesima Corte in due recenti pronunce, in seno alle quali è emersa la controversa natura giuridica di tale misura.

Un primo filone interpretativo, tenendo in debita considerazione la posizione autonomista della Corte europea, sostiene che la natura giuridica della confisca antimafia presenta connotazioni tipicamente penali. Ciò in quanto l'attuale

configurazione di tale istituto, svincolandosi dal requisito dell'attualità della pericolosità sociale del proposto che giustifica l'applicazione delle sole misure di prevenzione personali, vanifica la finalità della misura di sicurezza volta a neutralizzare uno stato di attuale pericolosità sociale manifestata con il reato.

Ne consegue che l'applicazione della confisca, in assenza di una pericolosità attuale, si traduce in una vera sanzione afflittiva, volta a punire il soggetto, i suoi eredi o aventi causa, ancorché tale soggetto non mostri alcun profilo di pericolosità.

Di contrario avviso appare un secondo orientamento del Supremo Collegio di legittimità che muove dall'assunto secondo cui la pericolosità non va riferita tanto al soggetto, dovendo essere riferita piuttosto ai beni ossia al patrimonio accumulato con l'attività criminosa.

Di guisa che, seppur non sussiste l'attualità della pericolosità sociale del proposto, il requisito della pericolosità è insito nel patrimonio illecitamente acquisito, atteso che, fintanto che perdura la disponibilità di tali beni in capo al proposto o ad altri soggetti estranei, il rischio di commissione di altri reati è connaturato alla provenienza illecita del patrimonio stesso.

Pertanto, in questa sede la Corte di Cassazione ha confermato la natura di misura di sicurezza.

In aderenza alle argomentazioni finora esposte, non v'è chi non veda come la qualificazione della natura giuridica della confisca antimafia presenti aspetti problematici sul piano applicativo, considerato che solo sua collocazione tra le misure di sicurezza comporta il superamento del divieto di retroazione sfavorevole.

In caso contrario, il regime normativo della confisca deve ritenersi costituzionalmente illegittimo per contrarietà con l'art. 7 CEDU.

La questione della compatibilità dell'assetto ordinamentale penalistico interno con la normativa della CEDU ha interessato anche la disciplina dell'intermediazione

finanziaria, con peculiare riguardo all'eventuale contrasto degli artt. 185 e 187 ter del D.Lgs. 58/1998 con gli artt. 7 CEDU e 4, protocollo nr. 7 CEDU.

Seguendo i criteri delineati dalla concezione autonomista della pena, la Corte di Strasburgo ha qualificato la misura di sicurezza di cui all'art. 187 ter alla stregua di una sanzione penale, negando la natura amministrativa attribuita dall'ordinamento italiano.

Così intesa, la pena inflitta dall'autorità amministrativa Consob viene configurata come una pena e non come una sanzione amministrativa, attesa la finalità afflittiva e non riparatoria cui si ispira nel reprimere episodi che possano compromettere e alterare l'equilibrio del mercato e degli investimenti e la sua correlazione con l'illecito penale di manipolazione del mercato. In tal senso, ben si comprende la ragione del contrasto con la normativa CEDU.

In linea di continuità con la qualificazione penale della misura ex art 187 ter, la Corte europea ha ravvisato una ulteriore violazione della normativa in esame con la CEDU, laddove all'art. 185 prevede l'irrogazione di un'altra sanzione penale (segnatamente la sanzione della multa) per contrastare e punire la medesima condotta di manipolazione del mercato.

Appare *ictu oculi* il conflitto della normativa riportata nel T.U. nr. 58/98 con l'art. 4, prot. 7 CEDU in ordine al principio del *ne bis in idem*, a mente del quale nessuno può essere punito due volte per il medesimo fatto di reato.

Nel caso de quo il principio enunciato viene effettivamente frustrato dalla previsione di due diverse sanzioni penali che, ancorché irrogabili all'esito di un diverso iter procedimentale (l'uno penale, l'altro amministrativo), sono direttamente riconducibili alla medesima fattispecie incriminatrice, fatto salvo il preventivo accertamento in concreto dell'identità del fatto incriminato.

dirittocanonico.com

n.1 Marzo 2017

ISSN 2532-1633

*Avvocato, esperto in diritto del lavoro

** Tema svolto durante il Corso di Preparazione Lexfor al Concorso in Magistratura.