

nuovi

I MANUALI SUPERIORI

diretti da R. GAROFOLI

Roberto
GAROFOLI

MANUALE DI
**DIRITTO
PENALE**

PARTE GENERALE

**XVI EDIZIONE
2019/2020**

**EDIZIONE RIPENSATA,
RIORGANIZZATA
E AGGIORNATA**

VISUALIZZA
PREMESSA ED ESTRATTO

nuovi

I MANUALI SUPERIORI

**MANUALE DI
DIRITTO
PENALE**

ESTRATTO

- **PENALE** (“IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ” IN PARTE I, CAP. I)

EDIZIONE 2019-2020

**NEL DIRITTO
EDITORE**

Premessa alla edizione 2019/2020

Ho ritenuto, quest'anno, di por mano in modo più profondo, nel *metodo*, nei *contenuti* e nella *forma*, al *Manuale superiore di Penale* che, giunto alla sedicesima edizione, ha accompagnato in questi lunghi anni migliaia di giovani studiosi del diritto nella preparazione per il Concorso in Magistratura e per altri importanti traguardi professionali.

Metodo, contenuti e forma.

Quanto al **metodo**, l'obiettivo è di rendere **l'Opera utile** tanto a chi si avvicina a questa affascinante branca *senza ancora una preparazione adeguata* quanto a chi necessita di uno *strumento di formazione avanzata* o di *aggiornamento anche professionale*; **in questa Edizione con ancor più rigore**, pertanto, nell'esame di pressoché tutti i temi del diritto penale ho provato a prendere le mosse, quasi sempre, dalla **disciplina e dalla sua ratio**, prima di passare all'illustrazione delle questioni al centro del **dibattito dottrinale più evoluto e recente** (non solo quello alimentato dai Maestri del diritto penale, ma anche quello che si svolge tra studiosi del diritto penale tanto giovani quanto valorosi, oltre che tra operatori culturalmente e scientificamente solidi), all'indicazione dei **collegamenti** con istituti e principi apparentemente diversi e distanti, all'esposizione delle più significative **posizioni giurisprudenziali**.

Quanto ai **contenuti**, mai come nel 2019, pure in assenza di interventi legislativi di sistema, il diritto sanzionatorio è stato attraversato da **cambiamenti così profondi**, dovuti principalmente a relevantissimi interventi delle Corti.

La necessità di tenerne conto mi **ha persuaso della necessità di non limitarmi ad un mero aggiornamento**, per quanto ricco e diffuso come avvenuto nelle precedenti Edizioni, ma ad un **ripensamento complessivo dell'Opera** e di moltissime sue Parti.

La XVI Edizione del *Manuale superiore di penale* si presenta, pertanto, come un **Volume in gran parte nuovo**.

Sono stati infatti quasi integralmente riscritti, e prima ancora riorganizzati, numerosi Capitoli del Volume - tra i quali quelli relativi ai **rapporti tra diritto penale e fonti sovranazionali** (rivisto anche tenendo conto dei numerosi arresti delle Corti italiane e sovranazionali del 2019 in tema di *nemo tenetur se detegere*, retroattività favorevole, irretroattività sfavorevole, *ne bis in idem*), all'**offensività**, al **concorso di reati**, al **concorso apparente di norme** e al **concorso di persone**- così come moltissimi paragrafi, tra cui quelli relativi alla **legittima difesa** (la cui disciplina è stata modificata con **L. 26 aprile 2019, n. 36**), all'**agente provocatore** e all'**infiltrato** (attesa, peraltro, la necessità di tener conto delle novità introdotte dalla **L. 9 gennaio 2019, n. 3**, c.d. *Spazzacorrotti*), al rilievo penale dell'**attività medica**, alla **causalità della colpa**, all'**aberratio** e ai suoi **rapporti con la preterintenzione**, alla **continuazione**, alla **cooperazione colposa**, al **concorso nel reato proprio**, ai rapporti tra concorso esterno in mafia e **patto elettorale** (**L. 21 maggio 2019, n. 43**). Particolare spazio è dedicato ai **Principi del diritto penale**, con trattazioni nuove o riviste per quelli di **prevedibilità**, **proporzionalità** ed **individualizzazione** della pena, *nemo tenetur se detegere*.

Quanto, infine, alla **forma**, si è provato a semplificare, per quanto possibile, l'esposizione, ad evitare ridondanze, a garantire una migliore fruibilità di una disciplina che, tuttavia, presenta una indubbia complessità.

Un ringraziamento ai valorosissimi Diletta Calò, Stefano Cavallini, Letterio De Domenico, Guido Di Biase, per l'importante contributo fornito anche in questa riedizione.

Un ringraziamento preventivo, infine, a tutti coloro che, anche con critiche e rilievi (utilissimi quanto inevitabili), vorranno assicurare ulteriori miglioramenti del Manuale, nelle edizioni successive.

Molfetta, 13 agosto 2019

Roberto GAROFOLI

Si riporta la Sezione II, Area II e Area III.

PARTE I

LEGALITÀ, PREVEDIBILITÀ, *NE BIS IN IDEM*, *NEMO TENETUR SE DETEGERE*, IRRETRO- ATTIVITÀ SFAVOREVOLE E RETROATTIVITÀ FAVOREVOLE

CAPITOLO I

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ

SEZIONE I * LA LEGALITÀ E IL SISTEMA DEI PRINCIPI: IL QUADRO NAZIONALE

*1. Genesi ed evoluzione storica del principio *nullum crimen sine lege*. *2. Legalità formale e legalità sostanziale: implicazioni. La concezione mista di reato accolta dalla Carta fondamentale. *2.1. *Segue*: Legalità formale e concezione formale di reato: *ratio* e corollari. *2.2. *Segue*: Legalità sostanziale e concezione materiale di reato: *ratio*, corollari e inconvenienti. *2.3. Legalità mista e concezione formale-sostanziale di reato. *3. Il principio di legalità della pena. *3.1. *Segue*: Legalità della pena e spazi di discrezionalità riconosciuti al giudice: il principio di individualizzazione della sanzione. *3.2. *Segue*: Legalità della pena ed erosione del principio di intangibilità del giudicato: *rinvio*.

SEZIONE II * L'IMPATTO SUL DIRITTO PENALE DELLE FONTI SOVRANAZIONALI: CONVENZIONE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA

AREA I

IL SISTEMA DELLE FONTI

*4. I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. *4.1. *Segue*: I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e il diritto nazionale.

AREA II

LA LEGALITÀ CONVENZIONALE E IL RAFFORZAMENTO DEL PRINCIPIO DI PREVEDIBILITÀ

*5. L'art. 7, CEDU. *5.1. *Segue*: Legalità convenzionale e legalità *ex art.* 25 Cost.: il rafforzamento *quantitativo* e *qualitativo* del principio. *5.2. *Segue*: La prevedibilità nel diritto penale interno. *5.3. *Segue*: La prevedibilità nella CEDU: il più severo grado di precisione descrittiva della legge. *5.4. *Segue*: Il sistema italiano di prevenzione alla prova del principio di prevedibilità CEDU: da Corte EDU, 23 febbraio 2017, *De Tommaso*, a Corte cost. 27 febbraio 2019, nn. 24 e 25. *5.5. *Segue*: La prevedibilità del diritto di fonte giurisprudenziale. Il caso *Contrada*. *5.6. *Segue*: Le ricadute di sistema del rafforzato principio di prevedibilità: le opzioni interpretative in tema di *tempus commissi delicti* e reati

ad evento differito e di durata (rinvio). *5.7. *Segue*: Prevedibilità e opzioni interpretative in tema di concorso apparente: la preferenza per la teoria monistica (rinvio).

AREA III

LA PIÙ ESTESA BASE APPLICATIVA DEI PRINCIPI CEDU IN MATERIA PENALE: I CRITERI *ENGEL* E L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA PUNITIVO

*6. La concezione autonomista di illecito penale e sanzione penale: i criteri *Engel*. *7. Criteri *Engel*, legalità, prevedibilità e i rapporti con confisca urbanistica *ex art.* 44, co. 2, d.P.R. 380/2001. *7.1. *Segue*: Confisca urbanistica e prescrizione: dalla sentenza *Varvara* a Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, *G.I.E.M. e altri c. Italia*. *8. Criteri *Engel*, doppi regimi sanzionatori e *ne bis in idem*. *8.1. *Segue*: “Materia penale” e sanzioni amministrative Consob: natura giuridica, principio dell’equo processo e del *ne bis in idem*. Da *Grande Stevens* ad *A. e B. c. Norvegia*. *8.2. *Segue*: La posizione espressa in *Grande Stevens* e i seguiti italiani. *8.3. *Segue*: La svolta segnata da Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, *A e B c. Norvegia*. *8.4. *Segue*: La parola alla Corte di Giustizia: i casi *Menci*, *Garlsson Real Estate e a.*, *Di Puma e Zecca*. *8.5. *Segue*: I problemi di coordinamento tra le posizioni della Corte Edu e della Corte di giustizia. Il recente caso *Arnanson*: Corte Edu, 16 aprile 2019. *8.6. *Segue*: La nozione di medesimo fatto e la declaratoria di incostituzionalità dell’art. 649 c.p.p.. Gli impatti sul tema del concorso apparente: i rapporti tra bancarotta e appropriazione e bancarotta e truffa. *9. Illeciti amministrativi sostanzialmente penali e diritto al silenzio. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117. *10. Criteri *Engel* e principio di irretroattività sfavorevole: la natura delle confische per equivalente, *ex art.* 240 *bis* c.p. e antimafia. *Rinnio*. *10.1. *Segue*: Criteri *Engel* e principio di irretroattività sfavorevole: esecuzione penale e misure alternative alla detenzione e irretroattività sfavorevole. I problemi posti dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3. *11. Criteri *Engel* e retroattività favorevole: Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63.

AREA IV

GLI ULTERIORI EFFETTI PRODOTTI DALLA CEDU SUL DIRITTO PENALE ITALIANO

*12. L’interpretazione del diritto penale sostanziale alla luce della CEDU. I diversi effetti sortiti dalla CEDU sul diritto penale italiano: limitativi ed espansivi. Scheda di sintesi. *12.1. *Segue*: Diritto di cronaca e critica: limiti. *12.2. *Segue*: Nuova legittima difesa. *12.3. *Segue*: Uso legittimo delle armi. La sentenza della Corte EDU 9 marzo 2011, nel caso *Alikaj c. Italia*. *12.4. *Segue*: Diritto del paziente a rifiutare il trattamento medico. *12.5. *Segue*: Disciplina nazionale della prescrizione e CEDU. Le sentenze della Corte EDU 9 marzo 2011, nel caso *Alikaj c. Italia* e 7 aprile 2015, nel caso *Cestaro c. Italia*. *12.6. *Segue*: Il diverso impatto di Corte giust., 8 settembre 2015, caso *Taricco*. *12.7. *Segue*: I seguiti italiani: da Cass., Sez. III, 20 gennaio 2016, n. 2210, a Corte cost., 26 gennaio 2017, n. 24. *12.8. *Segue*: Corte giust., 5 dicembre 2017, caso *M.A.S. (“Taricco II”)* e Corte cost., 10 aprile 2018, n. 115. *12.9. La sorte del giudicato interno di condanna nel caso di accertata violazione dei principi della CEDU. La violazione del principio dell’equo processo (art. 6 CEDU) e la “revisione europea”. *12.10. *Segue*: La violazione del principio di legalità convenzionale (art. 7 CEDU). Il caso *Contrada* ed i suoi riflessi applicativi.

AREA II

LA LEGALITÀ CONVENZIONALE E IL RAFFORZAMENTO DEL PRINCIPIO DI PREVEDIBILITÀ

5. L'art. 7, CEDU.

Ciò posto quanto alla ricostruzione del rapporto intercorrente tra CEDU e ordinamento nazionale, è consentito dare atto del possibile rilievo penale delle norme della Convenzione.

Un rilievo certo centrale è destinato ad assumere, nel condizionare gli sviluppi evolutivi del diritto penale nazionale, l'art. 7 della Convenzione, il cui primo comma, nell'esaminare il profilo dell'efficacia nel tempo della legge penale, sancisce che i cittadini dei Paesi membri della Convenzione non possono essere condannati per un fatto *non previamente previsto come reato dal diritto vigente*, ovvero non possono essere assoggettati a *pene più gravi di quelle applicabili al momento della commissione del fatto*.

Come osservato dalla stessa Corte europea, l'art. 7, co. 1, “non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a detrimento dell'imputato. Consacra altresì, in modo più generale, il principio di legalità in ordine ai delitti e alle pene, e quello che impone la non applicazione estensiva o analogica della legge penale a detrimento dell'imputato: ne deriva che un illecito deve essere definito dalla legge in modo chiaro”¹.

Si tratta di principio che, sulla scorta di una prima lettura, non pare presentare profili di peculiare innovatività, sembrando piuttosto confermare un dato comune ai patrimoni giuridici degli Stati membri.

Per vero, il principio di legalità-irretroattività delle norme penali, se da un lato era ben ancorato nei sistemi giuridici degli Stati firmatari già al momento della formulazione della Convenzione, oltre a essere recepito nelle più importanti Carte internazionali dei diritti², dall'altro, si atteggiava e si atteggia tuttora con modalità e varianti di intensità non prive di rilievo all'interno dei sistemi di *civil* e di *common law* espressi dai Paesi membri del Consiglio d'Europa.

La sua inclusione nella Convenzione europea è stata dettata, in primo luogo, dall'esigenza di assicurare la positivizzazione di una sorta di *minimo comune denominatore di legalità* atto a evitare talune delle più vistose deviazioni dello Stato di diritto.

Si consideri, al riguardo, che il principio convenzionale di legalità penale non solo non racchiude in sé il corollario della riserva di legge, ma nemmeno implica l'esigenza di una norma scritta: esigenza che sarebbe confliggente con l'essenza stessa del *common law*³. Parimenti, l'art. 7, co. 1, CEDU non sancisce testualmente il principio di retroattività favorevole, pure espressamente previsto dall'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici.

¹ Sent. 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, Serie A, n. 260-A, par. 52.

² Art. 11, n. 2 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*; art. 15 del *Patto internazionale sui diritti civili e politici*.

³ BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 04, 673.

5.1. *Segue*: Legalità convenzionale e legalità *ex art. 25 Cost.*: il rafforzamento *quantitativo* e *qualitativo* del principio.

Ciò nonostante, non può dirsi che il citato art. 7, co. 1, sia norma di basso profilo e di scarsa incidenza applicativa.

Le relative implicazioni emergono se si considerano i significativi contenuti che la giurisprudenza CEDU ha assegnato al principio di legalità enunciato nella richiamata disposizione; contenuti che hanno indotto non pochi a ritenere smentita nei fatti la tesi secondo cui le norme della Convenzione europea, in quanto volte semplicemente a garantire un minimo comune denominatore di tutela, non sarebbero idonee a offrire ai diritti dell'uomo una protezione più avanzata e completa di quella assicurata dalle leggi interne dei singoli Stati⁴

Nel dettaglio, nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo è consentito registrare diverse tendenze idonee a sortire un effetto di rafforzamento ed "innovazione" della portata garantistica dei principi di legalità e di irretroattività pure positivizzati nei sistemi nazionali.

Il rafforzamento quantitativo: rinvio

Un effetto di rafforzamento, di tipo per così dire *quantitativo*, è dovuto al fatto che i suindicati principi, al pari di altri che la CEDU enuncia in ambito penale - pure almeno in parte corrispondenti sul piano contenutistico a quelli consacrati nel diritto interno dall'art. 25 Cost.- hanno un *ambito di applicazione più esteso* rispetto a quelli di fonte nazionale, destinato a non coincidere con i soli illeciti e le sole sanzioni qualificati come "penali" in base al diritto interno: tanto in conseguenza dell'adesione, nella giurisprudenza della Corte EDU, alla c.d. concezione autonomistica degli illeciti e delle pene, ruotante attorno ai c.d. criteri *Engel* (per il cui esame si rinvia alla successiva **Area III**).

Il rafforzamento qualitativo

A ciò si aggiunga -e si tratta del rafforzamento per così dire *qualitativo*- che, in conseguenza di indirizzi interpretativi ormai consolidati, la legalità convenzionale in materia penale, oltre ad implicare, quale corollario applicativo, quello della necessaria determinatezza della norma (corollario comune alla legalità di cui all'art. 25, co. 2, Cost.), è da tempo considerata quale principio cui agganciare quelli di necessaria accessibilità e prevedibilità delle fonti legali e della relativa interpretazione giurisprudenziale.⁵

Per un ormai costante indirizzo della Corte EDU, infatti, il principio di legalità degli illeciti e delle pene comporta non soltanto che gli stessi abbiano una specifica *base legale*, ma anche la necessità che tale base legale sia *accessibile* per l'interessato, e sia soprattutto tale da consentirgli di ragionevolmente *prevedere* le conseguenze penali della propria condotta.

Accessibilità delle norme penali

Quanto al principio di accessibilità della norma penale, la Corte europea statuisce che "il cittadino deve poter disporre di informazioni sufficienti (...) sulle norme giuridiche applicabili a un dato caso"⁶.

Più nel dettaglio, senza pretendere che la pubblicizzazione dei testi normativi

⁴ PALAZZO, BERNARDI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la politica criminale italiana: intersezioni e lontananze*, in *Riv. intern. dir. uomo*, 1988, 35.

⁵ BERNARDI, *Commento sub art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, 252-253.

⁶ Corte, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito, Serie A*, n. 30, par. 49; cfr. altresì 25 marzo 1983, *Silver e altri c. Regno Unito, Serie A*, n. 61, par. 87.

avvenga in tutti i Paesi membri con analoghe modalità e forme, la giurisprudenza CEDU richiede, perché le norme penali possano essere repute sufficientemente accessibili, che le stesse siano state pubblicate o comunque raccolte in modo tale da porre i destinatari in condizione di conoscerne l'esistenza.

Si tratta di enunciazioni che non risultano davvero innovative rispetto a quanto, nell'ordinamento nazionale, è stato da tempo sostenuto dal giudice costituzionale, sia pure in sede di ricostruzione della consistenza del principio di personalità della responsabilità penale e di verifica, quindi, della coerenza con lo stesso della regola dettata dall'art. 5 c.p. (si rinvia a **Parte II, Cap. III, Sez. VII**). È sul principio di prevedibilità che è, invece, utile soffermarsi per rimarcare l'importanza che lo stesso -anche e soprattutto in conseguenza della sua intima penetrazione con quello di *legalità convenzionale*- sta assumendo nel condizionare l'evoluzione della disciplina nazionale su plurimi profili.

5.2. *Segue*: La prevedibilità nel diritto penale interno.

Quanto all'oggetto, il principio di prevedibilità in ambito penale impone che sia consentito al consociato di prevedere, al momento della condotta, se la stessa sarà considerata illecita, ed in specie *penalmente rilevante*, nonché con *quale pena* potrà conseguentemente essere sanzionato.

Si tratta di principio che esprime un'esigenza al cui soddisfacimento sono orientati, nell'ordinamento nazionale, plurimi principi:

- quello di *tassatività o precisione* che, nell'imporre un certo tasso di puntualità descrittiva nella formulazione della disposizione penale, è volto non solo ad arginare i rischi di arbitri del giudice in sede applicativa, ma anche, per l'appunto, a consentire ai consociati di prevedere le conseguenze possibili delle loro condotte;
- quello di *irretroattività sfavorevole* che, nel vietare l'applicazione retroattiva di disposizioni di nuova incriminazione o comunque sfavorevoli sopravvenute rispetto al momento di commissione del fatto, è diretto ad assicurare la *calcolabilità delle conseguenze penali* al momento della condotta sulla base della disciplina in quel momento vigente;
- quello di *personalità della responsabilità penale* che, implicando la necessità di un rimprovero personale a carico dell'autore per avere compiuto un fatto tipico e antigiuridico, reca con sé la necessaria conoscibilità della norma penale e l'esclusione, quindi, di responsabilità in caso di ignoranza inevitabile sul contenuto della legge stessa e, più in generale, di non prevedibilità delle conseguenze penali della propria condotta.

Il principio, quindi, è parte integrante del sistema di principi del diritto penale nazionale.

Il suo rafforzamento, tuttavia, si deve, almeno in parte, agli approcci che la Corte EDU sta seguendo nel definirne effettiva coerenza quale corollario del principio di legalità convenzionale.

È utile darne sinteticamente conto.

L'estensione
del principio
di
prevedibilità

Prevedibilità
e principio di
diritto
interno

5.3. *Segue: La prevedibilità nella CEDU: il più severo grado di precisione descrittiva della legge.*

La giurisprudenza CEDU distingue, in seno ad un più ampio principio di prevedibilità, due sottoprincipi, relativi il primo al momento formativo della disposizione, il secondo al momento interpretativo della stessa.

Per quel che attiene alla tecnica di elaborazione della norma penale, il principio di prevedibilità presuppone la *determinatezza* della disposizione incriminatrice⁷, come noto già corollario applicativo del principio di legalità, come accolto dall'art. 25, co. 2, Cost. (per l'esame del principio si rinvia al successivo Cap. IV).

Nel dettaglio, la giurisprudenza CEDU richiede che l'illecito penale sia "chiaramente definito dalla legge", precisando che il termine "legge" va inteso in senso generico, come tale destinato a ricomprendente anche la consuetudine o la *common law*.

Se ne è dedotto che anche la definizione meramente giurisprudenziale può e deve rispondere positivamente agli stessi criteri di determinatezza eventualmente garantiti da una fonte scritta.

Tasso di
determina-
tezza

Quanto al tasso di determinatezza richiesto alla disposizione penale, la Corte ha affermato che "si può considerare "legge" solo una norma enunciata con una precisione tale da permettere al cittadino di regolare la propria condotta"; lo stesso, pertanto, "deve essere in grado di prevedere, con un grado ragionevole di approssimazione in rapporto alle circostanze del caso, le conseguenze che possono derivare da un atto determinato"⁸.

La stessa giurisprudenza europea, per vero, non manca al riguardo di stemperare i rischi insiti nell'adesione a un principio di determinatezza inteso in senso eccessivamente rigoroso osservando che "anche in ragione del principio di generalità delle leggi, il testo di queste non può presentare un'assoluta precisione. Una delle tecniche normative tipiche consiste nel ricorrere a categorie generali piuttosto che a liste esaustive. Così, numerose leggi si servono per forza di cose di formule più o meno elastiche, al fine di evitare una rigidità eccessiva e di potersi adattare ai mutamenti di situazione"⁹.

E, tuttavia, la rafforzata coerenza che il principio di precisione elaborato dalla Corte EDU mostra di avere rispetto a quello nazionale, inteso quale corollario del principio di legalità *ex art. 25 Cost.*, è emersa con nettezza con i plurimi interventi pretori che, a far data da *Corte EDU, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia*, hanno ridisegnato il sistema italiano della prevenzione personale e patrimoniale, incluse le sue ricadute in senso stretto penalistiche.

5.4. *Segue: Il sistema italiano di prevenzione alla prova del principio di prevedibilità CEDU: da Corte EDU, 23 febbraio 2017, De Tommaso, a Corte cost. 27 febbraio 2019, nn. 24 e 25.*

Il sistema italiano delle misure di prevenzione è stato di recente al centro di un

⁷ Cfr. le sentenze Groppera Radio AG e a. c. Svizzera, 28 marzo 1990, § 68; Custers, Deveaux e Turk c. Danimarca, 3 maggio 2007, §§ 94 ss., e Kuolelis, Bartosevicius e Burokevicius c. Lituania, 19 febbraio 2008, § 120.

⁸ Corte, 26 aprile 1979, *Sunday Times c. Regno Unito*, cit., par. 49; Commissione, dec. 7 maggio 1982, *X Ltd. e Y c. Regno Unito*, cit., 86.

⁹ Corte, 15 novembre 1996, *Cantoni c. Francia, Raccolta*, 1996, par. 30; cfr. altresì, per tutte, 24 maggio 1988, *Müller e altri c. Svizzera, Serie A n. 133*, par. 29; 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*, cit., par. 40.

intenso dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha visto pronunciarsi i massimi organi giurisdizionali nazionali e convenzionali, a partire dalla nota sentenza *Corte EDU, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia*.

Da ultimo, nel 2019, sono intervenute a comporre la diatriba due sentenze “gemelle” della Corte costituzionale¹⁰.

Rinviano alla **Parte III, Cap. III**, per una compiuta trattazione del sistema di prevenzione, è qui utile svolgere una sintetica ricostruzione della natura delle misure di prevenzione, della relativa disciplina e delle più rilevanti problematiche applicative emerse.

Come ritenuto da *Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 24*, le misure di prevenzione (oggi organicamente disciplinate nel d. lgs 6 settembre 2011, n. 159, c.d. “Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione”), pur iscrivendosi nel sistema penale, *non hanno natura di pene*, né per il diritto interno né per quello CEDU, come da costante giurisprudenza interna e convenzionale. Si tratta, piuttosto, di strumenti apprestati dall’ordinamento al fine di contrastare la pericolosità di determinati soggetti, i quali, a cagione dei propri precedenti comportamenti, anche ma non necessariamente sfociati nella commissione di illeciti penali, manifestano una spiccata attitudine a commettere reati.

Da ciò, la terminologia invalsa in dottrina di misure *ante o praeter delictum*.

Al pari delle *misure di sicurezza*, quindi, le misure di prevenzione non guardano al passato per sanzionare un reato ma al futuro per prevenirne la commissione. Si differenziano da esse, però, sotto due profili: non presuppongono indefettibilmente la commissione di un reato o di un quasi reato e sono irrogate a seguito di un procedimento *ad hoc* (c.d. procedimento di prevenzione) e non nell’ambito del processo penale.

Le misure di prevenzione sono di due tipi, *personali*¹¹ e *patrimoniali*¹², a seconda che incidano sulla libertà individuale, variamente limitandola, o sul patrimonio, depauperandolo con la confisca di prevenzione.

Quanto alle *misure personali*, la forte compressione della libertà personale discendente dalla loro applicazione fa sì che esse in tanto siano legittime in quanto siano compatibili con le varie norme costituzionali e convenzionali a tutela della citata libertà.

In particolare, a livello interno, rilevano, sotto il profilo sostanziale, gli artt. 13 e 25, co. 3, Cost. (che testualmente si riferisce alle misure di sicurezza ma che, per identità di *ratio*, viene ritenuto applicabile anche alle misure di prevenzione), nonché, sotto il profilo processuale, gli artt. 24, 111 (per le previsioni di questi articoli riferite ai processi diversi da quello penale) e 117, co. 1, Cost. come “porta di ingresso” costituzionale per le norme CEDU.

A livello sovranazionale, fondamentale è l’art. 2, prot. 4, CEDU quanto alla libertà di circolazione, e l’art. 6 CEDU riguardo ai profili processuali.

Tralasciando il profilo processuale - che pure ha nel tempo suscitato diversi problemi per il carattere ontologicamente indiziario del procedimento di

La natura delle misure di prevenzione

Misure di prevenzione e misure di sicurezza: analogie e differenze

Le misure di prevenzione personale

¹⁰ Corte cost. 27 febbraio 2019, nn. 24 e 25.

¹¹ Sono misure personali: l’avviso orale, rimpatrio con foglio di via obbligatorio e la sorveglianza speciale, con o senza obbligo/divieto di soggiorno.

¹² Sono misure patrimoniali: il sequestro di prevenzione e la confisca di prevenzione

prevenzione- la dottrina e la giurisprudenza hanno desunto dalle menzionate norme sostanziali costituzionali e convenzionali uno specifico statuto garantistico delle misure di prevenzione personali, compendiabile nella necessaria compresenza di tre elementi:

- una base legale chiara e determinata;
- la proporzionalità della restrizione imposta con la misura rispetto alla finalità di contenimento della pericolosità denotata dal reo;
- la riserva di giurisdizione.

Le misure di prevenzione patrimoniale

Quanto alle *misure di prevenzione patrimoniale*, in specie la confisca e il sequestro di prevenzione, ne è stata affermata la natura non penale.

In particolare, il fondamento della confisca di prevenzione risiede nella «ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita»

Essa è finalizzata, infatti, a privare il prevenuto di beni illegittimamente acquistati, o perché di diretta derivazione delittuosa o perché entrati nella disponibilità di costui in un periodo di tempo in cui il soggetto pericoloso aveva un reddito dichiarato di gran lunga inferiore al valore del bene, acquistato, dunque, presumibilmente, con proventi illeciti (c.d. *sproporzione patrimoniale*).

Come sostenuto da *Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 24*, al pari di quelle personali, le misure di prevenzione patrimoniali non hanno funzione sanzionatoria: potendo, tuttavia, incidere fortemente sulla sfera giuridica di chi ne subisce l'applicazione, sono assoggettate ad uno statuto garantistico di rango convenzionale e costituzionale.

Quanto alle norme *processuali*, si tratta degli stessi parametri visti per le misure di prevenzione personali (24 e 111 Cost. e 6 CEDU). Quanto alle norme *sostanziali*, vengono in rilievo gli artt. 41 (libertà di iniziativa economica), 42 (diritto di proprietà) e 117, co. 1, Cost. in relazione all'art. 1, prot. 1, CEDU, sulla tutela della proprietà privata.

Sulla base di tali previsioni, dottrina e giurisprudenza concludono nel senso che in tanto le disposizioni che prevedono una misura di prevenzione patrimoniale sono legittime, in quanto:

- siano sufficientemente chiare e determinate;
- prevedano un sacrificio non sproporzionato rispetto agli obiettivi di sicurezza pubblica perseguiti;
- contemplino un giusto processo per l'applicazione della misura stessa.

Tanto premesso, è venuta in considerazione la coerenza con i citati parametri costituzionali e convenzionali di due gruppi di disposizioni del d. lgs 6 settembre 2011, n. 159, rispettivamente relativi ai *presupposti applicativi* delle misure di prevenzione e al *contenuto degli obblighi* che il giudice della prevenzione può imporre nell'applicare la misura personale della sorveglianza speciale.

I presupposti applicativi delle misure di prevenzione personale e patrimoniale

Quanto ai primi (destinati a venire in rilievo tanto per le misure di prevenzione personale quanto per quelle patrimoniale), si è dubitato della legittimità costituzionale e convenzionale dell'art. 1, co. 4, del d. lgs 6 settembre 2011, n. 159, in forza del quale le misure sono applicabili a “*coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi?*” (lett. a) e a “*coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono*

abituamente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose” (lett. b).

Entrambe le previsioni sono state ritenute in contrasto con il principio di *indeterminatezza* da Corte EDU, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*¹³, che, per vero occupandosi delle sole misure di prevenzione *personali*, ha affermato la contrarietà dell’art. 1, co. 4, lett. a) e b), del d. lgs 6 settembre 2011, n. 159, con il principio di legalità desunto, tuttavia, non già dall’art. 7 CEDU (attesa la non afferenza delle misure di prevenzione alla materia penale), ma dall’art. 2, prot. 4, CEDU, in forza del quale limitazioni alla libertà di circolazione (quali quelle derivanti dall’applicazione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno) devono essere previste dalla legge.

In dettaglio, la Grande Camera, pur confermando la consolidata giurisprudenza relativa alla natura “non penale” delle misure di prevenzione, sferra un deciso “atto di accusa” al sistema italiano della prevenzione personale, evidenziandone la incompatibilità con il diritto convenzionale, nella parte in cui consente limitazioni della sfera di libertà personale sprovviste di una base legale sufficientemente determinata.

La Corte EDU precisa infatti che “... né la legge né la Corte Costituzionale hanno chiarito quali debbano essere gli elementi di fatto o i comportamenti specifici da prendere in considerazione per la valutazione della pericolosità sociale dell’individuo e per dar luogo all’applicazione di tali misure”, stigmatizzando le citate previsioni legislative; sostiene la Corte EDU che la disciplina italiana in questione “non è stata formulata con la determinatezza necessaria ad offrire una protezione contro le interpretazioni arbitrarie, così da permettere al richiedente di orientare i propri comportamenti e di prevedere con un grado sufficiente di certezza l’applicazione di misure di prevenzione”.

A conclusioni parzialmente analoghe è successivamente pervenuta Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 24, ancorché con riferimento alla sola lett. a) del citato art. 1, co. 4, del d. lgs 6 settembre 2011, n. 159.

Ad avviso della Corte, infatti, per l’art. 1, co. 1, lett. b), la giurisprudenza di legittimità, con un’*interpretazione tassativizzante*, ha già circoscritto la discrezionalità dell’interprete in sede applicativa entro margini compatibili col dettato costituzionale.

Più nel dettaglio, sempre con riguardo alla citata lett. b), la giurisprudenza ha precisato che:

- i proventi devono effettivamente essersi prodotti;
- il reddito di fonte illecita deve essere tale da rappresentare l’unica o comunque la principale entrata del prevenuto;
- l’avverbio *abituamente* indica che i reati debbano essere stati compiuti in un arco temporale significativamente ampio.

Ad avviso di Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 24, una tale tassativizzazione non è stata, invece, compiuta per la fattispecie di cui all’art. 1, comma 1, lett. a), non essendo stata fornita neanche in giurisprudenza una nozione precisa del concetto di *traffici delittuosi*; di qui, inevitabile, la declaratoria di illegittimità costituzionale dell’art. 4, comma 1, lettera c), del d. lgs 6 settembre 2011, n. 159, nella parte in cui stabilisce che le misure di sicurezza *personali* si applichino anche ai soggetti

¹³ Reperibile in www.penalecontemporaneo.it, con nota di VIGANÒ, *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*.

indicati nell'art. 1, comma 1, lettera a), e dell'art. 16, dello stesso decreto laddove richiama lo stesso presupposto applicativo di cui al citato art. 1, co. 1, lettera a), per le misure di prevenzione *patrimoniale* del sequestro e della confisca.

Gli obblighi di vivere onestamente e di osservare le leggi e il rilievo penale della relativa inosservanza

Come anticipato, della coerenza con la CEDU della disciplina nazionale in materia di misure di prevenzione si è discusso, oltre che nella parte in cui con la stessa sono definiti taluni presupposti applicativi delle misure, anche nella parte in cui sono individuati gli *obblighi* che il giudice della prevenzione può imporre nell'applicare la misura personale della sorveglianza speciale.

È utile premettere che, ai sensi dell'art. 8 del d. lgs 6 settembre 2011, n. 159, con il provvedimento applicativo della misura della sorveglianza speciale il giudice può tra l'altro imporre di "*vivere onestamente*" e/o di "*osservare le leggi*"; il successivo art. 75, co. 2, dello stesso d. lgs 6 settembre 2011, n. 159, prevede, peraltro, come reato l'inosservanza delle prescrizioni applicate dal giudice ai sensi del citato art. 8, incluse, quindi, quelle aventi ad oggetto il "*vivere onestamente*" e l'"*osservare le leggi*". Ebbene, valorizzando, quale corollario del principio di legalità (avente base nell'art. 2, prot. 4, CEDU) quello della necessaria determinatezza della legge che prevede limitazioni alla libertà di circolazione, *Corte EDU, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia*, ha concluso per l'indeterminatezza delle menzionate prescrizioni così attestando la illegittimità convenzionale del citato art. 8 del d. lgs 6 settembre 2011, n. 159, nella parte in cui indica, tra gli obblighi che il giudice della prevenzione può imporre, quelli del "*vivere onestamente*" e di "*osservare le leggi*". Tale pronuncia ha innescato, nei confini nazionali, un vivace dibattito svoltosi con riguardo alle ricadute penali della dichiarata contrarietà convenzionale del citato art. 8: il problema si è posto, perché, come rilevato, l'art. 75, co. 2, dello stesso d. lgs 6 settembre 2011, n. 159, prevede, come reato l'inosservanza delle prescrizioni applicate dal giudice ai sensi del citato art. 8, incluse, quindi, quelle aventi ad oggetto il "*vivere onestamente*" e l'"*osservare le leggi*".

L'interpretazione tassativizzante di Cass., Sez. Un. Pen., 5 settembre 2017, n. 40076

Nel noto caso *Paternò, Cass., Sez. Un. Pen., 5 settembre 2017, n. 40076*, ha dichiarato inapplicabile il delitto di violazione degli obblighi inerenti alla sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno di cui all'art. 75, co. 2, del d. lgs. n. 6 settembre 2011, n. 159, rispetto all'ipotesi della violazione delle generiche prescrizioni di "*vivere onestamente*" e di "*rispettare le leggi*", già censurate dalla Corte EDU nella sentenza *De Tommaso* in quanto indeterminate.

Le Sezioni unite -con l'intento di attendere ad una "*lettura tassativizzante e tipizzante della fattispecie*", la sola ritenuta coerente con i parametri costituzionali e convenzionali- sostengono in particolare che il citato art. 75, co. 2, richiamando in modo indistinto le prescrizioni e gli obblighi indicati in una diversa disposizione (art. 8), non può che essere riferito ai soli *obblighi e alle sole prescrizioni che hanno un contenuto determinato e specifico, a cui poter attribuire valore precettivo*: caratteri, questi, che la Cassazione reputa mancanti nelle prescrizioni di "*vivere onestamente*" e "*rispettare le leggi*".

Senonché, la soluzione interpretativa seguita dalla Sezioni unite, se ha avuto il pregio di dare immediata applicazione ai principi enucleati nella sentenza *De Tommaso*, ha dall'altro prestato il fianco ad un'obiezione applicativa non superabile, non consentendo di rimettere in discussione giudicati di condanna già intervenuti per il reato di cui all'art. 75, co. 2, integrato per effetto della

violazione delle predette prescrizioni; tanto in considerazione del pacifico orientamento giurisprudenziale¹⁴ che reputa inapplicabile l'art. 673 c.p.p. (revoca del giudicato per sopravvenuta *abolitio criminis*) alle ipotesi di c.d. "abolizione" giurisprudenziale del reato.

A tale inconveniente pone, da ultimo, rimedio *Corte cost. 27 febbraio 2019, n. 25*, intervenuta a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 75, co. 2, del d. lgs. 6 settembre 2011, n. 159, nella parte in cui prevede come reato la violazione degli obblighi di "vivere onestamente" e di "rispettare le leggi".

5.5. *Segue*: La prevedibilità del diritto di fonte giurisprudenziale. Il caso **Conrada**.

Come anticipato, negli orientamenti della Corte EDU il principio di prevedibilità è stato riferito non solo al momento formativo della disposizione della quale si pretende, quindi, un certo tasso di puntualità descrittiva, ma anche al momento interpretativo della stessa.

Data la rilevata equiparazione tra diritto di fonte legislativa e diritto di fonte giurisprudenziale – l'uno e l'altro accomunati nella nozione di "law" posta alla base dell'art. 7 CEDU – assume peculiare rilievo il profilo della prevedibilità del precetto penale rapportato alla norma così come cristallizzata nel "diritto vivente", ovvero sia così come applicata dai giudici nell'attività di amministrazione della giustizia.

In questa prospettiva, se il principio di prevedibilità in materia penale trova applicazione anche alla norma quale prodotto giurisprudenziale, la garanzia riconosciuta dall'art. 7 CEDU è quella in forza della quale l'individuo potrà fare, al momento della decisione se agire o non agire, legittimo affidamento sulla interpretazione che di quella norma abbiano fornito i giudici interni, avendo – così – un preciso "diritto alla certezza del diritto", cioè a non essere sorpreso *ex post* da estensioni interpretative di quella stessa norma non prevedibili *ex ante*. E ciò del tutto indipendentemente dal fatto che queste soluzioni interpretative siano compatibili con il dato letterale della norma incriminatrice o del tutto plausibili in base agli ordinari canoni ermeneutici: ciò che rileva, dal punto di vista convenzionale, è soltanto se l'individuo potesse *ragionevolmente prevedere* tale applicazione estensiva, sulla base dello "stato dell'arte giurisprudenziale" al momento della commissione del fatto.

A rilevare è, innanzitutto, l'attività interpretativa rimessa all'autorità giudiziaria in sede di applicazione della norma al singolo caso concreto.

Sul versante dell'interpretazione, il principio di prevedibilità reca con sé quello dell'interpretazione *ragionevole* della disposizione penale, necessaria perché possa risultare prevedibile l'ambito applicativo della stessa.

Sul punto, la giurisprudenza CEDU, nell'enucleare criteri idonei ad assicurare la ragionevole prevedibilità della norma penale, distingue tra una ragionevolezza dell'interpretazione valutabile alla luce del testo normativo in sé e per sé considerato (ragionevolezza dell'interpretazione c.d. *tecnica*), e quella da vagliare tenendo conto dei precedenti risultati interpretativi cui il testo in questione ha

Interpretazione ragionevole della norma penale

¹⁴ Cass., pen., Sez. un., 29 ottobre 2015, n. 26259.

dato origine (ragionevolezza dell'interpretazione c.d. *storica*).

Ragionevolezza
dell'interpretazione
c.d. tecnica

Sul primo versante, la giurisprudenza di Strasburgo riconosce l'intrinseca "ragionevolezza" dell'interpretazione *restrittiva*, senza tuttavia negare in radice la possibilità che anche un'interpretazione estensiva sia considerata ragionevole e dunque prevedibile.

Se certo la prevedibilità è esclusa nei casi di *applicazione analogica* (*analogia legis* o *iuris*), l'esame della giurisprudenza CEDU rivela come, nonostante una certa avversione degli organi di Strasburgo per l'interpretazione *estensiva* della disposizione penale, la stessa non sia per ciò solo ritenuta confliggente col requisito di prevedibilità dell'ambito applicativo della fattispecie (per la distinzione concettuale tra interpretazione estensiva e analogia si rinvia al successivo **Parte I, Cap. IV, par. 3**).

Ciò accade, essenzialmente, nel caso in cui in relazione a una data fattispecie incriminatrice l'interpretazione estensiva costituisca una prassi ormai stabilizzata; ovvero nel caso in cui la suddetta interpretazione risulti plausibile alla luce delle mutate situazioni storico-sociali, che suggeriscano una nuova "chiave di lettura" di una norma penale sino ad allora applicata restrittivamente.

Ragionevolezza
dell'interpretazione
c.d. storica

Nel dettaglio, un'interpretazione estensiva della disposizione penale è ritenuta ragionevole allorché tragga la sua "prevedibilità" da una precedente prassi interpretativa a carattere estensivo.

Ancora un'interpretazione estensiva *storicamente prevedibile* della disposizione penale si ha quando, ancorché la stessa appaia non in linea con precedenti opzioni interpretative accolte in giurisprudenza, si giustifichi tuttavia in ragione dell'intervenuto mutamento delle condizioni socio-culturali (interpretazione *evolutiva*).

Si ammette, quindi, che gli elementi costitutivi del reato possano essere in via interpretativa "precisati e adattati a circostanze nuove che possano ragionevolmente rientrare nella originaria concezione del reato".¹⁵

Più in generale, per diffusa giurisprudenza europea il principio di legalità dei reati e delle pene di cui all'art. 7, CEDU, presuppone che il cittadino sia in grado di *prevedere*, sulla base dei dati normativi e della loro interpretazione pretoria, che la propria condotta sarà giudicata penalmente rilevante e a quale pena potrà essere conseguentemente condannato.

In questa impostazione, a essere privilegiata è una visione del principio di prevedibilità volta a configurare una condanna penale come certamente imprevedibile qualora frutto dell'applicazione di un inopinato mutamento giurisprudenziale (contrasto giurisprudenziale *diacronico*). Con l'avvertenza, però, che la valutazione del carattere inaspettato del *revirement* è essenzialmente effettuata attraverso un vaglio delle *caratteristiche soggettive* del reo, ad esempio in ragione del possesso, da parte sua, di un peculiare bagaglio conoscitivo, o comunque della titolarità di una serie di obblighi di precauzione e diligenza specifica¹⁶.

¹⁵ Dec. 4 marzo 1985, *Enkelmann c. Svizzera*, D.R. 41, 181.

¹⁶ Corte EDU, sent. 30 marzo 2004, *Radio France e a. c. Francia*; Corte EDU, sent. 6 ottobre 2011, *Soros c. Francia*

Tuttavia, in tempi più recenti, la Corte EDU pare che abbia aderito a una diversa opzione ricostruttiva del principio di legalità rilevante ai sensi dell'art. 7 CEDU. Segnatamente, la Corte EDU è tornata a occuparsi del principio di legalità, ed in specie dell'indicato corollario della *prevedibilità*, nel caso *Contrada c. Italia*¹⁷ concludendo per l'intervenuta violazione dell'art. 7, CEDU, per effetto della sentenza di condanna di Contrada per il reato di concorso esterno in mafia.

La ragione della violazione accertata dai Giudici di Strasburgo è, in particolare, nel ritenuto *difetto di prevedibilità* – da parte di Contrada e *al momento della commissione delle condotte contestategli* – della relativa rilevanza penale a titolo di concorso esterno.

La Corte EDU ha infatti osservato che:

- le condotte per le quali è intervenuta condanna sono state compiute tra il 1979 e il 1988;
- la configurabilità del concorso esterno è stata per la prima volta riconosciuta dalla Cassazione nel 1987, la cui impostazione interpretativa fu tuttavia disattesa da pronunce successive dello stesso giudice di legittimità;
- solo in epoca successiva a quella cui risalgono i fatti addebitati a Contrada è stata pronunciata la nota sentenza *Demistry*¹⁸, intervenuta a dirimere i dubbi relativi all'ammissibilità della fattispecie criminosa e definirne i presupposti applicativi

In realtà, come evidenziato in dottrina, la sentenza da ultimo citata parrebbe veicolare una nozione di prevedibilità più rigorosa e diversa rispetto a quella finora invalsa nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: infatti, se originariamente sembrava prevalere una concezione restrittiva del principio di prevedibilità del precetto penale, ancorata alle caratteristiche *soggettive* del reo e a un inaspettato mutamento giurisprudenziale con effetti sfavorevoli per il reo, oggi emerge un'idea di prevedibilità concepita in senso *oggettivo*, in cui a rilevare non è tanto il fatto che, alla luce delle caratteristiche personali e professionali del singolo agente, quest'ultimo potesse o meno prevedere l'applicazione della norma penale nei propri confronti, ma la circostanza che tale conoscibilità fosse preclusa, in radice, dall'obiettiva esistenza – di per sé considerata – di un contrasto giurisprudenziale sulla portata applicativa della disposizione incriminatrice, come quello che, prima dell'intervento dell'organo nomofilattico, caratterizzava il dibattito sulla configurabilità del concorso c.d. esterno nel reato di associazione mafiosa (conflitto *sincronico*)¹⁹ (si rinvia a **Parte II, cap. IV, sez. VI**, per la disamina della fattispecie di concorso esterno in mafia, e al successivo **par. 12.10** per i seguiti “italiani” della pronuncia resa dalla Corte EDU il 14 aprile 2015).

¹⁷ Corte EDU, sent. 14 aprile 2015, *Contrada c. Italia*.

¹⁸ Cfr. Cass., Sez. Un., 5 ottobre 1994, *Demistry*, in *Foro it.*, 1995, II, c. 422 ss.

¹⁹ BERNARDI, I “fratelli minori” di Bruno Contrada davanti alla Corte di Cassazione, in *Dir. pen. cont. - Riv. trim.*, 2017, 2.

5.6. Segue: Le ricadute di sistema del rafforzato principio di prevedibilità: le opzioni interpretative in tema di *tempus commissi delicti* e reati ad evento differito e di durata (rinvio).

La maggiore coerenza che al principio di prevedibilità è stata riconosciuta dalla giurisprudenza della Corte EDU ha innescato molteplici effetti di sistema nel diritto penale nazionale.

Solo per citarne alcuni, il principio di prevedibilità è stato valorizzato dalla giurisprudenza nazionale, peraltro in stretta connessione con le classiche funzioni della pena (*ex ante* di orientamento delle scelte individuali ed *ex post* di rieducazione), nel dirimere la delicata questione della disciplina applicabile in caso di reati c.d. *ad evento differito*, allorché tra il momento di commissione della condotta e quelle di realizzazione dell'evento si inserisca un *novum* legislativo più sfavorevole.

Profilo problematico esaminato da *Cass. Sez. un., 24 settembre 2018, n. 40986*, che, nell'optare, per il *criterio della condotta* nell'identificare il *tempus commissi* della suindicata tipologia di reati, ne ha esteso l'operatività ai reati che si connotano per il protrarsi nel tempo della condotta, anziché per una scissione temporale tra condotta ed evento: primi tra tutti, i reati abituali e permanenti.

5.7. Segue: Prevedibilità e opzioni interpretative in tema di concorso apparente: la preferenza per la teoria monistica (rinvio).

L'attitudine del principio di prevedibilità a produrre effetti di sistema si è manifestata anche nel dibattito volto a perimetrare i confini esterni del concorso apparente di norme e a distinguerlo, quindi, dal concorso effettivo di reati.

Nel prendere posizione, infatti, tra le opposte teorie *monistiche* e *pluralistiche*, la giurisprudenza ha talvolta valorizzato il criterio di prevedibilità per irrobustire le ragioni sottese all'opzione per le prime.

Come si vedrà, infatti, l'opzione monistica è quella che, a fronte di un fatto che evochi due o più disposizioni incriminatrici, apparendo sussumibile in ciascuna di queste, affida la scelta tra le distinte opzioni dell'applicazione di una sola delle stesse (con *concorso apparente di norme e unicità del rato da addebitare*) o di tutte (con *concorso effettivo di reati*) al solo *criterio strutturale della specialità* che, imponendo al giudice di raffrontare gli elementi strutturali delle fattispecie astratte, si presta a spazi di valutazione discrezionale ridotti, così mostrandosi più idoneo a soddisfare esigenze di certezza e prevedibilità.

Un criterio, quello della specialità, cui, invece, i fautori delle teorie pluralistiche affiancano ulteriori parametri di delimitazione dell'ambito del concorso apparente di norme, destinati ad operare allorché difetti quel rapporto strutturale di specialità tra fattispecie astratte che i fautori delle teorie monistiche reputano, viceversa, condizione ineludibile perché si possa riconoscere l'apparenza del concorso e l'unicità del reato: criteri, quali quelli di *sussidiarietà* e *assorbimento*, che -elaborati per soddisfare *esigenze di equità e giustizia sostanziale*- ruotano, tuttavia, attorno a *ben più elastici giudizi di valore* affidati al giudice, prestandosi così ad oscillazioni applicative meno coerenti con le esigenze della prevedibilità e della certezza.

AREA III

LA PIÙ ESTESA BASE APPLICATIVA DEI PRINCIPI CEDU IN MATERIA PENALE: I CRITERI ENGEL E L'EVOLUZIONE DEL SISTEMA PUNITIVO

6. La concezione autonomista di illecito penale e sanzione penale: i criteri *Engel*.

Come osservato, non pochi principi sanciti dalla CEDU in ambito penale, pur contenutisticamente almeno in parte coincidenti con corrispondenti principi nazionali, hanno rispetto a questi un *ambito di applicazione più esteso*, destinato a non coincidere con i soli illeciti e le sole sanzioni qualificati come *penali* in base al diritto interno: tanto in conseguenza dell'adesione, nella giurisprudenza della Corte EDU, alla c.d. *concezione autonomistica degli illeciti e delle pene*, ruotante attorno ai c.d. criteri *Engel*.

Secondo la Corte Europea, infatti, il diritto interno costituisce, per l'interprete interessato a comprendere la portata applicativa delle garanzie convenzionali, un *punto di partenza, non di arrivo*, mentre le nozioni di *pena* e di *accusa penale* ai fini del concreto rispetto della Convenzione derivano dall'interpretazione autonomamente fornita dalla stessa Corte, libera di *andare oltre le apparenze* e valutare se una misura particolare costituisce in sostanza una pena ai sensi della Convenzione²⁰.

In particolare, i criteri, di natura prettamente sostanziale, progressivamente elaborati dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ai fini della individuazione del carattere sostanzialmente penale di un istituto (illecito e/o sanzione) previsto dal diritto interno sono riconducibili alle seguenti grandi categorie²¹:

Engel criteria ■

- 1) *scopo affittivo* e non riparatorio della misura;
- 2) *gravità* della misura, tanto nella previsione astratta che ne fa la disposizione nazionale allorché ne definisce la cornice edittale, quanto nella concreta applicazione giudiziale;
- 3) *rilevanza*, attribuita dalla disposizione, alla gravità del fatto e alla colpevolezza dell'autore e non, invece, all'offesa e/o al danno patito dalla persona offesa e/o danneggiata dal reato;
- 4) *connessione* della misura ad un illecito formalmente qualificato come penale nell'ordinamento dello Stato membro.

In specie, alla qualificazione "autonoma" *dell'illecito penale* si perviene principalmente facendo sostanziale applicazione dei seguenti parametri:

- *la natura dell'illecito*, ricavabile a sua volta da tutta una serie di sotto criteri, quali: il tipo di comportamento sanzionato dalla norma, la struttura della norma medesima, la proiezione

²⁰ Fra le tante, Escoubet c. Belgio 28 novembre 1999: "in ogni caso la nozione di pena contenuta nell'art. 7 della Convenzione come quella di accusa in materia penale che figura nell'art. 6 hanno portata autonoma ... la Corte non è vincolata dalle qualificazioni del diritto interno, che hanno valore relativo".

²¹ Si tratta dei c.d. *Engel criteria*, così denominati in virtù della storica sentenza Engel c. Paesi Bassi dell'8 giugno 1976, ed elaborati dai giudici di Strasburgo per desumere la natura effettiva delle disposizioni nazionali, al fine di estendere le garanzie CEDU all'intera materia "sostanzialmente penale", a prescindere dal *nomen juris*.

comparatistica della violazione²², le eventuali regole procedurali cui l'illecito risulta assoggettato,²³ la particolare qualifica dei relativi soggetti attivi;

- *la gravità della sanzione*, valutabile teoricamente in relazione alla pena edittale, ma in pratica calcolata tenendo conto della pena concretamente irrogata. Più precisamente, dall'analisi della giurisprudenza CEDU emerge che il coefficiente di gravità della sanzione - dunque la sua eventuale "natura penale" - è dedotta dalle caratteristiche tipologiche della sanzione stessa, dal suo *quantum*²⁴, dai suoi scopi preventivi e repressivi²⁵, dalle relative modalità d'esecuzione.

Si tratta di criteri (natura dell'illecito e gravità della sanzione) che possono essere utilizzati solo per estendere le garanzie previste dall'art. 7 (e dall'art. 6) CEDU a illeciti non qualificati formalmente come penali nell'ordinamento interno, ma non invece per precludere l'applicabilità delle suddette garanzie convenzionali a taluni illeciti considerati penali secondo il diritto interno, ancorché eventualmente a carattere amministrativo/bagatellare e sanzionati con pene poco afflittive²⁶.

In tal modo, i giudici di Strasburgo pervengono talora ad attribuire carattere penale a talune misure non considerate formalmente "pene" nell'ordinamento nazionale.

Sono state così talvolta equiparate a una pena (e dunque assoggettate ai principi CEDU) talune modalità di esecuzione della pena stessa, così come talune misure di sicurezza, in specie quando le stesse, per i loro contenuti, finalità, livelli di afflittività, nonché per il fatto di essere irrogate a soggetti imputabili che abbiano commesso uno o più reati, si configurino come vere e proprie "pene camuffate". Nell'ottica della concezione autonomista, si è posto il problema della compatibilità con l'art. 7 CEDU della disciplina nazionale dettata per alcune ipotesi di *confisca*, non considerate dall'ordinamento nazionale quali pene in senso stretto ma equiparate dalla Corte europea alle sanzioni penali ai fini dell'art. 7 CEDU e quindi coperte anch'esse dal principio di legalità e dai suoi corollari in termini di riserva di legge, irretroattività, ma anche prevedibilità (cfr. successivi **par. 7**).

Ancor più di recente, la Corte EDU ha fatto applicazione della c.d. concezione autonomistica nel rilevare la natura sostanzialmente penale di talune misure pure qualificate come sanzioni amministrative nell'ordinamento italiano (cfr. successivo **par. 8**).

È utile passare in rassegna i principali problemi di qualificazione in termini di *sanzioni sostanzialmente penali* che si sono posti con riguardo a talune misure dall'ordinamento nazionale non considerate, invece, proprie del diritto penale in senso stretto.

²² Corte europea, 21 febbraio 1984, *Öztürk c. Germania*, Serie A, n. 73, par. 53; in dottrina, PALIERO, *Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica a una svolta radicale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 912.

²³ Regole attestanti la natura sostanzialmente penale dell'illecito in oggetto: cfr. Corte europea, 2 settembre 1998, *Lanko c. Slovenia*, in *Raccolta*, 1998, par. 53; Commissione, dec. 8 ottobre 1980, *X c. Regno Unito*, D.R. 21, 175, par. 2 *in fine*.

²⁴ Cfr. Corte europea, 8 giugno 1976, *Engel c. Olanda*, cit., par. 82, co. 4; opinione della Commissione allegata alla sent. 28 giugno 1984, *Campbell e Fell c. Regno Unito*, Serie A n. 80, 66 ss.

²⁵ Cfr. Corte europea, 8 giugno 1976, *Engel c. Olanda*, cit., par. 79, co. 2.

²⁶ BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea dei diritti: problemi e prospettive*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, 04, 674.

È opportuno, al contempo, verificare in che modo la qualificazione penale di quelle misure, indotta dall'applicazione della indicata concezione autonomistica seguita dalla Corte EDU, stia determinando una ridefinizione degli ambiti applicativi di taluni principi tradizionalmente riferiti dall'ordinamento interno alle sole norme che disciplinano reati e pene in senso stretto e non anche, per esempio, a quelle che regolamentano illeciti e sanzioni amministrativi, confische, misure relative all'esecuzione delle sentenze di condanna irrevocabile, in specie le misure alternative alla detenzione.

Solo per anticipare quanto sarà nel prosieguo illustrato, la giurisprudenza appare sempre più propensa ad estendere agli illeciti formalmente amministrativi (ma sostanzialmente penali sulla base dei criteri *Engel*) l'ambito applicativo di principi, sostanziali e processuali, tradizionalmente elaborati con riferimento ai reati e alle pene, tra i quali quelli di:

- legalità e prevedibilità (si rinvia al successivo par. 7);
- *ne bis in idem* (par. 8);
- diritto al silenzio (par. 9);
- irretroattività sfavorevole (par. 10);
- retroattività favorevole (par. 11).

7. Criteri *Engel*, legalità, prevedibilità e i rapporti con confisca urbanistica ex art. 44, co. 2, d.P.R. 380/2001.

Come si osserverà nell'esaminare *funditus* l'istituto (Parte III, cap. II, par. 10), nell'ordinamento italiano la confisca riveste natura *proteiforme*,²⁷ preordinata com'è ad assolvere una pluralità di funzioni tra loro distinte, a seconda del contesto normativo di riferimento.

In effetti, alla previsione codicistica di cui all'art. 240 c.p. (che qualifica l'istituto come "misura di sicurezza patrimoniale"²⁸) ha fatto seguito, nel corso degli anni, la proliferazione di ipotesi speciali di confisca, tale da infrangere l'unitarietà dell'istituto, pur nella comunanza degli effetti di ablazione patrimoniale.

Pur comportando immancabilmente l'acquisizione di determinati beni al patrimonio statale, le diverse forme di confisca soggiacciono a distinti presupposti e vengono applicate all'esito di procedimenti eterogenei.

Tale quadro normativo impone all'interprete di definire autonomamente la natura dell'istituto volta a volta in discussione, al fine di inferirne la disciplina di riferimento, nonché – soprattutto – di chiarire la soggezione di quest'ultima ai principi costituzionali e convenzionali riferiti alla materia penale, quali il principio di irretroattività delle norme sfavorevoli, il principio di prevedibilità e la

²⁷ Così Cass., Sez. Un., 27 marzo 2008, n. 26654, Soc. Fisica Italimpianti, in *www.neldiritto.it*. È in tal senso emblematico quanto rilevato dalla Consulta fin dalla sentenza n. 29 del 1961: "l'istituto della confisca può presentarsi con varia natura giuridica. Il suo contenuto consiste sempre nella privazione di beni economici, ma può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, di volta i volta, natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero di misura giuridica civile o amministrativa. Ciò che spetta di considerare non è un'astratta e generica figura di confisca, ma in concreto la confisca così come risulta da una determinata legge".

²⁸ In termini, in giurisprudenza, ex plurimis Cass., Sez. Un., 2 febbraio 2015, n. 4880, Spinelli, in *www.neldiritto.it*, nonché in Riv. It. Dir. Proc. Pen., 2015, 942, con nota di MAUGERI, Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? dalle Sezioni Unite Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte Edu sul civil forfeiture e in Cass. Pen., 2015, 3542, con nota di DI LELLO FINUOLI, «Tutto cambia per restare infine uguale» - le Sezioni Unite confermano la natura preventiva della confisca ante delictum.

presunzione di innocenza.

Nell'espletamento di tale ardua operazione ermeneutica, peraltro, non è dato affidarsi alla sola qualificazione prescelta dal legislatore nazionale, posto che la rilevanza attribuita dall'art. 117, co. 1 Cost., alla CEDU esige l'applicazione dei sopra citati *Engel criteria*, per l'appunto elaborati dai giudici di Strasburgo per ricostruire la natura effettiva degli istituti e delle disposizioni nazionali, a prescindere dal *nomen juris*.

Ciò posto, un delicato problema di compatibilità con la CEDU si è posto con riguardo all'istituto della c.d. confisca urbanistica, disciplinato dall'art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380 del 2001 (e in passato dall'art. 19, legge n. 47 del 1985), secondo cui “*la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite. Per effetto della confisca i terreni sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione. La sentenza definitiva è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari?*”.

1. Il vecchio orientamento della Cassazione penale

Per un consolidato orientamento della giurisprudenza nazionale di legittimità la confisca in questione costituisce *sanzione amministrativa*, che il giudice penale deve quindi disporre allorché accerti la sussistenza di una lottizzazione abusiva, in funzione di supplenza rispetto alla pubblica amministrazione.

Prima dell'evoluzione intervenuta a seguito dell'intervento dei giudici di Strasburgo, pertanto, il costante orientamento giurisprudenziale in materia ha attribuito alla confisca in esame natura *amministrativa*,²⁹ desumendo dal riferimento normativo al mero “accertamento” della lottizzazione abusiva che “*l'obbligatorietà della confisca del terreno abusivamente lottizzato e delle opere sullo stesso abusivamente costruite consegue all'accertamento giudiziale della sussistenza del reato di lottizzazione abusiva indipendentemente da una pronuncia di condanna, salvo il caso di assoluzione per insussistenza del fatto?*”.

La confisca era quindi irrogata, oltre che con la pronuncia di condanna, anche con la sentenza di proscioglimento, a condizione che fosse emersa la materialità del reato (ossia la lottizzazione abusiva), con esclusione quindi della sola ipotesi dell'assoluzione *perché il fatto non sussiste*.

Indirizzo interpretativo, quest'ultimo, non modificato a seguito dell'entrata in vigore del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (recante approvazione del Testo unico in materia edilizia), nonostante lo stesso disciplini la confisca per lottizzazione abusiva nell'ambito di una disposizione, quale l'art. 44, la cui rubrica contiene un esplicito riferimento alle *sanzioni penali*.

Invero, dopo l'entrata in vigore del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, l'orientamento volto a qualificare la confisca in questione come sanzione amministrativa è stato a più riprese ribadito dai giudici di legittimità³⁰.

2. Interviene la Corte europea

Ebbene, con due distinte decisioni del 30 agosto 2007 e del 20 gennaio 2009, entrambe relative al caso *Punta Perotti*, la Corte di Strasburgo ha preso posizione

²⁹ Cfr. *ex plurimis* Cass., Sez. III, 6 ottobre 2010, n. 5857. Cass., Sez. III, 20 maggio 2014, n. 20636; Id., 5 marzo 2008, n. 9982.

³⁰ Cass., Sez. III, 7 luglio 2004, Lazzara, in *C.E.D. Cass.*, n. 229609; 27 gennaio 2005, Vitone, *ivi*, n. 230979; 3 marzo 2005, Visconti, *ivi*, n. 230984; 7 novembre 2006, Cieri, *ivi*, n. 236076; 21 novembre 2007, Quattrone, *ivi*, n. 236076.

sulla compatibilità con la Convenzione della descritta disciplina italiana della confisca c.d. urbanistica.

Nel sostenere la contrarietà con l'art. 7 CEDU della descritta disciplina italiana della c.d. confisca urbanistica, i giudici di Strasburgo hanno esaminato due distinti aspetti:

- il primo riguardante la qualificazione da ascrivere alla misura in esame, in specie la sua riconducibilità, in quanto *penale*, nell'ambito applicativo del citato art. 7;
- il secondo, relativo alla desumibilità dall'art. 7 CEDU, che testualmente positivizza i soli principi di legalità ed irretroattività, dell'ulteriore principio di prevedibilità/colpevolezza, violato dalla disciplina italiana laddove ammette l'applicazione della confisca urbanistica (sempre se intesa come "pena") in danno del soggetto prosciolto perché il fatto non costituisce reato.

Sul primo versante, la Corte europea dei diritti dell'uomo, con pronuncia del 30 agosto 2007, ha riconosciuto natura *penale* alla confisca irrogata dal Giudice penale ex art. 44, co. 2, d.P.R. 380/2001. La granitica giurisprudenza nazionale di legittimità è così entrata nel mirino dalla Corte di Strasburgo che, con la «*décision sur la recevabilité de la requête* n. 75909» del 30 agosto 2007, ritenendo la natura penale della confisca di cui all'art. 44 d.P.R. n. 380 del 2001, di fatto ha posto tale norma in rotta di collisione con l'art. 7 della Convenzione EDU.

Nel caso di specie, gli elementi valorizzati dalla Corte al fine di riconoscere la natura penale della confisca disposta nel caso di lottizzazione abusiva sono stati:

- il suo collegamento con un fatto di reato accertato dal giudice penale;
- lo scopo della misura, avente finalità repressive e preventive (invece che riparatorie);
- la sua gravità (insita nell'ampia estensione del suo oggetto);
- la qualificazione giuridica fornita dal d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 che, all'art. 44, reca la rubrica "Sanzioni penali".

Sostenuta la natura "penale" della confisca urbanistica italiana, i giudici di Strasburgo hanno ritenuto contrastante con l'art. 7 CEDU la disciplina italiana laddove ne ammette l'applicazione in danno del soggetto prosciolto perché il fatto non costituisce reato.

Nel farlo, hanno dovuto, tuttavia, considerare che la richiamata previsione europea positivizza testualmente i soli principi di legalità ed irretroattività, non anche l'ulteriore principio di colpevolezza, il solo autenticamente violato dalla disciplina italiana laddove, secondo l'interpretazione datane dalla giurisprudenza nazionale, ammette l'applicazione della confisca urbanistica in danno del soggetto innocente.

Al riguardo, la Corte di Strasburgo - nella citata sentenza 20 gennaio 2009 - ha escluso la "prevedibilità" del carattere abusivo della lottizzazione sottoposta al suo esame sul rilievo che, alla stregua di quanto definitivamente affermato nel caso di specie dalla Corte di Cassazione, gli imputati avevano commesso un errore inevitabile e scusabile nell'interpretazione delle norme violate.

La Corte di Strasburgo ha ritenuto perciò "arbitraria" la confisca (considerata "sanzione penale" secondo le previsioni della CEDU) applicata a soggetti che, a fronte di una *base legale non accessibile e non prevedibile*, non erano stati messi in

grado di conoscere il senso e la portata della legge penale, “*a causa di un errore insormontabile che non può in alcun modo essere imputato a colui o colei che ne è vittima*”.

Sul versante nazionale, la giurisprudenza successiva³¹, pure confermando l'indirizzo propenso a riconoscere natura amministrativa alla confisca ex art. 44, co. 2, del d.P.R. n. 380/2001, ne ha tuttavia riconosciuto il carattere sanzionatorio, inferendone la necessità che si tenga conto dei principi dettati dalla l. 24 novembre 1981, n. 689, relativi ai presupposti di applicabilità delle sanzioni amministrative.

Anche la sanzione amministrativa, pertanto, non può essere applicata nei confronti di soggetti in buona fede, che non abbiano commesso alcuna violazione.

L'interpretazione costituzionalmente compatibile dell'art. 44, co. 2, d.P.R. n. 380/2001, induce, pertanto, necessariamente a escludere che la previsione normativa citata consenta la confisca di beni appartenenti a soggetti estranei alla commissione del reato e dei quali sia stata accertata la buona fede.

Ripetuta attenzione la giurisprudenza ha prestato, dopo la descritta evoluzione interpretativa, alla posizione dei terzi acquirenti dell'immobile abusivamente lottizzato.

Su un primo versante, si è sostenuto che il terzo acquirente di un immobile abusivamente lottizzato, pur partecipando materialmente con il proprio atto di acquisto al reato di lottizzazione abusiva, può subirne la confisca solo nel caso in cui sia ravvisabile una sua condotta quantomeno colposa in ordine al carattere abusivo della lottizzazione negoziale e/o materiale³².

Al contempo, si è affermato che l'acquirente non può sicuramente considerarsi, solo per tale sua qualità, terzo estraneo al reato di lottizzazione abusiva, ben potendo tuttavia dimostrare di aver agito in buona fede, senza cioè rendersi conto, pur avendo adoperato la necessaria diligenza, di partecipare a un'operazione di lottizzazione illecita³³.

7.1. *Segue: Confisca urbanistica e prescrizione: dalla sentenza Varvara a Corte EDU, Grande Camera, 28 giugno 2018, G.I.E.M. e altri c. Italia.*

Le statuizioni rese dalla Corte di Strasburgo nel caso *Sud Fondi* hanno indotto a dubitare della legittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2 d.P.R. 380/2001, se interpretato come legittimante l'applicazione della confisca c.d. urbanistica all'esito di giudizio penale conclusosi con declaratoria di estinzione per intervenuta prescrizione.

Con sentenza del 24 luglio 2009, n. 239, la Consulta ha dichiarato inammissibile la questione, precisando tuttavia la legittimità della confisca urbanistica disposta in sentenze di proscioglimento che, come nel caso di declaratoria della prescrizione, “*pur non applicando una pena comportano, in diverse forme e gradazioni, un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o comunque l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo*”: l'estinzione del reato – si è quindi ritenuto – non è ostativa all'applicazione della confisca potendo la stessa essere applicata allorquando sia stata comunque accertata la sussistenza del reato di lottizzazione abusiva in tutti i suoi elementi (soggettivo ed oggettivo), nonostante – per una causa diversa, quale

Non può essere applicata nei confronti di soggetti in buona fede, che non abbiano commesso alcuna violazione

³¹ Cass. Pen., Sez. III, 17 novembre 2008, n. 42741.

³² Cass., Sez. III, 3 novembre 2009, n. 42178.

³³ Cass., Sez. III, 18 gennaio 2010, n. 3910.

è, ad esempio, l'intervenuto decorso della prescrizione- non si pervenga alla condanna del suo autore ed alla inflizione della pena.

Sul tema è tuttavia intervenuta la Corte EDU con sentenza del 29 ottobre 2013, resa nella causa *Varvara c. Italia*.

La sentenza
Varvara

I giudici europei avrebbero concluso per la non applicabilità della confisca in esame in caso di dichiarazione di estinzione del reato, pena la violazione dell'art. 7 CEDU. Nel dettaglio, secondo la prevalente interpretazione datane dai giudici di merito e di legittimità, la corte EDU avrebbe sostenuto, per la prima volta in maniera esplicita, che è la "condanna" il presupposto di applicabilità della confisca c.d. urbanistica e non il mero accertamento incidentale di responsabilità; ne consegue che, ogni qualvolta manchi la prima, concludendosi il giudizio penale con la declaratoria di estinzione per intervenuta prescrizione, difetterebbero i presupposti per l'applicazione della misura.

Ebbene, la giurisprudenza successiva³⁴ si è chiesta se l'esposto indirizzo, dalla Corte EDU all'apparenza seguito con l'intento di assicurare una tutela forte del diritto di proprietà (sacrificato per effetto dell'applicazione della confisca), sia compatibile con altri principi costituzionali contenuti nella Carta fondamentale. La Corte di Cassazione ha rimesso, quindi, alla Corte costituzionale di valutare che quell'interpretazione del giudice europeo -volta ad assicurare una tutela assoluta al diritto di proprietà- sia compatibile con la protezione che altri principi costituzionali italiani assicurano ad altri diritti fondamentali (patrimonio storico e artistico, ambiente salubre, ecosistema) e con il margine di apprezzamento nazionale in sede di adeguamento dell'ordinamento interno ai principi CEDU³⁵, e ciò soprattutto quando nel giudizio penale ci sia stato un accertamento incidentale di responsabilità³⁶.

Con sentenza 26 marzo 2015, n. 49³⁷, la Corte Costituzionale, nel dichiarare l'inammissibilità delle questioni, ha rilevato che la sentenza Varvara non è, comunque, inequivoca nell'affermare la necessità della condanna quale condizione della confisca, prestandosi a una lettura alternativa in forza della quale la Corte EDU ha inteso pretendere non una forma di pronunciamento dal giudice nazionale, ma, in omaggio a un approccio sostanziale, il mero accertamento della responsabilità. Ma, soprattutto, ha anche aggiunto che solo in presenza di un orientamento "consolidato" della Corte EDU il giudice nazionale

Corte cost.
26 marzo
2015, n. 49

³⁴ Cass., Sez. III, 20 maggio 2014, n. 20636.

³⁵ Corte cost. 28 novembre 2012, n. 264.

³⁶ Nel dettaglio, i giudici di legittimità sollevano la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, co. 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380, nella parte in cui – come asseritamente interpretato dalla Corte Edu nel caso Varvara – vieta di applicare la confisca urbanistica nel caso di dichiarazione di prescrizione pur in presenza di un accertamento incidentale di responsabilità penale. Lo stesso art. 44, peraltro, ha costituito oggetto di differente questione di legittimità costituzionale sollevata dal tribunale di Teramo (ord. 17 gennaio 2014), secondo cui la disposizione nazionale confligge con gli artt. 117, co. 1, Cost. e 7 CEDU laddove – in contrasto con quanto avrebbe sostenuto la Corte EDU nel caso Varvara – consente la confisca urbanistica in presenza di sentenza che dichiara estinto il reato per intervenuta prescrizione.

³⁷ In *www.neldiritto.it*, nonché in *www.penalecontemporaneo.it*, con note di VIGANÒ, *La Consulta e la tela di Penelope*; BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*; MARTINICO, *Corti costituzionali (o supreme) e 'disobbedienza funzionale'*; MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*; PULITANÒ, *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*.

è tenuto a tenerne conto nell'attendere all'interpretazione convenzionalmente orientata della disciplina interna o, qualora non consentita, a sollevare questione di legittimità costituzionale della legge di adattamento (sul punto, si rinvia al precedente **par. 4.1.A**).

Tali conclusioni, ribadite dal Giudice delle leggi con la successiva sentenza *23 luglio 2015, n. 187*³⁸, hanno formato oggetto di plurime critiche dottrinali.

Si è in primo luogo posta in risalto la difficoltà di conciliare l'essenziale "pieno accertamento di responsabilità" con l'obbligo legale di dichiarare l'estinzione del reato (anche per prescrizione) in ogni stato e grado del processo *ex art. 129 c.p.p.*, con effetto preclusivo di ogni ulteriore attività processuale³⁹. Sul punto, infatti, occorre ricordare che ai sensi di tale disposizione l'assoluzione piena può essere pronunciata a preferenza del proscioglimento per intervenuta prescrizione soltanto quando *risulti evidente* che il fatto non sussiste, che l'imputato non l'ha commesso, che il fatto non costituisce reato o che non sia previsto dalla legge come reato, di tal *ché, a contrariis*, si desume che la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione dello stesso non sottintende affatto un'implicita affermazione di colpevolezza ma solo di *non manifesta innocenza*. Si è altresì evidenziato come la soluzione interpretativa elaborata dalla Corte costituzionale – in quanto volta a legittimare una "confisca senza condanna" – si ponga inevitabilmente in conflitto con il principio di presunzione di innocenza, anch'esso tutelato a livello convenzionale (art. 6, par. 2, CEDU)⁴⁰.

Sono state inoltre evidenziate le dubbie ricadute sistematiche di una dichiarazione di inammissibilità della questione in ragione della possibilità di adottare un'interpretazione conforme, accordando ai valori costituzionali prevalenza sui principi espressi da un orientamento non "consolidato" della Corte EDU: si è paventato che detta conclusione condurrebbe ad "*autorizzare qualsiasi giudice comune ad azionare direttamente la delicatissima arma dei 'controlimiti'*", con il rischio di violare l'obbligo costituzionale di adeguare l'ordinamento nazionale ai principi convenzionali⁴¹.

Sul punto si è infine pronunciata la Grande Camera della Corte EDU con la sentenza *28 giugno 2018* resa nel caso *G.I.E.M. e altri c. Italia*⁴².

Con detta pronuncia, i giudici di Strasburgo si discostano dalla precedente giurisprudenza *Varvara* e dichiarano la compatibilità con l'art. 7 CEDU della confisca urbanistica disposta a seguito di un accertamento che, pur non avendo le caratteristiche formali della condanna, ne presenti i requisiti sostanziali (consistenti nella verifica circa la sussistenza di tutti gli elementi, oggettivi e soggettivi, del reato di lottizzazione abusiva).

La Corte ribadisce anzitutto che la confisca urbanistica *ex art. 44 T.U. Edilizia* è, ai sensi della Convenzione, *una pena a tutti gli effetti*, avuto in particolare riguardo:

1) al diretto collegamento fra la misura in questione e la commissione di un fatto costituente reato, pur in assenza di un provvedimento di formale condanna per il reato stesso; 2) alla collocazione sistematica della norma in oggetto, inserita all'interno di un capo rubricato "sanzioni penali"; 3) alla finalità essenzialmente punitiva della misura, come desumibile, tra l'altro, dalla stessa giurisprudenza della Cassazione successiva al caso Sud Fondi (che, pur affermando la natura

³⁸ In *www.neldiritto.it*.

³⁹ In tal senso VIGANÒ, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁰ Sul punto, MANES, *op. loc. ult. cit.*

⁴¹ VIGANÒ, *op. cit.*, 10.

⁴² GALLUCCIO, *Confisca senza condanna, principio di colpevolezza, partecipazione dell'ente al processo: l'attesa sentenza della Corte Edu, Grande camera, in materia urbanistica*, in *www.penalecontemporaneo.it*.

amministrativa della confisca urbanistica, ne riconosce l'afflittività) e dalla natura obbligatoria della misura, svincolata da qualsivoglia accertamento circa l'effettivo pregiudizio per l'ambiente rappresentato dalle opere abusive; 4) alla spiccata gravità e pervasività della misura, che colpisce non solo le opere ritenute abusive ma anche l'intera area oggetto di lottizzazione; 5) al fatto che la misura venga disposta dal giudice penale, le cui decisioni sono autonome e, addirittura, potenzialmente contrastanti rispetto a quelle della pubblica amministrazione.

Secondo i Giudici della Grande Camera, la riconduzione di una misura sanzionatoria nazionale alla nozione convenzionale di "pena" pone, a carico dello Stato parte, esclusivamente l'obbligo di garantire che in relazione a tale misura siano applicate le garanzie derivanti dall'art. 7 CEDU come interpretato dalla Corte di Strasburgo; e ciò a prescindere dalla natura – amministrativa o penale – del procedimento all'esito del quale la sanzione viene irrogata, e senza che in tale procedimento debbano essere fornite garanzie ulteriori, pur eventualmente previste dal diritto nazionale per le sanzioni espressamente qualificate come penali.

Venendo al merito della questione, la Corte EDU, discostandosi dalla precedente giurisprudenza e in significativa consonanza con la pronuncia della Corte costituzionale n. 49 del 2015, apre alla possibilità che la confisca urbanistica sia disposta a seguito di un accertamento che abbia le caratteristiche sostanziali della condanna, senza tuttavia necessariamente presentarne la forma. A tale proposito, la Grande Camera osserva come "*sia necessario guardare oltre le apparenze e il linguaggio adoperato e concentrarsi sulla realtà della situazione*" e come, pertanto, "*la Corte sia legittimata a guardare oltre il dispositivo del provvedimento, e tenere conto della sostanza, essendo la motivazione una parte integrante della sentenza*".

Sotto il profilo interpretativo, militerebbe in tal senso anche la presa d'atto della notevole complessità di accertamento caratterizzante il sistemi degli illeciti urbanistici, a fronte peraltro di un termine prescrizione notevolmente breve.

L'applicazione della confisca in caso di declaratoria di prescrizione del reato non conflige, dunque, con le garanzie di cui all'art. 7 CEDU, purché tutti gli elementi costitutivi del reato di lottizzazione abusiva – ivi compresi l'elemento soggettivo della fattispecie contravvenzionale – siano stati oggetti di adeguato accertamento da parte del giudicante.

Per il resto, la ribadita necessità che la misura consegua ad un accertamento giudiziale esteso anche alla *colpevolezza* induce la Corte a confermare l'orientamento già espresso nel caso Varvara, secondo cui la sanzione sarebbe comunque inapplicabile nei confronti dei terzi in buona fede.

...salvi
comunque i
terzi in
buona fede

8. Criteri *Engel*, doppi regimi sanzionatori e *ne bis in idem*.

Come rilevato, talvolta anche le *sanzioni amministrative* sono equiparate dalla Corte europea alle sanzioni penali in applicazione dei citati *Engel criteria*.

Oltre ad incidere in senso profondamente innovativo sull'ambito applicativo di ulteriori principi del diritto penale sostanziale e processuale (irretroattività sfavorevole e retroattività favorevole, diritto al silenzio), la qualificazione in senso sostanzialmente penale di talune sanzioni amministrative ha innescato un complesso dibattito relativo all'ambito applicativo del principio del *ne bis in idem*

e alla coerenza con lo stesso di molteplici previsioni nazionali volte ad introdurre, a fronte di medesimi fatti, *doppi regimi sanzionatori*, ossia pene in senso stretto e sanzioni almeno formalmente amministrative.

Il riferimento è a quei settori disciplinari che, allo scopo di garantire una più efficace risposta repressiva, prevedono, in caso di commissione di un illecito, un “doppio binario” sanzionatorio, con la contestuale applicazione sia di una sanzione penale – comminata all’esito di un giudizio - che di sanzione amministrativa – erogata al termine di un procedimento demandato alla pubblica autorità.

8.1. *Segue: “Materia penale” e sanzioni amministrative Consob: natura giuridica, principio dell’equo processo e del *ne bis in idem*. Da *Grande Stevens* a *A. e B. c. Norvegia*.*

La questione, che si è posta prevalentemente con riferimento agli illeciti in materia di intermediazione finanziaria e a quelli tributari, è stata al centro di un articolato dibattito in seno al quale sono emerse non solo posizioni discordanti della Corte EDU, ma anche un non scontato allineamento tra i più recenti indirizzi di quella Corte e l’orientamento condiviso, invece, dalla Corte di Giustizia.

8.2. *Segue: La posizione espressa in *Grande Stevens* e i seguiti italiani.*

Nella giurisprudenza della Corte EDU, il problema si è posto soprattutto a far data dalla importante sentenza del 4 marzo 2014, resa nel noto caso *Grande Stevens e altri c. Italia*, nel quale la Corte di Strasburgo è stata chiamata a valutare la coerenza del sistema legislativo italiano in materia di abusi di mercato - disciplinato dagli artt. 185, quanto alla fattispecie penale, e 187 *ter*, sul piano dell’illecito amministrativo, del medesimo d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 - con il diritto a un equo processo e con quello a non essere giudicati o puniti due volte per lo stesso fatto: diritto, quest’ultimo, riconosciuto dall’art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, a tenore del quale “*Nessuno può essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato a seguito di una sentenza definitiva conformemente alla legge e alla procedura penale di tale Stato*”.

Nell’ordinamento nazionale, il divieto di *bis in idem* è sancito in primo luogo dall’art. 649 c.p.p., risultando al contempo sotteso a una pluralità di ulteriori disposizioni del codice di rito, parimenti volte a prevenire la moltiplicazione di procedimenti aventi ad oggetto il medesimo fatto: il riferimento è alla disciplina dei conflitti di competenza tra uffici giudicanti (art. 28 ss. c.p.p.) o requirenti (art. 54 ss. c.p.p.), come anche alla disposizione che consente al giudice dell’esecuzione di porre rimedio all’eventuale erronea pronuncia di più sentenze di condanna per il medesimo fatto (art. 669 c.p.p.).

Tuttavia, come si evince dalla lettera dell’art. 649 c.p.p., il principio in questione era stato applicato allo scopo di scongiurare la plurima instaurazione di processi *penali*, senza precludere il contemporaneo corso di procedimenti tesi a irrogare al medesimo fatto *sanzioni di diversa natura*: ciò che ha allora posto dei dubbi di contrasto con l’orientamento della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

In particolare, nel caso *Grande Stevens* i ricorrenti, dopo essere stati sanzionati per l'illecito amministrativo a conclusione del procedimento svoltosi innanzi alla CONSOB, erano stati rinviati a giudizio con procedimento penale e condannati in appello.

Ebbene, riconosciuta in applicazione dei criteri *Engel* la natura penale delle sanzioni comminate dalla CONSOB, i Giudici europei hanno in primo luogo sostenuto la necessità che il procedimento da seguire per la loro inflizione si svolga nel rispetto delle garanzie che l'art. 6 CEDU riserva ai processi penali.

Con specifico riguardo alla censura di violazione del principio del *ne bis in idem*, la Corte EDU, nel verificare la sussistenza della condizione richiesta dal citato art. 4 perché quel principio possa e debba trovare applicazione, come noto costituita dalla identità del fatto contestato nei due distinti procedimenti, ha sostenuto – con ciò allineandosi al precedente della Grande Camera *Zolotukhin* che debba aversi riguardo all'*idem factum*, non già all'*idem legale*.

Nel valutare la coerenza dell'ordinamento nazionale con il principio di cui al citato art. 4, i giudici di Strasburgo hanno rimarcato quindi come la questione da definire non consiste nel verificare che *gli elementi costitutivi degli illeciti* previsti dagli articoli 187 *ter* e 185, punto 1, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58, siano o meno identici, ma se i *fatti* ascritti ai ricorrenti dinanzi alla CONSOB e dinanzi ai giudici penali siano riconducibili alla stessa condotta.

Muovendo da tale impostazione, la Corte EDU ha quindi concluso sostenendo l'effettiva incompatibilità del sistema italiano di “doppio binario” sanzionatorio con l'art. 4 del Protocollo n. 7.

8.3. *Segue: La svolta segnata da Corte EDU, Grande Camera, 15 novembre 2016, A e B c. Norvegia.*

Come anticipato, la Grande Camera, mostrando di andare decisamente in contrario avviso rispetto alla pronuncia resa nel citato caso *Grande Stevens*, con sentenza del 15 novembre 2016, nel caso *A e B c. Norvegia*, ha sostenuto che non viola il *ne bis in idem* convenzionale la celebrazione di un processo penale, e l'irrogazione della relativa sanzione, nei confronti di chi sia già stato sanzionato in via definitiva dall'amministrazione tributaria con una sovrattassa (nella specie pari al 30% dell'imposta evasa), purché sussista tra i due procedimenti una “*connessione sostanziale e temporale sufficientemente stretta*”⁴³.

Infatti, ha chiosato la Corte, se la *ratio* del diritto convenzionale a non essere giudicati o puniti due volte è quella di prevenire l'ingiustizia sottesa a una duplicità di persecuzioni e pene a carico del medesimo soggetto per lo stesso fatto, tale principio non impedisce, tuttavia, agli ordinamenti nazionali di delineare un sistema sanzionatorio “*integrato*”, articolato – nel quadro di un approccio unitario e coerente – in procedimenti distinti, sempre che le differenti e concorrenti risposte sanzionatorie non comportino un sacrificio eccessivo per l'interessato.

La Grande Camera ammette, quindi, la coerenza con il principio convenzionale del *ne bis in idem* dei regimi di “doppio binario” sanzionatorio affidando la verifica

⁴³ FIMIANI, *Doppio binario sanzionatorio per abuso di informazioni privilegiate. Ricadute della sentenza Cedu A e B c. Norvegia*, in www.ilpenalista.it, 2 gennaio 2017.

in concreto della coerenza stessa al superamento di un *test* volto ad appurare che i due procedimenti siano tra loro *sufficientemente interconnessi sotto il profilo sostanziale e temporale*.

Affinché possa propendersi per la legittimità di un tale sistema occorre quindi che i procedimenti volti all'applicazione di due diverse tipologie di sanzioni (quella formalmente amministrativa ma sostanzialmente penale alla stregua dei criteri *Engel* e quella penale in senso stretto) siano connessi dal punto di vista sostanziale e cronologico in maniera sufficientemente stretta; è inoltre necessario che sussistano meccanismi in grado di assicurare risposte sanzionatorie nel loro complesso proporzionate e, comunque, prevedibili.

In particolare, nel verificare che sussista la connessione *sostanziale* tra i due procedimenti è necessario accertare:

- che i procedimenti previsti per la violazione abbiano *scopi differenti*, e abbiano ad oggetto – non solo in astratto ma anche in concreto – profili diversi della medesima condotta antisociale;
- che la duplicità dei procedimenti sia una conseguenza *prevedibile* della condotta;
- che i due procedimenti siano condotti in modo da evitare “*per quanto possibile*” ogni *duplicazione nella raccolta e nella valutazione della prova*;
- che la sanzione imposta nel procedimento che si concluda per primo sia tenuta in considerazione nell'altro procedimento e che, comunque, sia assicurata la *proporzione complessiva della pena*.

Quanto alla connessione *cronologica*, la Corte EDU, senza pretendere che i due procedimenti siano condotti in maniera necessariamente e strettamente parallela e ammettendo, quindi, che gli stessi siano consecutivi, il secondo prendendo avvio *dopo la definitiva conclusione* del primo, richiede che il distacco temporale tra gli stessi non finisca per esporre l'interessato a una *perdurante situazione di incertezza sulla propria sorte*.

8.4. Segue: La parola alla Corte di Giustizia: i casi *Menci, Garlsson Real Estate e a., Di Puma e Zecca*.

Il principio del *ne bis in idem* è sancito altresì dall'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (c.d. Carta di Nizza).

Come è noto, le disposizioni della Carta di Nizza hanno lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6 TUE), risultando pertanto produttive di effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri, seppur nei soli settori rientranti nelle competenze dell'Unione (art. 51 CDFUE). Entro tale ambito di applicazione, ai diritti garantiti dalla Carta è riconosciuto lo stesso significato e la stessa portata dei diritti tutelati dalla CEDU nell'interpretazione risultante dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo: tanto, ai sensi dell'art. 52, § 3, CDFUE, a tenore del quale “*Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa*”.

Si consideri, peraltro, che, ai sensi dell'art. 52, § 1 della stessa Carta di Nizza “*Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta*

devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui”.

Ebbene, proprio muovendo da tale composito quadro normativo, Trib. Bergamo, ord. 8 ottobre 2015, ha investito la Corte di Giustizia della seguente questione pregiudiziale: “*se la previsione dell'art. 50 CDFUE, interpretato alla luce dell'art. 4. Prot. n. 7 CEDU e della relativa giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, osti alla possibilità di celebrare un procedimento penale avente ad oggetto un fatto (omesso versamento IVA) per cui il soggetto imputato abbia riportato sanzione amministrativa irrevocabile?*”.

I giudici di Bergamo, quindi, dubitano che la perdurante pendenza del processo penale per il delitto di cui all'art. 10 *ter*, d.lgs. 74/2000, sia coerente con il diritto al *ne bis in idem* sancito, a livello eurounitario, dall'art. 50 CDFUE, da leggere tenendo conto dell'interpretazione risultante dalla giurisprudenza della Corte EDU. Sennonché, il Tribunale di Bergamo - ed è questa la rilevante novità - non solleva questione di legittimità costituzionale invocando l'art. 4 Prot. 7 CEDU come parametro interposto in relazione all'art. 117 co. 1 Cost., ma questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia ponendo a fondamento della questione la corrispondente norma posta dall'art. 50 CDFUE: previsione, questa, direttamente applicabile nell'ordinamento nazionale e destinata quindi a prevalere rispetto al diritto nazionale contrastante, atteso il principio del primato del diritto dell'Unione.

Trib.
Bergamo,
ord. 8 ottobre
2015

Con tre sentenze del 2018⁴⁴, la Grande Sezione della Corte di Giustizia si è pronunciata per la prima volta – dopo la menzionata pronuncia di Strasburgo nel caso *A. e B. c. Norvegia* – sulla compatibilità con il diritto dell'Unione del sistema italiano del doppio binario penale/amministrativo⁴⁵.

La posizione
della Corte di
Giustizia
dell'UE

I rinvii pregiudiziali da cui le suddette pronunce originano – tra i quali si annovera quello citato del Tribunale di Bergamo dell'8 ottobre 2015 – sono tutti antecedenti rispetto alla decisione della Grande Camera della Corte EDU nel caso *A e B c. Norvegia*; i giudici *a quibus*, dunque, hanno formulato le rispettive questioni non tenendo conto della più recente decisione di Strasburgo in tema di tutela convenzionale del diritto al *ne bis in idem*.

La stessa Corte di Giustizia, peraltro, ha risolto le varie questioni sollevate attraverso un *decisum* interpretativo che non ricalca pedissequamente l'approdo della Corte EDU.

In via generale, tanto il concetto di “sanzione penale” quanto quello di *idem factum* sono assunti dai Giudici europei nel medesimo significato conferito loro dalla giurisprudenza di Strasburgo, e correlato, rispettivamente, al carattere di afflittività della sanzione e al fatto storico in sé considerato (prescindente, cioè, dalla sua qualificazione giuridica).

Secondo la Corte, il cumulo di sanzioni sostanzialmente penali relative allo stesso fatto storico non costituisce di per sé una violazione del *bis in idem* europeo, potendo esso ben costituire una semplice limitazione di tale diritto, ammissibile nella misura in cui rispetti i requisiti dettati dal richiamato art. 52, § 1 CDFUE.

Perché le limitazioni del diritto al *ne bis in idem* di cui all'art. 50 siano, allora,

⁴⁴ 20 marzo 2018, C-524/15 (causa *Menci*), C-537/16 (causa *Garlsson Real Estate e a.*), C-596/16 e C-597/16 (cause *Di Puma e Zecca*).

⁴⁵ Sul tema, si veda il contributo di GALLUCCIO, *La Grande Sezione della Corte di giustizia si pronuncia sulle attese questioni pregiudiziali in materia di bis in idem*, in *Dir. Pen. Cont.*, 3/2018, 286 ss.

conformi al diritto dell'Unione occorrerà che esse rispettino, congiuntamente, i seguenti requisiti:

- che esse siano finalizzate – nel rispetto del principio di *proporzionalità* – a un obiettivo di interesse generale tale da giustificare il cumulo;
- che dette limitazioni siano previste da regole *chiare e precise*, tali da rendere *prevedibile* il ricorso ad un sistema di doppio binario sanzionatorio;
- che le stesse siano tali da garantire un *coordinamento* fra i due procedimenti relativi all'*idem factum*, in modo da limitare il più possibile gli oneri correlati al doppio binario;
- che esse siano rispettose del principio di *proporzione della pena*, limitando a quanto strettamente necessario il *complesso delle sanzioni irrogate*.

La verifica circa il rispetto di tali requisiti – chiarisce la Corte di Lussemburgo – spetta al giudice nazionale, che potrà, ovviamente, valersi dello strumento del rinvio pregiudiziale per agevolare la propria opera interpretativa, fermo il potere di non applicare la disposizione nazionale confliggente.

La Corte di Giustizia salva il doppio binario in materia di reati tributari

Con specifico riferimento alla questione sollevata dal Tribunale di Bergamo ed oggetto della causa *Menci*, la Corte di Giustizia, applicando i principi generali suddetti, ha pertanto concluso nel senso che “l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa nazionale in forza della quale è possibile avviare procedimenti penali a carico di una persona per omesso versamento dell'imposta sul valore aggiunto dovuta entro i termini di legge, qualora a tale persona sia già stata inflitta, per i medesimi fatti, una sanzione amministrativa definitiva di natura penale ai sensi del citato articolo 50, purché siffatta normativa: - sia volta ad un obiettivo di interesse generale tale da giustificare un simile cumulo di procedimenti e di sanzioni, vale a dire la lotta ai reati in materia di imposta sul valore aggiunto, fermo restando che detti procedimenti e dette sanzioni devono avere scopi complementari, - contenga norme che garantiscano una coordinazione che limiti a quanto strettamente necessario l'onere supplementare che risulta, per gli interessati, da un cumulo di procedimenti, e - preveda norme che consentano di garantire che la severità del complesso delle sanzioni imposte sia limitata a quanto strettamente necessario rispetto alla gravità del reato di cui si tratti”.

8.5. *Segue*: I problemi di coordinamento tra le posizione della Corte Edu e della Corte di giustizia. Il recente caso *Arnanson*: Corte Edu, 16 aprile 2019.

È utile in chiusura dare atto della non perfetta coincidenza dei parametri al cui rispetto Corte EDU, da un lato, e Corte di Giustizia, dall'altro, condizionano la verifica di compatibilità con il principio del *ne bis in idem* delle discipline nazionali che prevedono doppi regimi sanzionatori.

Due almeno le differenze.

In primo luogo, il *test di proporzionalità*, pur richiesto da entrambe le Corti, assume un'importanza ben maggiore nel sistema unionale ove, a uno sguardo attento, rappresenta il vero banco di prova per la compatibilità eurounitaria dei doppi regimi sanzionatori; a ben vedere, infatti, gli altri due requisiti, ossia la finalizzazione del doppio binario al perseguimento di interessi generali e la previsione del doppio binario ad opera di norme chiare e prevedibili, appaiono *ipso iure* soddisfatti dall'ordinamento interno ove i doppi binari tutelino interessi di sicuro rilievo primario e siano previsti da norme di legge sufficientemente precise e tassative.

In secondo luogo, e soprattutto, è assente nel test unionale ogni riferimento al

fattore temporale, di sicuro rilievo invece nella giurisprudenza convenzionale che, per l'appunto, richiede la c.d. *connessione cronologica* tra i due procedimenti.

Si tratta di differenze che possono determinare singolari risultati applicativi: può accadere, infatti, che una disciplina nazionale volta ad introdurre un doppio regime sanzionatorio, ritenuta coerente con il principio del *ne bis in idem* di fonte unionale, perché coerente con il canone della *proporzionalità* del *complesso delle sanzioni irrogate*, risulti in contrasto con quello stesso principio in una prospettiva convenzionale, risultando i due procedimenti distanti temporalmente, con conseguente difetto del requisito della c.d. *connessione cronologica*.

La possibilità di un tale evidente difetto di coordinamento tra le due impostazioni giurisprudenziali seguite dalle due Corti è di recente emersa nella sentenza della Corte EDU, 16 aprile 2019, *Bjarni Armannsson c. Islanda*.

Intervenuta a valutare la coerenza con il principio *convenzionale* del *ne bis in idem* della disciplina islandese laddove prevede un doppio binario sanzionatorio in materia tributaria, la Corte di Strasburgo ha invero ravvisato la violazione dell'art. 4, prot. 7, CEDU *unicamente* perché il secondo procedimento si era aperto a distanza eccessiva dalla chiusura del primo; e a tale esito è pervenuta nonostante abbia acclarato -in uno alla *complementarietà degli scopi* perseguiti dai due procedimenti e alla *prevedibilità* degli stessi a fronte del pur unico fatto- il carattere *non sproporzionato* del *cumulo di sanzioni* derivante dai due procedimenti.

8.6. *Segue*: La nozione di medesimo fatto e la declaratoria di incostituzionalità dell'art. 649 c.p.p.. Gli impatti sul tema del concorso apparente: i rapporti tra bancarotta e appropriazione e bancarotta e truffa.

Un ulteriore punto di frizione tra l'accezione convenzionale del *ne bis in idem* e l'ordinamento italiano investe la definizione di *medesimo fatto*, la cui contestazione in due diversi processi risulta preclusa, salvo ciò che si è osservato, in virtù dell'art. 4, prot. 7 CEDU. Se infatti un consistente orientamento della giurisprudenza nazionale circoscrive l'applicazione del divieto a casi di "*corrispondenza biunivoca fra gli elementi costitutivi dei reati descritti nelle rispettive contestazioni*" (dando rilievo al c.d. *fatto giuridico*),⁴⁶ il consolidato approccio della Corte Edu⁴⁷, preclude la celebrazione di due processi che abbiano ad oggetto il *medesimo fatto storico*, a prescindere dalla qualificazione giuridica. Tale considerazione ha indotto il GUP di Torino, chiamato ad emettere decreto di rinvio a giudizio nel processo *Eternit bis*, a sollevare "*questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p., nella parte in cui limita l'applicazione del principio del ne bis in idem all'esistenza del medesimo fatto giuridico, nei suoi elementi costitutivi, sebbene diversamente qualificato, invece che all'esistenza del medesimo fatto storico così come delineato dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, per violazione dell'art. 117 c. 1 Cost. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*".⁴⁸

Nella specie, a seguito della sentenza di Cass., 19 novembre 2014, n. 7941, che ha prosciolto il vertice di una multinazionale produttrice di cemento-amianto dai reati di *disastro doloso e omissione dolosa di cautele contro gli infortuni sul lavoro* in quanto estinti per prescrizione, la Procura di Torino ha formulato una nuova richiesta di rinvio a giudizio per *omicidio volontario*, in relazione alle medesime condotte di diffusione del materiale cancerogeno: richiesta reputata dal GUP in frizione con il divieto di *bis in idem* delineato in sede europea, e dunque in grado di alimentare la sollevata questione di incostituzionalità.

La nozione di "medesimo fatto" nella CEDU

⁴⁶ Così Cass., Sez. II, 20 novembre 2014, n. 52645.

⁴⁷ Almeno a partire dalla sentenza della Grande Camera *Zolotukhine c. Russia*, del 10 febbraio 2009, n. 14939/03.

⁴⁸ Gup Torino, ord. 24 luglio 2015 (Giud. Bompieri), imp. Schmidheiny, in *www.neldiritto.it*, nonché in *www.penalecontemporaneo.it* con nota di Gittardi, 27 novembre 2015, *Eternit "bis in idem"? Sollevata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. in relazione all'art. 4 Prot. 7 CEDU*.

Corte Cost.
21 luglio
2016, n. 200

La questione è stata risolta da *Corte Cost.*, 21 luglio 2016, n. 200, nel senso dell'illegittimità costituzionale parziale dell'art. 649 c.p.p.

Ad apertura della propria disamina, la Corte ha rilevato che la tesi focalizzata sul "fatto storico" trova accoglimento da parte di un ampio orientamento della giurisprudenza nazionale⁴⁹, come anche che la CEDU "affronta il principio del *ne bis in idem* con un certo grado di relatività, nel senso che esso patisce condizionamenti tali da renderlo recessivo rispetto a esigenze contrarie di carattere sostanziale. Questa circostanza non indirizza l'interprete, in assenza di una consolidata giurisprudenza europea che lo conforti, verso letture necessariamente orientate nella direzione della più favorevole soluzione per l'imputato, quando un'altra esegesi della disposizione sia comunque collocabile nella cornice dell'*idem factum*."

Alla luce di tali coordinate e dell'esame della più recente giurisprudenza convenzionale, la Consulta ha chiarito che "allo stato la Convenzione impone agli Stati membri di applicare il divieto di *ne bis in idem* in base a una concezione naturalistica del fatto, ma non di restringere quest'ultimo nella sfera della sola azione od omissione dell'agente."

In altri termini, la CEDU consentirebbe di ravvisare *fatti diversi* (giudicabili in *distinti processi*) allorché una *stessa condotta* dia luogo a una pluralità di *eventi naturalistici eterogenei*, purché tale valutazione non risulti contaminata da considerazioni concernenti le astratte fattispecie di reato integrate nel caso di specie.

Se tale rilievo ha precluso l'accoglimento della questione così come formulata dal GUP rimettente, la Consulta è pervenuta a opposta conclusione in riferimento alla peculiare ipotesi di concorso formale di reati *ex art. 81, co. 1 c.p.*

Premesso che la contestazione *contestuale* di diversi reati in relazione alla medesima condotta non stride con il "divieto di *ne bis in idem*, che si sviluppa invece con assoluta esclusività in una dimensione esclusivamente processuale, e preclude non il *simultaneus processus* per distinti reati commessi con il medesimo fatto, ma una *seconda iniziativa penale*, laddove tale fatto sia già stato oggetto di una pronuncia di carattere definitivo", si è rilevato che l'illustrato criterio del fatto storico si pone in insanabile contraddizione con il costante orientamento giurisprudenziale sui rapporti tra gli artt. 81, co. 1, c.p. e 649 c.p.p., in virtù del quale "la preclusione del *ne bis in idem* non opera ove tra i fatti già irrevocabilmente giudicati e quelli ancora da giudicare sia configurabile un'ipotesi di *concorso formale di reati*, potendo in tal caso la stessa fattispecie essere riesaminata sotto il profilo di una diversa violazione di legge".⁵⁰

Come è evidente, un tale opinare sottintende l'adozione del criterio del "fatto giuridico", la cui acclarata incompatibilità con la CEDU ha indotto la Corte Costituzionale a dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. "nella parte in cui secondo il diritto vivente esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale."

Della concezione di medesimo fatto come delineata dalla Corte costituzionale ha mostrato di saper fare coerente applicazione la giurisprudenza di legittimità, risolvendo in modo opposto le questioni relative ai rapporti, rispettivamente, tra i delitti di bancarotta fraudolenta per distrazione e appropriazione indebita, da un lato, e bancarotta fraudolenta per distrazione e truffa, dall'altro.

Rinviano a **Parte II, Cap. II, Sez. III**, per la disamina dei rapporti tra concorso apparente di norme e concorso effettivo di reati, è utile qui rilevare, quanto al rapporto tra bancarotta fraudolenta per distrazione e appropriazione indebita, che *Cass.*, 15 febbraio 2018, n. 25651⁵¹, ha ritenuto che sussista "stesso fatto" nel caso di chi, amministratore di una società, sottragga illegittimamente beni del patrimonio della società medesima che successivamente fallisca: ha conseguentemente sostenuto che, intervenuto un giudicato (nella specie assolutorio) quanto al delitto di appropriazione indebita, non può procedersi per il reato di bancarotta ostandovi la previsione del citato art. 649 c.p.p. a cagione della *medesimezza del fatto storico* e della *sola diversità del profilo giuridico*, come detto, tuttavia, irrilevante ai fini che qui ci occupano.

Diversa la conclusione cui è pervenuta la Corte con riguardo ai rapporti tra bancarotta fraudolenta per distrazione e appropriazione indebita.

Qui un amministratore di società incamerava al patrimonio sociale risorse ottenute in modo

⁴⁹ Cfr. su tutte *Cass.*, Sez. Un., 28 giugno 2005, n. 34655.

⁵⁰ Così *Cass.*, Sez. III, 18 settembre 2014, n. 50130.

⁵¹ Con nota di MUCCIARELLI, in *www.penalecontemporaneo.it*

I rapporti tra
bancarotta
fraudolenta
per distra-
zione e
appropria-
zione
indebita

I rapporti tra
bancarotta
fraudolenta
per
distrazione e
truffa

truffaldino, per poi, in un secondo momento, distrarle per scopi egoistici: fallita la società, ci si è chiesti se, intervenuto il giudice di condanna per truffa, possa l'amministratore essere processato per bancarotta.

Nel dare risposta positiva al quesito, *Cass 8 febbraio 2019, n. 13399*⁵², ha sostenuto che il secondo giudizio non è precluso stante la diversità del fatto considerato nei due procedimenti. Se è vero, infatti, che empiricamente l'operazione criminale può apparire identica, la distrazione essendo diretta a conseguire la titolarità dei beni fraudolentemente acquisiti dalla società, è anche vero che *naturalisticamente* i due fatti sono del tutto *distinti*, in quanto intervenuti *in momenti temporali differenti*.

9. Illeciti amministrativi sostanzialmente penali e diritto al silenzio. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117.

La qualificazione in termini sostanzialmente penali di un illecito amministrativo reca con sé implicazioni riguardanti non solo il diritto sostanziale ma anche quello processuale.

Se ne è già avuta in parte dimostrazione in relazione al divieto di *bis in idem* che, nonostante la compenetrazione di piani sostanziali e processuali tipica del diritto unionale e convenzionale, è anche -e prioritariamente- istituito procedurale, come attestato dalla disciplina che ad esso dedica l'art. 649 c.p.p.

Ulteriore questione è quella, esaminata da *Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117*, intervenuta a verificare che debba essere riconosciuto il *diritto al silenzio* nei procedimenti sanzionatori di competenza della Consob, aventi ad oggetto illeciti formalmente amministrativi ma sostanzialmente penali sulla base dei criteri *Engel*.

È utile anteporre una breve analisi dell'*ubi consistam* del diritto in esame e dei suoi referenti normativi.

È *ius receptum* che nel moderno processo penale il canone *nemo tenetur se detegere* sia ineludibile presidio di garanzia.

Sulla base del diritto al silenzio, l'imputato *non è tenuto ad autoaccusarsi*, potendo liberamente *scegliere se collaborare o no* con l'autorità procedente senza che abbia a patire conseguenze sfavorevoli per le proprie scelte difensive. Finanche il contegno menzognero è pienamente consentito con l'estremo limite del divieto penalmente sanzionato di calunnia. L'imputato può, così, con libertà scegliere se presentarsi all'interrogatorio o all'esame, se rispondere, se rispondere affermando il vero, se rendere dichiarazioni spontanee e così via. Ad ulteriore presidio del principio, il codice di rito penale prevede peculiari e garantiste discipline per quei soggetti in cui i tratti dell'imputato e del testimone si sovrappongono e confondono, quali i c.d. testimoni assistiti (art. 197 *bis* c.p.p.) e gli imputati in procedimento connesso (art. 210 c.p.p.), nonché per il caso in cui un teste "puro" rischi di autoincriminarsi dovendo deporre il vero, c.d. *privilege against self incrimination* (art. 198 c.p.p.). Sono, insomma, ben lontani i tempi in cui l'accusato aveva il dovere di dire la verità e tale verità poteva essergli estorta *cum supplicis*.

Tali principi sono stati sempre considerati riferiti al processo penale in senso stretto, non anche, invece, al procedimento amministrativo, persino sanzionatorio. Qui la scelta del privato di collaborare o meno con l'autorità procedente è stata costantemente ritenuta fonte di possibili conseguenze per l'incolpato, tanto

L'*ubi consistam* del diritto al silenzio

Il tradizionale ambito applicativo

⁵² Anch'essa annotata da MUCCIARELLI, in www.penalecontemporaneo.it

favorevoli in caso di condotta collaborativa quanto sfavorevoli in ipotesi di contegno ostruzionistico.

La svolta segnata da Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117

Diversa e innovativa è, invece, la prospettiva condivisa dalla citata *Corte cost.*, 10 maggio 2019, n. 117, che appalesa una volta di più gli effetti quasi rivoluzionari che l'adesione alla concezione autonomistica del reato sta producendo nel nostro ordinamento.

La questione

All'esame della Corte è stata sottoposta la questione relativa alla compatibilità con il diritto al silenzio e con le disposizioni costituzionali e sovranazionali che ne costituiscono la base giuridica dell'art. 187 *quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998, nella parte in cui sanziona la mancata ottemperanza nei termini alle richieste della CONSOB ovvero la causazione di un ritardo nell'esercizio delle sue funzioni, anche nei confronti di colui al quale la medesima CONSOB, nell'esercizio delle funzioni di vigilanza, contesti un *abuso di informazioni privilegiate*, ossia in un procedimento che, considerato amministrativo dal diritto nazionale, è tuttavia volto all'accertamento di un illecito ed all'applicazione di sanzioni che, in applicazione dei criteri *Engel*, sono già stati ritenuti penali dalla giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Giustizia⁵³.

La base giuridica del principio *nemo tenetur se detegere*

Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117, ha quindi in primo luogo dovuto ricostruire la base giuridica del diritto al silenzio, per vero collegato a plurimi parametri normativi, di fonte interna e sovranazionale.

A. L'art. 24 Cost.

Sul *versante interno*, la Corte, nel ricostruire la base giuridica del diritto in esame, richiama la stessa giurisprudenza costituzionale laddove ha a più riprese sostenuto che il diritto al silenzio dell'imputato – pur non oggetto di espresso riconoscimento costituzionale – costituisce un *corollario essenziale dell'inviolabilità del diritto di difesa*, riconosciuto dall'art. 24 Cost.⁵⁴ Tale diritto garantisce all'imputato la possibilità di rifiutare di sottoporsi all'esame e, più in generale, di avvalersi della facoltà di non rispondere alle domande del giudice o dell'autorità competente per le indagini.

Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117, ravvisa, così, un potenziale contrasto del citato art. 187 *quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998, con gli artt. 24 Cost. e 111 Cost.: si tratta di passaggio che può prestarsi a critica non essendo accompagnato dalla indicazione delle ragioni per le quali dalla qualificazione degli illeciti come sostanzialmente penali debba derivare non solo l'applicazione delle relative previsioni *convenzionali* ma anche delle norme costituzionali in materia penale. A rigore, infatti, l'adesione alla concezione autonomistica del reato dovrebbe portare ad estendere agli illeciti ed alle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali le sole norme convenzionali, non anche quelle interne.

B. I principi CEDU dell'equo processo e di presunzione di innocenza

Senonché, con riguardo al diritto al silenzio, i principi costituzionali italiani coincidono con quelli CEDU.

Ed invero, passando al *versante sovranazionale*, la giurisprudenza della Corte EDU - nonostante manchi un riconoscimento esplicito del diritto in esame nella Convenzione- ha a più riprese affermato che il riconoscimento del diritto a restare

⁵³ Corte cost., nn. 63 del 2019, 223 del 2018 e 68 del 2017). Corte di giustizia, 20 marzo 2018, in cause riunite C-596/16 e C-597/16, *Di Puma e Consob*.

⁵⁴ Ordinanze nn. 485 e 291 del 2002).

in silenzio e a non contribuire in alcun modo alla propria incriminazione è condizione essenziale della nozione di “equo processo” proclamata dall’art. 6, par. 1⁵⁵. Si tratta, invero, di diritto destinato a tutelare l’accusato da indebite pressioni dell’autorità volte a provocarne la confessione. La stessa Corte EDU, nel dare base giuridica al diritto in esame, lo considera strettamente connesso alla presunzione di innocenza di cui all’art. 6, par. 2, CEDU⁵⁶.

Soprattutto, la Corte EDU, muovendo dalla natura *punitiva*, in applicazione dei criteri *Engel*, di talune sanzioni qualificate come amministrative dall’ordinamento nazionale, ha ritenuto violato il diritto al silenzio in relazione a soggetti sanzionati dall’ordinamento nazionale per non avere fornito risposte ad autorità amministrative nell’ambito di procedimenti di accertamento di violazioni di natura amministrativa⁵⁷.

Muovendo da tale ricostruzione della disciplina CEDU, *Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117*, ravvisa la contrarietà del citato art. 187 *quinquiesdecies* del d.lgs. n. 58 del 1998, con l’art. 6 CEDU in combinato con l’art. 117, co. 1, Cost.

Ciò nonostante, la Corte non accoglie la questione di legittimità, la previsione sospettata di incostituzionalità essendo di diretta derivazione unionale (l’art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6/CE, e l’art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento (UE) n. 596/2014): in tale prospettiva, solleva talune questioni pregiudiziali, osservando che è la stessa Carta di Nizza, seppur non esplicitamente, a riconoscere il diritto al silenzio.

Come ricostruito da *Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117*, la giurisprudenza della Corte di giustizia UE, infatti, pur sostenendo –con specifico riferimento ai procedimenti amministrativi di competenza della Commissione europea in materia *antitrust* avviati a carico di imprese– che sussiste in capo all’impresa incolpata un *obbligo di attiva collaborazione*⁵⁸, non incompatibile con il diritto di difesa, né con quello ad un processo equo, ravvisa un limite al dovere di rispondere nel divieto per la Commissione di «imporre l’obbligo di fornire risposte attraverso le quali questa sarebbe indotta ad ammettere l’esistenza della trasgressione, che deve invece essere provata dalla Commissione»⁵⁹.

Secondo tale giurisprudenza, una violazione dei diritti della difesa parrebbe dunque sussistere soltanto laddove vengano poste domande volte a ottenere la *confessione* relativa alla commissione dell’illecito.

In ogni caso, come sostenuto da *Corte cost., 10 maggio 2019, n. 117*, la richiamata giurisprudenza della Corte di Giustizia –formatasi con riguardo a persone giuridiche e non fisiche, e in larga misura in epoca antecedente all’adozione della CDFUE e all’attribuzione alla stessa del medesimo valore giuridico dei Trattati – non pare richiamabile allorché vengano in considerazione procedimenti volti all’accertamento di illeciti e all’applicazione di sanzioni da considerare *penali* alla

C. Il diritto al silenzio nella giurisprudenza della Corte di giustizia

⁵⁵ Corte EDU, 25 febbraio 1993, *Funk*; 5 aprile 2012, *Chambaz*.

⁵⁶ 21 dicembre 2000, *Heaney e McGuinness*.

⁵⁷ 4 ottobre 2005, *Shannon*; 5 aprile 2012, *Chambaz*.

⁵⁸ 18 ottobre 1989, in causa C-374/87, *Orkem*; 29 giugno 2006, in causa C-301/04 P, *SGL Carbon AG*.

⁵⁹ Corte di giustizia, 18 ottobre 1989, in causa C-374/87, *Orkem*; 24 settembre 2009, nelle cause riunite C-125/07 P, C-133/07 P, C-135/07 P e C-137/07 P, *Erste Group Bank AG*.

stregua dei criteri *Engel*, quale è l'illecito di abuso di informazioni privilegiate e le sanzioni per esso previste dall'ordinamento italiano.

D'altra parte, la questione se gli artt. 47 e 48 CDFUE, alla luce della rammentata giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo concernente l'art. 6 CEDU, impongano di riferire tale diritto anche a procedimenti amministrativi suscettibili di sfociare nell'irrogazione di sanzioni di natura "punitiva", non risulta essere stata mai affrontata dalla Corte di giustizia UE⁶⁰.

10. Criteri *Engel* e principio di irretroattività sfavorevole: la natura delle confische per equivalente, ex art. 240 bis c.p. e antimafia. Rinvio.

La qualificazione come pene, in applicazione dei criteri *Engel*, di talune misure tradizionalmente considerate, nel diritto interno, *estrane* al diritto penale sostanziale, ha influito anche sulla definizione dei confini applicativi del principio di irretroattività sfavorevole (per la cui disamina si rinvia al successivo **Cap. V, Sez. I**).

La questione si è posta in primo luogo nel verificare la compatibilità con l'art. 7 CEDU e con il principio di irretroattività sfavorevole ivi previsto del regime intertemporale cui il nostro ordinamento è a lungo parso assoggettare l'applicazione di misure che, pur qualificate per l'appunto come "confische", presentano connotati di afflittività tali da ricondurle *più alla categoria della pena che non a quella della misura di sicurezza*: la questione si è posta per la confisca per equivalente, per quella ex art. 240 bis c.p. e, più di recente, per la confisca antimafia. Si rinvia, per la disamina della delicata problematica a **Parte III, Cap. II**.

10.1. *Segue*: Criteri *Engel* e principio di irretroattività sfavorevole: esecuzione penale e misure alternative alla detenzione e irretroattività sfavorevole. I problemi posti dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3.

La necessità di verificare gli esatti confini applicativi del principio di irretroattività sfavorevole si è riproposta nel valutare se allo stesso debbano soggiacere le norme che disciplinano le *modalità esecutive della pena* e le *misure alternative alla detenzione* di cui alla legge sull'ordinamento penitenziario.

Se, infatti, la giurisprudenza nazionale le ha di frequente ritenute non coperte dalla garanzia di irretroattività di cui all'art. 25, co. 2, Cost., reputandoli *istituti a connotazione processuale*, assoggettati quindi al principio *tempus regit actum*, il diritto europeo, ancorché con posizioni non sempre convergenti, pare considerarle, invece, coperte

⁶⁰ Muovendo da tali coordinate, la Corte costituzionale, quindi, pronunciandosi sulla questione di legittimità costituzionale dell'art. 187 *quinquiesdecies* TUF, ha rimesso, quindi, alla CGUE due quesiti interpretativi ossia se:

a) l'art. 14, par. 3, della direttiva 2003/6/CE, e l'art. 30, par. 1, lett. b), del regolamento (UE) n. 596/2014 debbano essere interpretati nel senso che consentono agli Stati membri di non sanzionare chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva";

b) in caso di risposta negativa a tale prima questione, i citati articoli siano compatibili con gli artt. 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo in materia di art. 6 CEDU e delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, nella misura in cui impongono di sanzionare anche chi si rifiuti di rispondere a domande dell'autorità competente dalle quali possa emergere la propria responsabilità per un illecito punito con sanzioni amministrative di natura "punitiva".

dalla garanzia di cui all'art. 7, CEDU⁶¹.

Anche in questo caso, dunque, il diritto europeo sembra assestarsi su una linea di tutela dei diritti fondamentali più avanzata rispetto a quella su cui si è collocata la nostra Corte costituzionale, che, se talvolta ha evitato di pronunciarsi sulla estensione del principio di irretroattività alle norme di diritto penitenziario⁶², ha talora optato per la soluzione negativa⁶³.

Rinviano al successivo **Cap. V, Sez. I** per la trattazione, è qui sufficiente considerare che dalla qualificazione di un istituto come processuale discende l'applicazione del principio *tempus regit actum* con insensibilità del rapporto giuridico in corso ad eventuali *nova* normativi; viceversa, l'attribuzione della natura (penale) sostanziale implica l'assoggettamento delle modifiche normative che lo investono ai ben più garantistici principi della irretroattività sfavorevole e della retroattività favorevole.

La questione si è di recente riproposta con riferimento alle misure alternative alla detenzione, in specie a seguito delle rilevanti modifiche introdotte dalla l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. *Spazzavorrotti*).

È utile considerare che, a partire dall'entrata in vigore della l. 26 luglio 1974, n. 354, recante *Norme sull'ordinamento penitenziario e sulla esecuzione delle misure privative e limitative della libertà* (di seguito, per brevità, O.P.) e via via con sempre maggiore decisione, il legislatore ha implementato le c.d. misure alternative alla detenzione, ovvero istituti (la cui natura è appunto al centro di dibattito) in forza dei quali, al ricorrere di determinate circostanze, colui il quale sia stato definitivamente condannato ad una pena detentiva *non sospesa* può scontare, in tutto o in parte, la stessa con modalità diverse dalla restrizione intramuraria e, segnatamente, mediante l'affidamento in prova al servizio sociale, la detenzione domiciliare, l'affidamento in prova in comunità terapeutiche per tossicodipendenti o nelle altre forme previste dalla legge.

Molteplici le finalità perseguite dalle misure tra cui, principalmente, il contrasto al sovraffollamento carcerario e l'attuazione del principio costituzionale del finalismo rieducativo della pena, meglio soddisfatto da modalità di espiazione della stessa certamente pensate per favorire la risocializzazione rispetto alla carcerazione.

Proprio in quest'ottica, l'art. 656, co. 5, c.p.p., nel testo modificato dapprima nel 1998 (l. 27 maggio 1998, n. 165, c.d. Simeone) e poi nel 2013 (l. 9 agosto 2013, n. 94), ha previsto un complesso *meccanismo di sospensione dell'ordine di esecuzione della pena*, sostanzialmente diretto a consentire al condannato di chiedere la concessione delle misure alternative in stato di libertà, *senza* dover previamente subire un *assaggio di pena*, onde evitare una permanenza temporanea in carcere desocializzante e foriera di accrescere l'*overcrowding* penitenziario.

Tale meccanismo è, però, inibito, tra l'altro, se la condanna ha ad oggetto determinati reati (c.d. *reati ostativi*) elencati all'art. 656, co. 9, c.p.p. e all'art. 4 *bis*, O.P. e per i quali

Il sistema delle misure alternative alla detenzione

Sospensione dell'ordine di esecuzione della pena e reati ostativi

⁶¹ *Jamil c. Francia*, 8 giugno 1995.

⁶² Corte cost., sent. 306/1990 e 68/1995.

⁶³ Corte cost., sent. 376/1997. Per una rassegna della giurisprudenza della Corte in tema di norme sull'esecuzione penale, MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in VASSALLI (a cura di), *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale*, 2006, 84 ss. In senso critico su tale giurisprudenza, VASSALLI, *Giurisprudenza costituzionale e diritto penale sostanziale. Una rassegna*, in PACE (a cura di), *Corte costituzionale e processo costituzionale*, 2006, 1049.

lo stesso art. 4 *bis* (in relazione ai soli illeciti ivi menzionati) ha anche previsto - per la concessione della misura alternativa (oltre che di permessi premio e del lavoro esterno)- la necessaria compresenza di alcuni ulteriori stringenti presupposti (ad es. la collaborazione con la giustizia).

■ **La questione**

Ci si chiede se norme intervenute ad ampliare l'elenco dei reati ostativi, con correlativo restringimento dell'area di applicazione dell'istituto della sospensione dell'ordine di esecuzione e dell'accesso alle misure alternative senza necessità di collaborazione con l'autorità giudiziaria (e requisiti aggiuntivi analoghi), debbano *retroagire* applicandosi anche allorché, in relazione ai reati considerati ostativi dalla norma sopraggiunta, siano già intervenute condanne passate in giudicato o se, viceversa, le stesse debbano essere applicate solo ai fatti commessi dopo la relativa entrata in vigore.

Al riguardo, tradizionalmente la giurisprudenza e parte della dottrina optano per la tesi favorevole all'applicazione del *novum* alle condanne pregresse sull'assunto della *natura processuale* delle misure alternative, con conseguente applicazione del richiamato principio *tempus regit actum*, tanto sull'assunto secondo cui le stesse *non sono pene*, ma *mere modalità di esecuzione della pena*, come tali non a caso disciplinate dal codice di rito penale.

Tale approccio tradizionale è stato, però, messo in discussione dalla sentenza *Gran Camera Corte EDU Del Rio Prada c. Spagna del 2013* che, proprio applicando gli *Engel criteria*, ha concluso per la *natura sostanziale* dell'istituto portato alla sua attenzione ed assimilabile ad una delle misure alternative del diritto italiano, con le indicate conseguenze in punto di diritto intertemporale.

Il dibattito è diventato di grande attualità da quando la citata l. 9 gennaio 2019, n. 3 (c.d. *Spazzacorrotti*) ha inserito nel novero dei delitti di cui all'art. 4 *bis*, O.P. anche taluni reati contro la p.a.

Anche valorizzando la citata pronuncia della Corte EDU, alcuni giudici dell'esecuzione⁶⁴ e della sorveglianza⁶⁵, richiamando diffusamente *Cass., sez. VI, ud. 20 marzo 2019, n. 12541*⁶⁶ hanno sollevato, pur con varietà di accenti, questione di legittimità costituzionale del nuovo art. 1, co. 6, lett. b), l. 9 gennaio 2019, n. 3, nella parte in cui - nell'includere tra i reati ostativi di cui all'art. 4 *bis*, O.P. anche taluni reati contro la p.a.- non prevede un'adeguata disciplina di diritto intertemporale fondata sul principio di irretroattività sfavorevole.

I giudici *a quibus* hanno, al riguardo, sostenuto che, a dispetto delle qualificazioni formali offerte dalla giurisprudenza nazionale, le misure alternative alla detenzione non incidono solo sulle modalità pratiche di espiazione della pena -come accade, ad esempio, per le norme disciplinanti il numero dei colloqui consentiti al detenuto, i contatti col proprio legale, o la partecipazione alle attività formative tenute entro il

⁶⁴ Corte app., Lecce, ord. 4 aprile 2019 e Trib. Napoli, Ufficio GIP, ord. 2 aprile 2019, in www.penalecontemporaneo.it, con nota di GATTA, *Estensione del regime ex art. 4-bis o.p. ai delitti contro la P.A.: sollevate due prime questione di legittimità costituzionale*.

⁶⁵ Trib. di Sorveglianza di Venezia, ord. 8 aprile 2019, in *Archivio Penale Online*, 2019, fasc. 2, p. 1 e ss., con nota di MANES, *Dubbi di costituzionalità sulla qualificazione "sostanziale" delle norme penitenziarie (a proposito di art. 4 bis ord. pen. e legge "spazza-corrotti")*.

⁶⁶ In www.penalecontemporaneo.it, con nota di GATTA, *Estensione del regime ostativo ex art. 4-bis ord. penit. ai delitti contro la P.A.: la Cassazione apre una breccia nell'orientamento consolidato, favorevole all'applicazione retroattiva*, in www.penalecontemporaneo.it.

penitenziario- ma sulla stessa *qualitas* della sanzione, evidente apparendo la diversità della situazione di chi si trovi a scontare una pena formalmente identica *da ristretto* rispetto a chi quella stessa pena debba espiarla *presso il proprio domicilio*.

In questo senso anche la prospettiva di richiedere la concessione della misura da detenuto o da soggetto libero non può essere confinata nell'angusto spazio delle modalità procedurali di espiazione della sanzione ma impinge direttamente sul *quomodo* della privazione della libertà personale.

Se così è, lede il principio di irretroattività sfavorevole e di certezza del diritto l'assoggettamento del condannato ad un regime di accesso a tali misure più sfavorevole di quello vigente all'epoca del fatto commesso e sulla base del quale, verosimilmente, egli si è orientato nella scelta sul *se* delinquere. Occorre allora garantire – è stato sostenuto nelle ordinanze di rimessione- la calcolabilità delle conseguenze penali della propria condotta quale contenuto indefettibile del principio di prevedibilità, a sua volta componente essenziale della legalità convenzionale e costituzionale.

11. Criteri *Engel* e retroattività favorevole: Corte cost., 21 marzo 2019, n. 63.

La qualificazione come *penali*, in applicazione dei criteri *Engel*, di taluni illeciti e di talune sanzioni formalmente amministrativi ha comportato una ridefinizione dei confini applicativi dell'ulteriore principio di *retroattività favorevole*, di cui è qui necessario metterne subito in rilievo il rango costituzionale e il riconoscimento quale principio riconosciuto dalla Convenzione EDU, attesa la lettura che la Corte EDU ha dato del relativo art. 7, nella nota sentenza *Scoppola*.

Rinviano, quindi, al successivo **Cap. V, Sez. I** per la disamina del principio di retroazione favorevole, della sua base giuridica e dei suoi risvolti applicativi, è utile qui osservare, con specifico riguardo al tema sopra indicato, che la disciplina generale dell'illecito amministrativo, dettata dalla legge 24 novembre 1981, n. 689, pur estendendo a quell'illecito altri principi prettamente penalistici, nulla dice, invece, quanto all'operatività del principio che qui si sta considerando.

Sul tema, in passato, la Corte costituzionale ha escluso la possibilità di estendere alle sanzioni amministrative garanzie e principi che, nell'ordinamento nazionale, sono previste soltanto per le pene in senso stretto, rimarcando, sotto tale profilo, la differenza tra un ordinamento, come il nostro, fondato sulla dicotomia tra le due tipologie di sanzioni e un ordinamento, come quello convenzionale, che presuppone una equiparazione tra le misure afflittive ai fini dell'applicazione delle garanzie penalistiche.

In dettaglio, alla Consulta è stata innanzitutto rimessa una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto proprio l'art. 1 della legge 24 novembre 1981, n. 689, “*nella parte in cui non prevede l'applicazione all'autore dell'illecito amministrativo della legge successiva più favorevole*.”

Tuttavia, nel rigettare i denunciati profili di contrasto con gli artt. 3 e 117 Cost., *Corte cost.*, 20 luglio 2016, n. 193 – pur dando conto della giurisprudenza di Strasburgo in materia – ha negato che dall'art. 7 della Convenzione, così come interpretato dalla Corte EDU, discenda “*l'affermazione di un vincolo di matrice convenzionale in ordine alla previsione generalizzata [...] del principio della retroattività della legge più favorevole, da trasporre nel sistema delle sanzioni amministrative*”. Conseguentemente, il Giudice delle leggi,

Corte Cost.
20 luglio
2016, n. 193

valorizzando la persistente autonomia dell'illecito amministrativo rispetto al penale, ha giudicato infondata la questione prospettata dal giudice *a quo* e ha così respinto il tentativo di integrare la disciplina generale di cui alla legge 24 novembre 1981, n. 689, mediante un'affermazione generale dell'obbligo di applicazione della legge successiva più favorevole anche agli autori di tutti gli illeciti amministrativi.

Senonché, più di recente, è tornata sul tema *Corte cost.*, 21 marzo 2019, n. 63, che, nel ritenere la necessità di estendere l'ambito applicativo del principio di retroattività favorevole agli illeciti ed alle sanzioni *formalmente amministrativi ma sostanzialmente punitivi* in applicazione dei criteri *Engel*, ha concluso per l'illegittimità costituzionale di ogni previsione che, senza una giustificazione ragionevole, rappresentata dalla necessità di tutelare interessi di pari rango costituzionale, impedisca la retroattività di una sanzione amministrativa *punitiva* successiva più favorevole⁶⁷.

Illegittimità
costituzionale e sorte
dei giudicati
riguardanti
sanzioni
amministrative
"punitive"

Di un *tema attiguo ma diverso* si è invece occupata *Corte cost.*, 24 febbraio 2017, n. 43, intervenuta a valutare la sorte delle sentenze, passate in giudicato, con le quali sia stata inflitta una sanzione amministrativa, qualificabile come *penale* ai sensi del diritto convenzionale, nell'ipotesi in cui il fondamento normativo della sanzione stessa sia venuto meno per effetto di una sopravvenuta declaratoria di illegittimità costituzionale.

In particolare, il giudice rimettente ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 30, co. 4, della legge 11 marzo 1987, n. 87, nella parte in cui tale disposizione non estende alle sanzioni formalmente amministrative, ma *sostanzialmente punitive* sulla base dei criteri *Engel*, la conseguenza della cessazione dell'esecuzione della pena e di tutti i suoi effetti penali nel caso in cui sia stata dichiarata l'illegittimità costituzionale della norma in applicazione della quale la sentenza di condanna è stata pronunciata.

Questione ritenuta infondata dalla Corte sulla base di tre considerazioni.

In primo luogo, la Consulta rileva come non sia rinvenibile, nella giurisprudenza della Corte EDU, una regola che imponga, in caso di sopravvenuta caducazione della base legislativa di una misura afflittiva, la rimozione del giudicato di condanna. Del resto, chiosa la Corte, il principio di necessaria retroattività della legge penale più favorevole è stato sinora affermato dalla giurisprudenza di Strasburgo soltanto rispetto alle leggi succedutesi dal momento del fatto alla sentenza definitiva, senza alcuna affermazione – per converso – della necessità di travolgere il giudicato, così come richiesto dal giudice *a quo* nel caso di specie.

In secondo luogo, ad avviso del Giudice delle leggi, spetterebbe soltanto al legislatore la scelta in ordine a quali garanzie riservare alle disposizioni penali secondo il diritto interno ed è pertanto del tutto legittima la mancata estensione all'illecito amministrativo di taluni principi operanti nel diritto penale in senso stretto (come quello previsto dal censurato art. 4, l. n. 11 marzo 1987, n. 87).

Infine, si evidenzia come tale soluzione non si risolva in un'indebita disparità di trattamento tra sentenze di condanna a una pena e sentenze comminatorie di sanzioni amministrative, trattandosi di situazioni aventi riflessi processuali molto diversi (basti pensare, al riguardo, alla differenza tra la fase esecutiva a cui sono sottoposte le sanzioni amministrative e l'esecuzione penale).

⁶⁷ In *www.penalecontemporaneo*, con nota di SCOLETTA, *Retroattività favorevole e sanzioni amministrative punitive: la svolta, finalmente, della Corte Costituzionale*.

NEL DIRITTO
EDITORE
