

28 MARZO 2018

Il dilemma della materia penale:
di alcune tensioni costituzionali
attraverso lo studio di un suo specifico
istituto, la confisca

di Valeria Marcenò

Professore associato di Diritto costituzionale
Università di Torino

Il dilemma della materia penale: di alcune tensioni costituzionali attraverso lo studio di un suo specifico istituto, la confisca^{*}

di Valeria Marcenò

Professore associato di Diritto costituzionale
Università di Torino

Sommario: 1. Il dilemma della materia penale. 2. Perché l'istituto della confisca penale. 3. Il disagio della dottrina: la contrarietà delle forme di confisca ai principi costituzionali. 3.1. La confisca per equivalente. 3.2. La confisca allargata. 3.3. La confisca senza condanna. 4. Intrecci giurisprudenziali. 4.1. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo nel "blocco di costituzionalità". 5. Spunti di riflessione. 5.1. Diritto vivente, interpretazione convenzionalmente orientata e decisioni costituzionali. 5.2. Tante sovranità, nessuna sovranità. 5.3. La giurisprudenza come fonte. L'inarrestabile processo verso un diritto giurisprudenziale.

1. Il dilemma della materia penale

La cultura giuridica penale e i suoi istituti sono sempre più di frequente al centro di un vivace dibattito dottrinale. Tale dibattito attiene a molti dei profili a lungo ritenuti consolidati nella materia penale e che investono necessariamente i principi costituzionali: il riferimento è al principio di legalità, al principio di irretroattività, alla presunzione di non colpevolezza, fino al concetto stesso di pena e di giustizia penale. Ciò che lo studio della dottrina impegnata su questi temi e della giurisprudenza coinvolta (particolarmente di quella costituzionale e sovranazionale) consente di rilevare la tensione tra due esigenze, tra loro difficilmente conciliabili: da un lato, sotto la pressione delle corti e della giurisprudenza sovranazionali, quella dell'armonizzazione di un diritto penale a livello europeo; dall'altro – e, sembrerebbe, in opposizione –, quella dell'attaccamento a paradigmi penalistici espressivi di particolari (nel senso del particolarismo giuridico secondo l'uso fattone da Paolo Grossi) sistemi interni.

Alla contrapposizione, per paradigmi, nazionale/sovranazionale, si aggiunge una lotta - tutta interna – per la determinazione della politica criminale e della sua effettività. Le valutazioni su che cosa sia giusto e opportuno punire, e come punire, spettano certamente al legislatore, trattandosi di scelte

* Articolo sottoposto a referaggio. Il presente scritto riporta, in maniera più sintetica, alcune osservazioni e riflessioni più ampiamente sviluppate in un lavoro, di prossima pubblicazione, dal titolo *Le confische tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, che confluirà nel volume collettaneo *Le confische*, curato da Tomaso Emilio Epidendio e Gianluca Vitale ed edito dalla Giuffrè nella collana *Le fonti del diritto italiano*. Si tratta di un primo approdo allo studio di più ampi temi che investono la materia penale osservati dal punto di vista del diritto costituzionale.

eminentemente politiche e perlopiù condizionate da situazioni storiche contingenti. Ma, come è stato detto, «[l]a politica del diritto penale non è mera “politica criminale”, di prevenzione e di controllo della criminalità: è anche politica delle garanzie. Ha a che fare con equilibri fondamentali fra autorità dello Stato e diritti e libertà delle persone: fra individuo e Stato, autorità e libertà»¹. In tali interstizi si inserisce la dimensione sempre più giudiziale del diritto. Gli strumenti della giurisprudenza in generale, e di quella costituzionale in particolare, ruotano perlopiù intorno alla peculiarità del caso, alla ragionevolezza della soluzione, al bilanciamento tra principi, alla proporzionalità tra ciò che è posto e ciò che si intende perseguire, all’equità, enfatizzando una visione del diritto improntata alla razionalità pratica (il diritto è pur sempre una scienza pratica), ma contemporaneamente svuotando (o comunque affievolendo) il ruolo del legislatore nazionale come soggetto incaricato di operare le scelte di politica criminale.

2. Perché l’istituto della confisca penale

Con il termine confisca si intende la ablazione coattiva al reo dei beni connessi al reato. Nata come misura di sicurezza patrimoniale (artt. 236 e 240 c.p.), ha assunto nel tempo, pur mantenendo il *nomen iuris*, configurazioni diverse, allontanandosi sempre più dal modello tradizionale. La disposizione codicistica, infatti, distingue ipotesi di confisca facoltativa, ove il provvedimento *può* essere disposto in base alla valutazione del giudice, da ipotesi di confisca obbligatoria, ove il provvedimento *deve* essere disposto *sempre*, essendo la valutazione già stata espressa *a priori* dal legislatore. La confisca facoltativa è comunque subordinata a una pronuncia di condanna. Le uniche ipotesi di confisca che prescindono dalla condanna sono quelle che involgono i c.d. beni intrinsecamente criminosi, ossia quelle cose il cui uso, porto o detenzione o alienazione costituisce reato: la pericolosità è *in re ipsa* e la loro confiscabilità necessaria. Entrambe le ipotesi di confisca (facoltativa e obbligatoria) presuppongono il c.d. nesso pertinenziale tra il bene da confiscare e il reato.

L’aver, l’ordinamento italiano, riscoperto la confisca quale strumento di lotta contro l’accumulazione di capitali illeciti, sia con riferimento alla criminalità organizzata, sia con riferimento alla criminalità economica e d’impresa, ha portato allo svuotamento, o comunque al superamento, di queste regole. La regola generale della facoltatività della misura si è invertita, nelle forme speciali di confisca, nel suo contrario, divenendo generale la obbligatorietà. L’ipotesi di confisca senza condanna, unica nella formulazione tradizionale, subisce una crescente espansione applicativa. Il legame tra il bene confiscato e il reato perde la sua essenzialità, assumendo la nozione di bene contorni molto labili e trasformandosi il reato da presupposto per la misura a “occasione” per la sua adozione.

¹ D. PULITANÒ, *Sulla pena. Fra teoria, principi e politica*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, p. 647.

Questo massiccio discostamento dal modello tradizionale, oltre a decretare l'obsolescenza dell'art. 240 c.p., è espressione della volontà statale di ricorrere a interventi di politica criminale più efficaci, la cui maggiore incisività sta nell'identificare nel patrimonio (e, dunque, nella sua aggressione da parte dello Stato), prima ancora che nella persona, il "luogo" della lotta al crimine². Che al di sotto di ogni varietà di confisca introdotta legislativamente covi una specifica scelta di politica criminale è chiaro; ma ciò non consente di ignorare il contesto (costituzionale e convenzionale) nel quale tali scelte operano. Al contrario, esige che, anche in questo campo, sia mantenuto (e, dunque, constatato) il rispetto di un livello minimo di tutela dei diritti fondamentali; che all'intensificarsi del ricorso a misure di intervento sul patrimonio non corrisponda, sul piano legislativo, una progressiva attenuazione del livello di tutela del singolo e del suo patrimonio.

La neutralizzazione patrimoniale di soggetti inseriti nell'ambito di una criminalità del profitto può certamente richiedere degli adattamenti dei principi del diritto penale classico, soprattutto quando si frappongono esigenze di difesa sociale avvertite come fondamentali. Assume, però, rilevanza costituzionale la delimitazione dei confini entro i quali un allentamento dei tradizionali canoni penalistici può dirsi legittimo³.

La peculiarità dell'istituto della confisca, dunque, sta proprio in ciò: per quanto si tratti di una misura specifica ed eminentemente tecnica, essa si pone a cavallo di due esigenze potenzialmente contraddittorie (nel senso della loro reciproca esclusione), ma tra le quali è invece necessario trovare un contemperamento: le esigenze di effettività del sistema penale dinanzi a fenomeni criminali di rilevante intensità, e le esigenze di legalità e di garanzia – dalle quali non è comunque possibile prescindere – dell'imputato. Si potrebbe dire, tra la «ragion di Stato» e la «ragione di Costituzione».

² Il tema delle misure patrimoniali diviene centrale nelle politiche volte a contrastare efficacemente la dimensione collettiva e imprenditoriale della criminalità organizzata, sia nella realtà interna, sia in quella europea. Si tratta di «un settore "di frontiera" del diritto penale, sul quale si sta appuntando una crescente attenzione nelle diverse sedi di produzione normativa e giurisprudenziale, sulla base della consapevolezza che [...] una valida strategia di contrasto deve incidere proprio sulle basi economiche del crimine organizzato (e cioè su quella vastissima rete di beni e rapporti economici destinati alla conservazione ed all'esercizio dei poteri criminali)» (A. BALSAMO – G. LUPARELLO, *La controversa natura delle misure di prevenzione patrimoniali*, in S. FUSARO, (a cura di), *Misure di prevenzione*, Torino, 2013, p. 317).

³ «Di fronte a pene sin da principio definitivamente patrimoniali (cioè non convertibili in pene limitative della libertà) [...] *Pethos* giuspubblicistico potrebbe accettare qualche sacrificio della tassatività e della stretta interpretazione, e soprattutto di altri fondamentali principi come quelli di sussidiarietà e di colpevolezza o di irretroattività della legge, la cui fondazione "necessaria" e pregnante risulterebbe fragile senza il richiamo perentorio alla minaccia della sanzione detentiva che in campo penale è stata indispensabile per la loro costruzione» (M. DONINI, *Teoria del reato*, Padova, 1996, p. 41).

3. Il disagio della dottrina: la contrarietà delle forme di confisca ai principi costituzionali

La varietà di forme che la confisca ha ormai assunto è tale da rendere evidente la loro non comprimibilità in un istituto unico⁴. Del resto, la Corte costituzionale, sin dalle sue prime sentenze in materia, ne ha riconosciuto la polifunzionalità: sebbene il suo contenuto sia in astratto sempre lo stesso (la privazione di beni economici), la confisca «non si presenta sempre di eguale natura e in unica configurazione, ma assume, in dipendenza delle diverse finalità che la legge le attribuisce, diverso carattere, che può essere di pena come anche di misura non penale» (sentenza n. 46 del 1964)⁵. Di tale pluralità di forme la dottrina ha, man mano che venivano introdotte, manifestato le proprie perplessità. Non si intende in questa sede dare conto delle singole ipotesi di confisca, previste nel codice penale o nelle leggi speciali. Ciò esulerebbe dalle finalità del presente lavoro. Ma, ai suoi limitati fini, può essere utile individuare alcune macro-categorie, e di queste sondare la compatibilità con le garanzie costituzionali proprie della materia penale⁶. E' possibile che tali macro-categorie non esauriscano le numerose varianti, attuali e future, della confisca. Così come è probabile che molte di tali varianti ricadano contemporaneamente in più macro-categorie, presentando caratteri dell'una e dell'altra. Esse, in tutta evidenza, non sono sufficienti a rispecchiare integralmente la realtà delle forme di confisca nelle sue infinite particolarità; ma consentono – ed è questo il loro scopo – di concettualizzarle e, così facendo, semplificarle.

Le confische possono, dunque, essere ridotte alle tre seguenti macro-categorie: I. *confisca per equivalente*; II. *confisca allargata*; III. *confisca senza condanna*.

3.1. La confisca per equivalente

Quando, non essendo possibile, per qualunque ragione, reperire e, dunque, sottrarre direttamente il bene connesso al reato, è prevista la confisca di beni, che siano nella disponibilità del reo, per un valore *corrispondente* a quello del profitto del reato⁷. Oggetto della aggressione è, dunque, il patrimonio del reo

⁴ Tanto è vero che la dottrina specialistica ritiene ormai l'opportunità di parlare, anziché di confisca, di *confische* (T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema delle responsabilità degli enti*, Padova, 2011; E. NICOSIA, *La confisca, le confische*, Torino, 2012). Come è stato detto, la confisca è un istituto «teleologicamente ambiguo e dogmaticamente apolide» (V. MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, n. 3/2015, p. 1261) e sulla sua qualificazione si assiste «ad una sorta di pendolarismo dogmatico», sia da parte della dottrina che da parte della giurisprudenza (A. BALSAMO – G. LUPARELLO, *La controversa natura*, cit., p. 311ss.).

⁵ Le stesse affermazioni si ritrovano nelle sentenze n. 29 del 1961, n. 53 del 1986 e, più recentemente, n. 196 del 2010.

⁶ Per maggiori approfondimenti dei singoli profili che verranno di seguito trattati sia consentito rinviare a T.E. EPIDENDIO – G. VITALE (a cura di), *Le confische*, cit., (di prossima pubblicazione).

⁷ L'art. 322-ter c.p. prevede la confisca obbligatoria di beni che costituiscono il profitto o il prezzo del reato, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, «quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo o profitto».

indipendentemente dal suo legame con l'attività illecita (seppur nei limiti dell'accertato ammontare del prezzo o del profitto del reato, non essendo ad ogni modo possibile sottoporre a confisca più di quanto il reo abbia ottenuto con la sua condotta illecita). L'ampliamento della nozione di bene confiscabile e il venir meno del nesso di pertinenzialità tra il bene confiscabile (essenziale nella nozione tradizionale di confisca) hanno indotto la dottrina (e, a seguire, la giurisprudenza) a riconoscere una trasfigurazione della funzione di tale forma di confisca: alla funzione preventiva (che pur continua a sussistere, mirando la misura a privare il reo di un qualunque beneficio economico derivante dall'attività criminosa, così dal dissuaderlo e disincentivarlo dalla commissione di altri reati), si sommano - fino a soffocarla, però - le funzioni repressiva e compensativa della misura. Al di là della permanenza del *nomen* "confisca", essa opera non come misura di sicurezza patrimoniale, bensì come strumento di sanzione e di compensazione, come «forma di riequilibrio economico [...], perché non dovrebbe comportare alcun sacrificio di un bene o di un diritto del destinatario della misura - una *deminutio* patrimoni -, in quanto si tratta solo di restituire, anche se in forma diversa, quanto indebitamente ottenuto e che non si ha diritto a trattenere»⁸.

Conseguenza di tale configurazione è la sua riconducibilità nell'ambito delle più estese (rispetto a quelle proprie delle misure di sicurezza patrimoniali) garanzie costituzionali: la sottrazione coattiva di una porzione del patrimonio del reo, pur equivalente al valore del bene oggetto del reato ma a prescindere dal nesso con quest'ultimo, avendo natura essenzialmente punitiva, gode della copertura posta dall'art. 25 Cost. Ciò significa che non può essere disposta la confisca per reati per i quali essa non era prevista al momento della loro commissione.

Se, da un lato, l'applicabilità del principio di irretroattività ha trovato il plauso della dottrina (volta a guardare più alla sostanza del provvedimento, che alla sua forma e qualificazione astratta), dall'altro non ha impedito di scorgere comunque alcune contrarietà costituzionali.

La dilatazione della definizione di profitto confiscabile, non più circoscritto al provento del reato, ma teso fino ad abbracciare il più ampio concetto di "vantaggio patrimoniale" (che può consistere in un incremento del patrimonio dell'agente attraverso l'acquisizione di nuovi beni, come in una mancata diminuzione patrimoniale conseguita attraverso un risparmio), ha contribuito alla configurazione di tale forma di confisca come una vera e propria sanzione, volta a ristabilire gli equilibri economici alterati; ma la ha al contempo esposta a vizi di illegittimità costituzionale per violazione dei vincoli di determinatezza imposti dall'art. 25, secondo comma, Cost.⁹

⁸ A. M. MAUGERI, *La confisca per equivalente - ex art. 322-ter - tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, p. 827.

⁹ A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., p. 794ss.; V. MONGILLO, *Confisca (per equivalente) e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 716 ss., il quale evidenzia in particolare come l'inclusione, in via interpretativa, nella nozione di bene confiscabile dei risparmi di

Il fatto poi che, secondo la giurisprudenza, essa possa applicarsi anche a chi, per l'aver concorso al reato, non ne abbia tratto il profitto o il prezzo, o che possa gravare per l'intero su un solo concorrente, suscita una serie di perplessità proprio dal punto di vista di quelle garanzie costituzionali che la sua qualificazione quale misura sanzionatoria pretenderebbe: del principio di legalità (art. 25, terzo comma, Cost.), in quanto pena non legislativamente prevista (perché la disciplina della confisca per equivalente consente solo di confiscare nella forma equivalente un ammontare corrispondente al profitto, al prezzo o al prodotto del reato *a colui cui sia pervenuto*); del principio di colpevolezza, perché la sanzione non sarebbe commisurabile alla colpevolezza; del principio di proporzionalità, perché l'applicazione della confisca dell'intero importo a carico di un solo concorrente risulterebbe sproporzionata rispetto al disvalore del fatto e al livello di colpevolezza di ciascuno. Come è stato rilevato, «[s]embra assurdo, del resto, che l'interpretazione della confisca per equivalente come avente natura sanzionatoria, che dovrebbe assumere una portata garantistica, nel senso di consentire l'applicazione delle garanzie della materia penale [...], si traduca invece in una violazione di principi fondamentali, trasformando tale forma di confisca in una pena patrimoniale di origine pretoria»¹⁰.

3.2. La confisca allargata

Anche detta estesa o «di patrimoni»¹¹, si ha confisca allargata quando la misura aggredisce il patrimonio del reo, in misura consapevolmente sproporzionata rispetto al valore del bene pertinente al reato¹². Oggetto della confisca sono i beni che costituiscono il patrimonio del reo e di cui questi non è in grado di provare la legittima provenienza. Il reato perde, dunque, la sua funzione di selezione dei beni da confiscare per divenire mera occasione per sottrarre al reo la disponibilità di una pluralità di beni

spesa comporti una lesione del divieto di analogia in materia penale; F. MUCCIARELLI – C.E. PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Diritto penale contemporaneo*, 20 aprile 2015.

¹⁰ A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., p. 829.

¹¹ T.E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale*, cit., p. 53ss.

¹² Ipotesi esplicative di questa forma di confisca sono quella prevista dall'art. 12-*sexies* della legge n. 356 del 1992 (Modifiche urgenti al nuovo codice di procedura penale e provvedimenti di contrasto alla criminalità mafiosa) e quella prevista dall'art. 2-*ter* della legge n. 575 del 1965 (modificati dalla legge n. 125 del 2008, dalla legge n. 94 del 2009, dal d.lgs. n. 159 del 2011 e da ultimo dalla legge n. 161 del 2017). La prima disposizione prevede la confisca obbligatoria «del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica». La seconda prevede la confisca obbligatoria di beni «di cui la persona, nei cui confronti è instaurato il procedimento, non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego».

unitamente considerati. Ciò che assume rilevanza è la presunzione di pericolosità del bene, ove la pericolosità è dedotta dalla mancata allegazione, posta a carico del reo, della sua lecita provenienza. Seppur interrotto il nesso di pertinenzialità e pur aggredendo il patrimonio del reo evidentemente sulla base di una presunzione di illiceità della sua provenienza, non si realizza quella trasfigurazione che ha connotato la confisca per equivalente: a seconda della condizione del reo (condannato o indagato), permane la qualificazione di misura di sicurezza patrimoniale con funzione dissuasiva e la qualificazione di prevenzione patrimoniale. Sulla scorta di una sorta di criterio di prevalenza, pur nella evidenza della natura punitiva, tale forma di confisca mantiene finalità prevalentemente preventive, nel duplice senso di prevenire (e, dunque, evitare) la commissione di ulteriori condotte illecite e (soprattutto) l'introduzione nel mercato di beni illecitamente acquisiti.

E' pur vero che tali forme di confisca sono nate come risposta a una precisa politica criminale: contrastare la criminalità organizzata di particolare gravità e disvalore sociale (quali l'associazione mafiosa o l'associazione finalizzata al traffico di stupefacenti) e impedire la immissione nel circuito economico di beni o profitti illecitamente acquisiti e idonei a inquinare l'economia legale. Ma – si potrebbe dire - *spiegare* non significa di per sé *giustificare*. Le esigenze della politica criminale, nonché la effettività del diritto penale non possono non confrontarsi con le previsioni costituzionali¹³.

I. La esclusione della natura sanzionatoria implica la sua permanente soggezione al principio *tempus regit actum*, quando, al contrario, è ormai riconosciuto il principio di irretroattività nelle ipotesi, ritenute da parte della dottrina, ben meno afflittive, della confisca per equivalente. Il che è ritenuto motivo di «irrazionalità della disciplina della confisca nell'ordinamento italiano»¹⁴.

II. L'estensione dell'ambito di applicazione di siffatta forma di confisca pone un problema di compatibilità con il principio di legalità penale, in particolare con quello di determinatezza della fattispecie penalmente rilevante e della prevedibilità delle conseguenze. Si consideri che essa nasce originariamente come forma di contrasto alla criminalità organizzata¹⁵, quale è l'associazione di tipo mafioso, ma che è

¹³ Oggetto della discussione non è la legittimità costituzionale della previsione di misure incidenti sul patrimonio, quanto l'ambito di applicazione di tali misure. Come è stato infatti osservato (A. CELOTTO, *La prevenzione speciale, i principi costituzionali e le garanzie europee*, in S. FUSARO, (a cura di), *Misure di prevenzione*, cit., pp. 28 - 29), tali misure trovano copertura costituzionale sia nell'art. 41 Cost. (che vieta all'iniziativa economica privata di svolgersi in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana e ne consente l'assoggettamento ai controlli legislativi in funzione di indirizzo e coordinamento a scopi sociali); sia nell'art. 42 Cost. (che tutela la proprietà privata ma nei limiti della sua funzione sociale).

¹⁴ A.M. MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., p. 834.

¹⁵ L'ambito di applicazione delle misure di prevenzione era originariamente circoscritto a significative fattispecie, come il sequestro di persona a scopo di estorsione, il riciclaggio, la tratta di esseri umani, l'estorsione, l'usura: fattispecie la cui realizzazione è spesso connessa al crimine organizzato e che presentano un particolare disvalore. Successivi interventi legislativi hanno consentito l'applicazione di tali misure ad altre fattispecie, quali la corruzione e la concussione (A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione? Dalle Sezioni Unite*

venuta via via applicandosi a soggetti rei di crimini comuni, a prescindere dall'organizzazione criminale e spesso anche dalla loro gravità, nonché anche a soggetti che del reo sono eredi o aventi causa.

III. Sulla base della valutazione di comportamenti *sintomatici* di uno stile di vita presuntivamente illegale si deduce la provenienza illecita dei beni che si intendono confiscare e, dunque, la natura oggettivamente pericolosa del bene. Ciò ne legittima la confisca. Tale valutazione, però, non è intesa nel senso della *prognosi* di futura attività criminale (pericolo futuro derivante dall'uso dei beni), ma piuttosto nel senso della *diagnosi* di una passata attività criminale del reo (origine criminale del bene). Il che ingenera, secondo parte della dottrina, alcuni dubbi sulla sua legittimità in riferimento alla opposta presunzione di non colpevolezza. Non a caso si è parlato, suscitando una certa inquietudine, di diritto penale del sospetto¹⁶.

IV. La presunzione di pericolosità non è assoluta, bensì relativa: grava sul reo l'onere di provare la liceità dell'accumulo patrimoniale. Seppur la disposizione è stata intesa nel senso della mera allegazione di circostanze idonee a giustificare la provenienza dei beni, parte della dottrina ha parlato, però, di vera e propria inversione dell'onere probatorio, essendo possibile disporre la confisca non sulla base degli elementi d'accusa circa l'origine illecita del patrimonio, bensì in seguito alla mancata prova positiva del suo contrario¹⁷.

V. La perdita del nesso pertinenziale tra condotta illecita e bene confiscabile implica la possibilità che la confisca sia disposta su interi patrimoni o compendi aziendali, sulla base della mancata prova, a carico del reo, della liceità della provenienza dei suddetti beni. E' pur vero che tali misure non incidono direttamente sulla libertà personale del soggetto (art. 13 Cost.); ma, certamente hanno un impatto in termini di limitazione del diritto di proprietà e della libertà di iniziativa economica. Ciò risulta maggiormente evidente se si considera che la confisca allargata, una volta disposta, è definitiva, indipendente dal comportamento tenuto dal reo successivamente alla confisca e idonea a perdurare anche nei confronti degli eredi. Una perpetuità che sembra stridere con la affermata funzione preventiva di tali forme di confisca, particolarmente se si riflette sulla idoneità della limitazione del diritto di proprietà a ridondare, soprattutto se la limitazione ha carattere duraturo, sulla libertà del singolo.

Spinelli alla sentenza Gogitidze della Corte Edu sul civil forfeiture, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2015, p. 946). Per una ricostruzione cfr. anche G. DE SANTIS, *Le aporie del sistema di prevenzione patrimoniale*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2016, p. 114ss.

¹⁶ Sulle origini storiche delle misure di prevenzione, connesse alla repressione penale degli oziosi e dei vagabondi, e sulla loro evoluzione, T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in ID., *Giustizia criminale. Radici, sentieri, dintorni, periferie di un sistema assente*, Pisa, 2014, p. 195ss.; A. MANNA, *Il diritto delle misure di prevenzione*, in S. FUSARO, (a cura di), *Misure di prevenzione*, cit., p. 3ss.; G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (fondamenti costituzionali)*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, IX, Torino, 1994, p. 566.

¹⁷ V.N. D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità patrimoniale*, in A. BARGI e A. CISTERNA (a cura di), *La giustizia penale patrimoniale*, Torino, 2011, p. 179; A.M. MAUGERI, *Una parola definitiva sulla natura della confisca di prevenzione?*, cit., p. 964ss.

3.3. La confisca senza condanna

A dispetto del dato codicistico, che come detto prevede una sola ipotesi di confisca disposta in assenza di accertamento della responsabilità penale, le ipotesi di confisca obbligatoria in assenza di condanna sono in costante aumento. Ciò è certamente il frutto di scelte di politica criminale, disposte a sacrificare l'orizzonte costituzionale a favore di esigenze di rafforzamento della tutela penale, nella consapevolezza che alcuni strumenti di lotta alla criminalità rischiano di diventare, se condizionati alla decisione di condanna, armi spuntate¹⁸. Irrogare la confisca in assenza di una decisione di accertamento della colpevolezza del reo e sulla base di comportamenti non tipizzati ma semplicemente sintomatici di potenziali future condotte illecite e presuntivamente dimostrative di un passato criminale significa certamente disporre di uno strumento di contrasto all'accumulazione di patrimoni illeciti; ma significa al contempo disporre di uno strumento di difficile armonizzazione con alcuni principi fondamentali della materia penale. In primo luogo, con il principio di presunzione di non colpevolezza, sancito nell'art. 27 Cost.: l'accertamento della responsabilità penale perde la sua connotazione costituzionalmente necessaria, e la presunzione di non colpevolezza sembra arretrare dinanzi alla presunzione di pericolosità. In secondo luogo, come si è già detto, con il principio di determinatezza della norma penale (e, dunque, anche della sua parte sanzionatoria). Infine, con il principio di personalità della pena, potendo essere confiscato un bene pur nei confronti di chi non è più considerato pericoloso, o non è mai stato pericoloso (si pensi all'erede). Legalità della sanzione, personalità della responsabilità e accertamento della colpevolezza non sono, dunque, elementi caratterizzanti siffatte forme di confisca. Una scelta che può apparire opportuna sul piano politico-criminale e in linea con la funzione eminentemente preventiva. Ma che risulta in tutta la sua "abnormità" e contraddittorietà costituzionale: proprio l'assenza di queste caratteristiche è la manifestazione della natura preventiva di tale misura, ma anche repressiva¹⁹ e, dunque, della necessità che sia coperta dalle tipiche garanzie in materia penale. In ciò sta il paradosso denunciato dalla dottrina: l'aver privato della copertura costituzionale misure aventi connotazioni punitive sol perché incidenti sul patrimonio del reo e non direttamente sulla sua persona, come se tale incidenza non possa ridondare sulla persona e sui suoi diritti individuali, e liberandosi così dagli «impacci garantistici»²⁰.

¹⁸ Ritornano alla mente le schiette considerazioni di Manzini, secondo il quale «è antigiusdittico e immorale che il corrotto, non punibile per qualsiasi causa, possa godersi il denaro ch'egli ebbe per commettere il fatto obiettivamente delittuoso» (V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1987, III, p. 369).

¹⁹ Nelle misure patrimoniali, «dove la prevenzione finisce col risolversi in un intervento di ablazione di situazioni anomale o rispetto alle quali il soggetto proposto o i suoi eredi non hanno fornito la prova della legittima provenienza, [...] in definitiva più che di prevenzione si può, io credo, legittimamente parlare di attività repressiva» (T. PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, cit., p. 27).

²⁰ L. FERRAJOLI, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Roma-Bari, 2009.

4. Intrecci giurisprudenziali

Sollecitata dall'autorità giudiziaria, la giurisprudenza costituzionale ha senza dubbio contribuito alla definizione della natura delle singole forme di confisca, precisandone di volta in volta la funzione e valutandone la compatibilità con i principi costituzionali. Dalla lettura delle numerose decisioni costituzionali in materia possono cogliersi le volte in cui la Corte si è lasciata convincere dalle osservazioni avanzate dalla dottrina, e le volte in cui, invece, ha ritenuto di non accoglierle²¹, in qualche modo oscillando tra il far prevalere «la ragion di Stato» (sotto la pressione delle esigenze della lotta al crimine) e il far prevalere la «ragione della Costituzione» (ritenendo irragionevolmente sacrificato il livello di tutela costituzionale). Ma, vi è un ulteriore dato su cui tale lettura consente di soffermarsi.

A partire dagli anni della riforma costituzionale – che ha introdotto, tra gli altri, il rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali (art. 117, primo comma, Cost.) –, ma soprattutto a partire dalla interpretazione che di questo primo comma è stata data dalla stessa Corte costituzionale (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007), le ordinanze di rimessione delle questioni di legittimità costituzionale e le pronunce della Corte, accanto ai parametri interni, evocano, per il tramite dell'art. 117, i principi convenzionali come interpretati dalla Corte di Strasburgo. Si assiste, dunque, - e la giurisprudenza in materia di confisca ne è una chiara manifestazione – al generarsi di un intreccio giurisprudenziale, inevitabile e inestricabile. Inevitabile, in virtù della piena adesione delle nostre istituzioni alla Carta europea dei diritti e delle libertà dell'uomo, di cui la riforma costituzionale e la richiamata coppia di decisioni sono espressione. Ma inestricabile, in quanto rinvia a paradigmi non del tutto sovrapponibili, così disvelando l'esistenza di un problema non ancora risolto: a quale ordinamento, di cui due diverse corti sono custodi (Corte costituzionale e Corte Edu), spetta la sovranità. Sin dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, infatti, se per un verso la Corte costituzionale ha ribadito l'obbligo costituzionale (in virtù dell'art. 117, primo comma, Cost.) di verificare la conformità delle disposizioni interne alla Cedu, per l'altro non ha mancato di sottolineare il carattere sub-costituzionale di quest'ultima, così in qualche misura mantenendo l'idea che al giudice costituzionale nazionale spetti comunque l'ultima parola. Una precisazione, quest'ultima, che rende ancora più evidente come, in tale contesto, più che di contrasto tra norme, si assista a un contrasto tra ordinamenti.

²¹ Per tali considerazioni sia consentito rinviare a V. MARCENÒ, *Le confische tra principi costituzionali e obblighi convenzionali*, T.E. EPIDENDIO – G. VITALE (a cura di), *Le confische*, cit.

4.1. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo nel “blocco di costituzionalità”

Se si ripercorre la giurisprudenza costituzionale in materia, non può sfuggire il peso – ai fini della decisione – esercitato dalle pronunce della Corte Europea dei diritti dell’uomo in tema di confisca.

A partire dalla ordinanza n. 97 del 2009²², la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a quello del profitto derivante dal reato assume esplicitamente natura di sanzione penale: «la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all’assenza di un “rapporto di pertinenzialità” (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all’indicata confisca una connotazione prevalentemente afflittiva, attribuendole, così, una natura “eminente sanzionatoria”²³. Ne consegue che essa non può essere applicata retroattivamente. Ciò – afferma la Corte – sulla base di una duplice considerazione: «il secondo comma dell’art. 25 Cost. vieta l’applicazione retroattiva di una sanzione penale, come deve qualificarsi la confisca per equivalente»; «la giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo ha ritenuto in contrasto con i principi sanciti dall’art. 7 della Convenzione l’applicazione retroattiva di una confisca di beni riconducibili proprio ad un’ipotesi di confisca per equivalente (Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*)²⁴.

²² Oggetto della questione di legittimità costituzionale sono gli artt. 200, 322-ter del codice penale e 1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato – Legge finanziaria 2008).

²³ La natura afflittiva è ribadita nella ordinanza n. 301 del 2009 e, più recentemente, nella sentenza n. 68 del 2017, ove oggetto della questione di legittimità sono gli artt. 187-*sexies*, del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52) e 9, comma 6, della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l’adempimento di obblighi derivanti dall’appartenenza dell’Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004), nella parte in cui consentono l’adozione della confisca per equivalente anche nelle ipotesi di violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della legge n. 62 del 2005, che le ha depenalizzate. Come ribadisce la Corte, l’applicazione della confisca a beni che non sono collegati al reato da un nesso diretto, attuale e strumentale implica che «la privazione imposta al reo risponde a una finalità di carattere punitivo e non preventivo. Del resto lo stesso legislatore si mostra consapevole del tratto afflittivo e punitivo proprio della confisca per equivalente, al punto da non prevederne la retroattività per i fatti che continuano a costituire reato (art. 187 del d.lgs. n. 58 del 1998)».

²⁴ Oggetto della decisione è la previsione, da parte della legislazione inglese, della applicazione retroattiva della confisca disposta in materia di traffico di stupefacenti. La Corte di Strasburgo accoglie il ricorso del ricorrente, che lamentava la lesione dell’art. 7 Cedu, sul presupposto che la confisca deve qualificarsi, alla luce dei criteri convenzionali, sanzione penale, ancorché qualificata dal diritto inglese come misura preventiva. La Corte enuclea una serie di criteri (del resto già presenti nella ben nota sentenza *Engel et alii contro Paesi Bassi*, 8 giugno 1976), ai fini della qualificazione di sanzione penale: 1. consequenzialità dell’adozione della misura rispetto alla condanna per un reato; 2. natura e scopo della misura; 3. qualificazione data dall’ordinamento interno; 4. procedure di applicazione ed esecuzione; 5. grado di afflittività. Alla luce di tali criteri, la Corte ha stabilito che la confisca costituisce una vera e propria sanzione penale, e che come tale deve rispettare una serie di principi minimi di garanzia (principio di legalità e irretroattività; presunzione di innocenza; principio del giusto processo; principio di proporzionalità, desunto dall’art. 1, Prot. add. Cedu). Soprattutto si afferma che la pena non è incompatibile con il riconoscimento dello «scopo preventivo della confisca», ben potendo gli scopi di prevenzione e riparazione conciliarsi con quello repressivo ed essere considerati elementi costitutivi della stessa nozione di pena. «Lo scopo preventivo della confisca di beni suscettibili di essere utilizzati in operazioni future di traffico di stupefacenti, come

La giurisprudenza costituzionale è costante (fino alla recentissima sentenza n. 33 del 2018) nel ritenere la natura preventiva della confisca allargata, prevista dalla legislazione antimafia italiana ma, come si è visto, man mano estesa ad altre ipotesi di reato²⁵. Una configurazione che trova conforto nella giurisprudenza sovranazionale (Corte edu, 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*; 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*; 4 settembre 2001, *Arcuri c. Italia*; 28 ottobre 2004 e 16 marzo 2005, *Bocellari e Rizzza c. Italia*; 5 gennaio 2010, *Bongiorno e altri c. Italia*), la quale giustifica l'ingerenza nel godimento del diritto al rispetto dei propri beni sulla base della funzione cui la misura è ordinata: impedire un uso illecito e pericoloso per la società di beni la cui lecita provenienza non è provata. La legittimità dello scopo perseguito discende, dunque, dalle dimensioni assunte dal fenomeno della criminalità organizzata in Italia: «I guadagni smisurati che le associazioni di stampo mafioso ricavano dalle loro attività illecite danno loro un potere la cui esistenza mette in discussione la supremazia del diritto nello Stato. Quindi, i mezzi adottati per combattere questo potere economico, ed in particolare la confisca controversa [confisca di prevenzione], possono risultare indispensabili per poter efficacemente combattere tali associazioni».

Nella sentenza n. 93 del 2010²⁶, con riferimento al procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, la Corte costituzionale si appropria del percorso argomentativo utilizzato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in una pluralità di pronunce²⁷: pur riconoscendone la peculiarità, tale misura implica che il procedimento si svolga non in camera di consiglio, come dispone la norma censurata, ma, qualora vi sia istanza degli interessati, nelle forme dell'udienza pubblica: «la pubblicità delle procedure giudiziarie tutela le persone soggette alla giurisdizione contro una giustizia segreta, che sfugge al controllo

quello di garantire il crimine non paghi, risulta evidente [...]. Nondimeno, non si potrebbe escludere che una legislazione che conferisca così ampi poteri di confisca ai tribunali persegua ugualmente lo scopo di punire il delinquente. In effetti, gli obiettivi di prevenzione e riparazione si conciliano con quelli di repressione e possono essere considerati come degli elementi costitutivi la nozione stessa di pena» (§ 30).

²⁵ Attirerà certamente l'attenzione della dottrina (e, si spera, del futuro legislatore) il monito posto dalla Corte nella più recente sentenza in materia di confisca allargata (sentenza n. 33 del 2018): «A fronte del ricordato processo di accrescimento della compagine dei reati cui è annessa la misura ablativa speciale, questa Corte non può astenersi, peraltro, dal formulare l'auspicio che la selezione dei "delitti matrice" da parte del legislatore avvenga, fin tanto che l'istituto conservi la sua attuale fisionomia, secondo criteri ad essa strettamente coesi e, dunque, ragionevolmente restrittivi. Ad evitare, infatti, evidenti tensioni sul piano delle garanzie che devono assistere misure tanto invasive sul piano patrimoniale, non può non sottolinearsi l'esigenza che la rassegna dei reati presupposto si fondi su tipologie e modalità di fatti in sé sintomatiche di un illecito arricchimento del loro autore, che trascenda la singola vicenda giudizialmente accertata, così da poter veramente anettere il patrimonio "sproporzionato" e "ingiustificato" di cui l'agente dispone ad una ulteriore attività criminosa rimasta "sommersa"».

²⁶ La questione di legittimità costituzionale ha ad oggetto l'art. 4 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423 (Misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità) e l'art. 2-ter della legge 31 maggio 1965, n. 575 (Disposizioni contro la mafia), nella parte in cui «non consentono che la procedura per l'applicazione di una misura di prevenzione si svolga, su istanza degli interessati, nelle forme dell'udienza pubblica».

²⁷ Sentenza 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizzza c. Italia*; sentenza 8 luglio 2008, *Pierre ed altri c. Italia*; sentenza 5 gennaio 2010, *Bongiorno c. Italia*.

del pubblico e costituisce anche uno strumento per preservare la fiducia nei giudici»; non è impedito, «in assoluto, alle autorità giudiziarie di derogare al principio di pubblicità dell'udienza, in rapporto alle particolarità della vicenda sottoposta al loro esame: ma l'udienza a porte chiuse, per tutta o parte della durata, deve essere comunque “strettamente imposta dalle circostanze della causa”»; non è contestato né l'“elevato grado di tecnicità” che può connotare il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione, tendente «al controllo “delle finanze e dei movimenti di capitali”», né il coinvolgimento di «interessi superiori, quali la protezione della vita privata di minori o di terze persone indirettamente interessate dal controllo finanziario»; tuttavia, non è «possibile – secondo la Corte europea – non considerare l'entità della “posta in gioco” nelle procedure di prevenzione, le quali mirano alla confisca di “beni e capitali”, coinvolgendo così direttamente la situazione patrimoniale della persona soggetta a giurisdizione, nonché gli effetti che esse possono produrre sulle persone [...]». Su tali affermazioni si radica la differenza tra il procedimento di prevenzione e le altre procedure camerali, e dunque la decisione di incostituzionalità: esso è «un procedimento all'esito del quale il giudice è chiamato ad esprimere un giudizio di merito, idoneo ad incidere in modo diretto, definitivo e sostanziale su beni dell'individuo costituzionalmente tutelati, quali la libertà personale (art. 13, primo comma, Cost.) e il patrimonio [...], nonché la stessa libertà di iniziativa economica, incisa dalle misure anche gravemente “inabilitanti” previste a carico del soggetto cui è applicata la misura di prevenzione [...]. Il che conferisce specifico risalto alle esigenze alla cui soddisfazione il principio di pubblicità delle udienze è preordinato»²⁸.

Nella sentenza n. 49 del 2015²⁹, con riferimento alla natura giuridica della confisca di terreni e opere abusivamente costruite (c.d. confisca urbanistica), la Corte costituzionale afferma di aver già avuto modo

²⁸ Al principio introdotto per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., la Corte affianca la propria giurisprudenza, con cui ha affermato «che la pubblicità del giudizio, specie di quello penale, costituisce principio connaturato ad un ordinamento democratico fondato sulla sovranità popolare, cui deve conformarsi l'amministrazione della giustizia, la quale – in forza dell'art. 101, primo comma, Cost. – trova in quella sovranità la sua legittimazione (sentenze n. 373 del 1992; n. 69 del 1991; n. 50 del 1989; n. 212 del 1986; n. 17 e 16 del 1981; n. 12 del 1971 e n. 65 del 1965). Il principio non ha valore assoluto, potendo cedere in presenza di particolari ragioni giustificative, purché, tuttavia, obiettive e razionali (sentenza n. 212 del 1986), e, nel caso del dibattimento penale, collegate ad esigenze di tutela di beni a rilevanza costituzionale (sentenza n. 12 del 1971)».

Giungono alla medesima conclusione le sentenze n. 135 del 2014 (nei confronti della norma desumibile dagli artt. 666, comma 3, 678, comma 1, e 679, comma 1, del codice di procedura penale, nella parte in cui non consente che il procedimento per l'applicazione delle misure di sicurezza si svolga, su istanza degli interessati, nelle forme dell'udienza pubblica); n. 97 del 2015 (nei confronti della norma desumibile dagli artt. 666, comma 3, e 678, comma 1, del codice di procedura penale, nella parte in cui non consente che il procedimento davanti al tribunale di sorveglianza nelle materie di sua competenza si svolga, su istanza degli interessati, nelle forme dell'udienza pubblica); n. 109 del 2015 (nei confronti degli artt. 666, 667, comma 4, e 676 del codice di procedura penale, nella parte in cui non consentono che la parte possa richiedere al giudice dell'esecuzione lo svolgimento dell'udienza in forma pubblica).

²⁹ La decisione riunisce due ricorsi, aventi a oggetto l'art. 44, comma 2, del d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia – Testo A). Il primo ricorso censura la disposizione in riferimento agli artt. 2, 9, 32, 41, 42 e 117, primo comma, della Costituzione, nella parte in cui vieta

di rilevare (sentenza n. 239 del 2009) «che la situazione è mutata in seguito alla sentenza della Corte di Strasburgo 20 gennaio 2009, *Sud Fondi srl e altri contro Italia*, con la quale si è deciso che la confisca urbanistica costituisce sanzione penale ai sensi dell'art. 7 della CEDU». La valutazione sulla applicazione di tale confisca, pur in assenza di sentenza di condanna, essendo decorso il termine per la prescrizione del reato, non può dunque prescindere dalla linea tracciata dalla giurisprudenza di Strasburgo in materia di colpevolezza, nel cui solco si inseriscono le sentenze *Sud Fondi*³⁰ («con la quale si è deciso che la confisca urbanistica costituisce sanzione penale ai sensi dell'art. 7 della Cedu e può pertanto venire disposta solo nei confronti di colui la cui responsabilità sia stata accertata in ragione di un legame intellettuale (coscienza e volontà) con i fatti») e la sentenza *Varvara*³¹ (secondo la quale l'applicazione di una pena non è possibile «quando la responsabilità di chi la subisce non sia legalmente accertata», espressione questa - secondo il significato datone dalla stessa Corte costituzionale - «linguisticamente apert[a] ad un'interpretazione che

di applicare la confisca urbanistica «nel caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora la responsabilità penale sia stata accertata in tutti i suoi elementi»; il secondo, in riferimento all'art. 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nella parte in cui consente che la confisca urbanistica dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite venga disposta «anche in una sentenza che dichiari estinto il reato per intervenuta prescrizione».

³⁰ La vicenda ha a oggetto il complesso edilizio sito sulla costa pugliese di Punta Perotti. Nei confronti della società proprietaria era stata disposta la confisca e la successiva demolizione degli immobili, in quanto oggetto di lottizzazione abusiva: gli immobili erano stati costruiti in zone considerate dalla legge nazionale di interesse naturale. Contestualmente, però, gli autori del reato venivano assolti dal reato per mancanza di dolo, avendo proceduto alla costruzione sulla base di autorizzazioni emesse dalle competenti autorità amministrative. La società lamenta la violazione degli art. 7 della Cedu (principio di legalità) e del Protocollo n. 1 (protezione della proprietà). La Corte di Strasburgo accoglie il ricorso sulla base di entrambi i parametri invocati. Chiarendo la portata dell'art. 7 Cedu, la Corte ha affermato che: a) chiarezza, accessibilità e prevedibilità dell'ipotesi di reato e delle conseguenti sanzioni integrano il parametro convenzionale; b) per punire è necessario un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato; e c) sarebbe arbitraria la sanzione irrogata sulla base di un quadro legislativo che non permette di conoscere il senso e la portata della legge penale. Riprendendo esplicitamente quanto affermato dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 364 del 1988 sulla presunzione di conoscenza della legge, la Corte ritiene, dunque, che, nelle circostanze specifiche della presente causa, l'errore sulla legalità della lottizzazione era inevitabile e la sanzione impossibile da prevedere. La premessa a tali conclusioni è - è opportuno precisare - la natura penale della confisca per lottizzazione abusiva e, dunque, la sua riconducibilità nell'ambito applicativo dell'art. 7 Cedu. L'accertata assenza della base legale determina altresì la violazione dell'art. 1 del Protocollo n. 1, trattandosi nel caso di specie di privazioni di beni autorizzate solo nel rispetto delle «condizioni previste dalla legge» (ossia, nel linguaggio convenzionale, l'accessibilità e la prevedibilità delle norme).

³¹ Corte europea dei diritti dell'uomo, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*. La vicenda ha ad oggetto un progetto di lottizzazione nei pressi della foresta di Mercadante, del quale il ricorrente aveva ottenuto l'approvazione, da parte del Comune di Cassano delle Murge in Puglia. Successivamente, a seguito dell'entrata in vigore di due leggi (la n. 431 del 1985 e la n. 30 del 1990) e alla presentazione della richiesta di variante da parte del ricorrente, tale progetto fu ritenuto illegittimo. Fu quindi aperta una procedura penale per lottizzazione abusiva che si concluse con l'assoluzione del ricorrente. Tuttavia, i beni oggetto della lottizzazione furono confiscati. Il ricorrente lamentò allora, davanti alla Corte di Strasburgo, che la misura della confisca dei beni fosse stata applicata in assenza di un giudizio di condanna, e che essa fosse comunque palesemente illegittima e sproporzionata. La Corte Edu ha accolto la posizione del ricorrente.

non costringa l'accertamento di responsabilità nelle sole forme della condanna penale, ben [accordandosi] sul piano logico con la funzione, propria della Corte Edu, di percepire la lesione del diritto umano nella sua dimensione concreta, quale che sia stata la formula astratta con cui il legislatore nazionale ha qualificato i fatti»).

Sono, quelle riportate, solo alcune delle decisioni, anche se tra le più rilevanti, in materia di ablazione dei beni del reo che esprimono, inequivocabilmente, la ascrizione della Carta dei diritti dell'uomo e, tramite l'interpretazione offertane, delle pronunce della Corte di Strasburgo nel c.d. blocco di costituzionalità³²: ossia, norme che, pur se non contenute nella Costituzione, «fanno blocco» con queste, in quanto la loro violazione, cui la Costituzione accorda la sua protezione, “ridonda” nella violazione di quest'ultima.

5. Spunti di riflessione

Il tema della qualificazione delle diverse forme della confisca e delle conseguenti coperture garantistiche è il terreno su cui le giurisprudenze (comune, costituzionale e sovranazionale) si sono dovute incontrare o scontrare. Tali incontri e scontri consentono adesso di tentare qualche riflessione.

5.1. Diritto vivente, interpretazione convenzionalmente orientata e decisioni costituzionali

Alla luce delle risposte offerte nelle pronunce costituzionali ai giudici rimettenti, che, in presenza di un diritto consolidato, hanno dubitato della legittimità costituzionale delle norme censurate per contrasto con le intervenute decisioni sovranazionali, è possibile tracciare un orientamento giurisprudenziale in tema di diritto vivente, interpretazione convenzionalmente orientata e tecniche decisorie. La Corte, infatti, sembra aver dettato delle linee di comportamento, in certa misura riproducendo il sistema già collaudato con riferimento alla interpretazione costituzionalmente orientata.

La presenza di una interpretazione consolidata non impedisce di per sé il ricorso, da parte dei giudici *a quibus*, alla interpretazione conforme ai principi convenzionali nel significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo. Se l'interpretazione consolidata è già in linea con quella sovranazionale (è il caso della

³² L'espressione *bloc de constitutionnalité* – entrata nel linguaggio costituzionalistico – si deve a L. Favoreu, *Le principe de constitutionnalité (Essai de définition d'après la jurisprudence du Conseil constitutionnel)*, in *Mélanges Eisenmann*, Paris, 1975, p. 33 ss., e ID., *Le droit constitutionnel jurisprudentiel en 1981-1982*, in *Revue du droit public*, 1983, p. 359 ss. Tali norme, denominate nella giurisprudenza costituzionale “norme interposte”, si collocano a mezzo, fra la legge ordinaria e la Costituzione, costituendo il possibile tramite di una violazione di quest'ultima da parte della prima. Non si deve, tuttavia, intendere che l'interposizione dia loro una posizione gerarchica definita o definibile. L'interposizione è di natura logica, non sistematica. La protezione contro le leggi incostituzionali riguarda la norma costituzionale che contiene il rinvio alle norme interposte, non queste ultime: o, meglio, la protezione di queste ultime è conseguenza della protezione della Costituzione» (G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, Bologna, 2018, I, p.238ss.).

confisca per equivalente, la cui natura prevalentemente affittiva aveva indotto la Corte di Cassazione, in diverse pronunce, a riconoscerle quella natura di pena già attribuita dalla sentenza *Welch c. Regno Unito*), il giudice che, sollevando la questione, non vi si uniforma ricade in quello che la Corte definisce “un erroneo presupposto interpretativo”: la questione è, infatti, manifestamente infondata, essendo ben possibile l’interpretazione convenzionalmente conforme³³. Se l’interpretazione consolidata nella giurisprudenza nazionale non è, invece, in linea con quanto affermato dalla Corte di Strasburgo, il giudice rimettente ha l’obbligo di tentare l’interpretazione convenzionalmente conforme, determinando il mancato tentativo una decisione di inammissibilità della questione. E’ ciò che è avvenuto con riferimento alla confisca urbanistica³⁴, ove l’inammissibilità è dipesa – tra gli altri motivi – dal fatto che il giudice rimettente, pur postulando che l’interpretazione debba mutare a seguito della sopravvenuta giurisprudenza della Corte europea, «non trae da ciò alcuna conseguenza nell’esercizio dei propri poteri interpretativi». «Pur a fronte di una formulazione letterale della disposizione impugnata che, in sé, non appare precludere un siffatto tentativo», precisa la sentenza citata³⁵. Spetta, dunque, al giudice comune tentare, in prima istanza, l’interpretazione convenzionalmente adeguata. Solo ove l’eventuale diritto vivente che si sia formato sulla disposizione faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità costituzionale e l’adeguamento interpretativo, che appare necessitato, sia impossibile – perché non può avvenire «entro i limiti nei quali ciò è permesso dai testi delle norme» -, allora la Corte costituzionale potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge. In questo senso, la Corte avoca a sé un compito di natura perlopiù residuale. Rientrano in questa ipotesi le decisioni costituzionali sulla confisca del veicolo³⁶ e sulla confisca-misura di prevenzione patrimoniale³⁷, ove la Corte, reputando corretto il comportamento del rimettente, ha escluso che il contrasto con le pronunce della Corte europea (nel primo caso, l’interpretazione consolidata sulla retroattività della confisca del veicolo; nel secondo caso, la procedura per l’applicazione della misura prevista nella forma della camera di consiglio) potesse essere risolto in via interpretativa, sussistendo un non superabile vincolo testuale: rispettivamente, il riferimento esplicito all’art. 240 c.p. (dal quale se ne faceva discendere una evidente connotazione giuridica della misura) e la previsione della forma camerale del procedimento (e, dunque, senza la partecipazione del pubblico).

In sintesi: se, pur in presenza di una norma consolidata, è possibile trarre dalla disposizione censurata una interpretazione convenzionalmente conforme, il giudice rimettente è invitato a seguire tale

³³ Ordinanze n. 97 e n. 301 del 2009; e, da ultimo, sentenza n. 68 del 2017.

³⁴ Sentenze n. 239 del 2009 e n. 49 del 2015.

³⁵ Sentenze n. 239 del 2009.

³⁶ Sentenza n. 196 del 2010.

³⁷ Sentenze n. 93 del 2010; n. 135 del 2014; n. 97 e n. 109 del 2015.

interpretazione; qualora, invece, ciò non sia possibile perché il dato testuale lo impedisce, la Corte costituzionale non può sottrarsi al suo ruolo. Ciò spiega il ricorso a tecniche di decisione differenti: ordinanza di manifesta infondatezza, laddove l'interpretazione convenzionalmente orientata *viva* già nella giurisprudenza nazionale; sentenza di inammissibilità, laddove il giudice, pur non rappresentando il dato testuale un limite, non abbia tentato l'interpretazione convenzionalmente adeguata; dichiarazione di incostituzionalità, laddove l'interpretazione convenzionalmente adeguata sia impossibile data la univocità di significato del testo.

5.2. Tante sovranità, nessuna sovranità

Lo schema appena descritto, in apparenza chiaro e lineare, copre però alcune fragilità. Fragilità che sembrano trarre origine da quella assenza di decisione circa la spettanza di sovranità cui si è fatto cenno sopra.

Si tratta di debolezze che, ovviamente, trascendono la specificità della materia qui trattata, andando ben oltre la stessa. Ma che possono emblematicamente scorgersi tra le righe di alcuni passaggi di pronunce costituzionali proprio in materia di confisca.

Alcuni spunti possono essere innanzitutto tratti da una nota sentenza, la n. 49 del 2015, in materia di confisca urbanistica: una decisione che, dal punto di vista della argomentazione, è riconducibile allo schema descritto nel precedente paragrafo, ma che purtuttavia, dal punto di vista dei rapporti tra gli ordinamenti, non sembra essere riuscita nell'intento, tacitamente incluso nella perentorietà di alcune sue affermazioni, di risolvere in modo netto il problema della sovranità.

Procediamo per punti.

I. Riprendendo il contenuto delle c.d. sentenze gemelle (e del loro seguito, sentenze n. 239 e n. 311 del 2009), la Corte costituzionale insiste su quella che potrebbe definirsi una *distinzione per competenze*: «il giudice europeo si trova a valutare se [la legge nazionale], come definita e applicata dalle autorità nazionali, abbia, nel caso sottoposto a giudizio, generato violazioni delle superiori previsioni della Cedu»; non è in discussione, prosegue la Corte, il fatto che, aderendo l'ordinamento interno alla dimensione sovranazionale, «competa al giudice di assegnare alla disposizione interna un significato quanto più aderente ad essa» [*i.e.*, alla Cedu]; ma, «il dovere del giudice comune di interpretare il diritto interno in senso conforme alla Cedu [...] è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione sulla Cedu». Come a dire, una cosa è *valutare* la conformità convenzionale della legge nazionale (che spetta alla Corte di Strasburgo, in quanto unico interprete autorizzato della interpretazione e della applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli); altra è *attribuire* un significato alla legge

nazionale (che spetta, invece, al giudice nazionale, il quale opererà nel senso della massima convergenza verso «una soluzione del caso concreto capace di conciliare i principi desumibili da entrambe [le] fonti»). *A ciascuno il suo*, dunque. Con una precisazione in chiusura: «nelle ipotesi estreme in cui tale via appaia sbarrata, è fuori di dubbio che il giudice debba obbedienza anzitutto alla Carta repubblicana». Parole, quelle riportate, che certamente ruotano intorno al tema della *dominanza*, risolvendolo, pur sotto la maschera di un bilanciamento, in favore del diritto interno³⁸.

II. La Corte costituzionale, nel dichiarare l'inammissibilità della questione per erroneità del presupposto interpretativo³⁹, rigetta la visione pan-penalistica cui sembrano aderire i giudici rimettenti: la giurisprudenza europea sull'autonomia dei criteri di valutazione della natura penale di una sanzione, ai fini dell'estensione delle garanzie offerte dall'art. 7 della Cedu, non è in contraddizione con la permanenza nel diritto nazionale di un doppio binario sanzionatorio (amministrativo e penale), esplicitivo di scelte di politica criminale operate dal legislatore nazionale nell'intento di «arginare l'ipertrofia del diritto penale attraverso il ricorso a strumenti sanzionatori reputati più adeguati, e per la natura della sanzione comminata, e per i profili procedurali semplificati connessi alla prima sede amministrativa di inflizione della sanzione»⁴⁰. Essa è, infatti, la manifestazione della particolare natura della Cedu «quale strumento preposto, pur nel rispetto della discrezionalità legislativa degli Stati, a superare i profili di inquadramento formale di una fattispecie, per valorizzare piuttosto la sostanza dei diritti umani che vi sono coinvolti, e salvaguardarne l'effettività». In secondo luogo, ritenuto che la sentenza *Varvara* deve essere collocata, ai

³⁸ In questo stesso senso può forse altresì leggersi quel riferimento, già affermato in precedenti decisioni ma qui argomentato, alla necessità che il giudice rimettente, che dubiti della legittimità costituzionale di una disposizione interna per contrasto con il diritto convenzionale, sollevi la questione non sulla disposizione nazionale, bensì sulla legge di adattamento (art. 44, comma 2, d.P.R. n. 380 del 2001), nella parte in cui essa permette l'ingresso nell'ordinamento italiano di una simile regola. Difetto che diviene motivo di inammissibilità della questione. Un percorso che può trovare giustificazione da un punto di vista formale, ma che dal punto di vista sostanziale solleva alcune perplessità. Si finisce, infatti, così per chiedere contraddittoriamente che, attraverso l'accertamento dell'incostituzionalità della norma convenzionale interposta e quindi della sua inidoneità a fungere da norma interposta, la questione nata sulla legge nazionale sia dichiarata infondata (G. ZAGREBELSKY – V. MARCENÒ, *Giustizia costituzionale*, cit., I, p. 238ss).

³⁹ I giudici rimettenti – reputando che, dopo la sentenza *Varvara*, contrariamente a quanto consolidatosi nella giurisprudenza nazionale, non possa più procedersi a confisca urbanistica senza una pronuncia di condanna – cadono, secondo la Corte costituzionale, in un duplice errore interpretativo: quello di ritenere che «con tale pronuncia la Corte Edu abbia enunciato un principio di diritto tanto innovativo, quanto vincolante per il giudice chiamato ad applicarlo», secondo cui «una volta qualificata una sanzione ai sensi dell'art. 7 della Cedu, e dunque dopo averla reputata entro questo ambito una “pena”, essa non potrebbe venire inflitta che dal giudice penale, attraverso la sentenza di condanna»; e quello di ritenere che «la sentenza *Varvara* sia univocamente interpretabile nel senso che la confisca urbanistica possa essere disposta solo unitamente ad una sentenza di condanna da parte del giudice per il reato di lottizzazione abusiva».

⁴⁰ Riprendendo i suoi precedenti (sentenza n. 447 del 1998), la Corte, infatti, ribadisce che «[l]e esigenze costituzionali di tutela non si esauriscono [...] nella (eventuale) tutela penale, ben potendo invece essere soddisfatte con diverse forme di precetti e di sanzioni».

fini della sua interpretazione, «nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione»⁴¹, non può che discenderne che ciò a cui si riferisce il giudice europeo, quando ragiona in termini di “condanna”, sia non la forma della pronuncia, ma la sostanza dell'accertamento⁴². Per dichiarare l'inammissibilità delle sollevate questioni di legittimità costituzionale, la Corte costituzionale è ricorsa, dunque, a un'opera di re-interpretazione della stessa decisione *Varvara*, ricostruendone la “esatta” portata normativa (facendo, ancora una volta, pendere il piatto della bilancia dal lato del diritto interno)⁴³.

III. Alla Corte di Strasburgo compete di pronunciare la “parola ultima” in ordine a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli. Tuttavia, afferma la Corte, «sarebbe errato, e persino in contrasto con queste premesse, ritenere che la Cedu abbia reso gli operatori giuridici nazionali, e in primo luogo i giudici comuni, passivi ricettori di un comando esegetico impartito altrove nelle forme della pronuncia giurisdizionale, quali che siano le condizioni che lo hanno determinato». In questo contesto si inserisce la distinzione, introdotta dalla stessa Corte costituzionale, tra diritto convenzionale vivente e diritto convenzionale non espressivo di un orientamento consolidato⁴⁴.

⁴¹ «I canoni dell'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata debbono infatti trovare applicazione anche nei confronti delle sentenze della Corte EDU, quando di esse, anche per le ragioni che si diranno, non si è in grado di cogliere con immediatezza l'effettivo principio di diritto che il giudice di Strasburgo ha inteso affermare per risolvere il caso concreto (sentenza n. 236 del 2011). In tali evenienze, non comuni ma pur sempre possibili, a fronte di una pluralità di significati potenzialmente compatibili con il significante, l'interprete è tenuto a collocare la singola pronuncia nel flusso continuo della giurisprudenza europea, per ricavarne un senso che possa conciliarsi con quest'ultima, e che, comunque, non sia di pregiudizio per la Costituzione».

⁴² «Che sia proprio l'accertamento di responsabilità a premere al giudice europeo è ben argomentabile sulla base sia del testo, sia del tenore logico della motivazione svolta con la pronuncia *Varvara*. Qui si sottolinea, infatti, che l'art. 7 della CEDU esige una dichiarazione di responsabilità da parte dei giudici nazionali, che possa permettere di addebitare il reato (paragrafo 71), poiché non si può avere una pena senza l'accertamento di una responsabilità personale (§ 69). Non è in definitiva concepibile un sistema che punisca coloro che non sono responsabili (§ 66), in quanto non dichiarati tali con una sentenza di colpevolezza (§ 67).

Simili espressioni, linguisticamente aperte ad un'interpretazione che non costringa l'accertamento di responsabilità nelle sole forme della condanna penale, ben si accordano sul piano logico con la funzione, propria della Corte EDU, di percepire la lesione del diritto umano nella sua dimensione concreta, quale che sia stata la formula astratta con cui il legislatore nazionale ha qualificato i fatti».

⁴³ Del resto, già in diverse occasioni, la Corte ha affermato che spetta a lei «valutare come ed in quale misura l'applicazione della Convenzione da parte della Corte europea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., come norma interposta, diviene oggetto di bilanciamento, secondo le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza» (sentenza n. 317 del 2009). Spetta ad essa, dunque, «apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi (sentenza n. 311 del 2009)» (sentenza n. 236 del 2011).

⁴⁴ Interessante è la enucleazione, in negativo, da parte della stessa Corte costituzionale, del concetto di diritto convenzionale vivente: «Non sempre è di immediata evidenza se una certa interpretazione delle disposizioni della CEDU abbia maturato a Strasburgo un adeguato consolidamento, specie a fronte di pronunce destinate a risolvere casi del tutto peculiari, e comunque formatesi con riguardo all'impatto prodotto dalla CEDU su ordinamenti giuridici differenti da quello italiano. Nonostante ciò, vi sono senza dubbio indici idonei ad orientare il giudice

La Corte riproduce, ancora una volta, il medesimo schema: «[s]olo nel caso in cui si trovi in presenza di un “diritto consolidato” o di una “sentenza pilota”, il giudice italiano sarà vincolato a recepire la norma individuata a Strasburgo, adeguando ad essa il suo criterio di giudizio per superare eventuali contrasti rispetto ad una legge interna, anzitutto per mezzo di “ogni strumento ermeneutico a sua disposizione”, ovvero, se ciò non fosse possibile, ricorrendo all’incidente di legittimità costituzionale (sentenza n. 80 del 2011)»⁴⁵; «[m]entre, nel caso in cui sia il giudice comune ad interrogarsi sulla compatibilità della norma convenzionale con la Costituzione, va da sé che questo solo dubbio, in assenza di un “diritto consolidato”, è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale». Ancora una volta, un tentativo di bilanciamento non del tutto riuscito⁴⁶.

Si è, dunque, di fronte a un nodo non sciolto, che anche le più recenti sentenze non sembrano essere in grado di districare. Si leggano alcune affermazioni contenute in due recenti decisioni. Nella sentenza n. 68 del 2017 (già richiamata in questo lavoro), la Corte costituzionale ribadisce che la confisca per equivalente deve essere considerata (anche quando è prevista dalla legge come conseguenza a un illecito

nazionale nel suo percorso di discernimento: la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino di contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzienti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l’avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell’ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano».

⁴⁵ Principio, quello riportato, già enunciato, con riferimento al tema della retroattività della *lex mitior*, nella sentenza n. 210 del 2013, ove la Corte ha affermato che «[n]ei confronti di Scoppola si è data, da parte della Corte di cassazione, direttamente esecuzione alla sentenza della Corte europea con la procedura del ricorso straordinario *ex art. 625-bis* cod. proc. pen., ma nel caso in esame, in cui rispetto al ricorrente manca una pronuncia specifica della Corte EDU, è da ritenere che occorra sollevare una questione di legittimità costituzionale della norma convenzionalmente illegittima, come appunto hanno fatto le sezioni unite della Corte di cassazione».

⁴⁶ Emerge, inoltre, qualche perplessità sull’utilizzo di questa distinzione all’interno della stessa decisione in riferimento a due pronunce della Corte di Strasburgo. Con riferimento alla natura giuridica della confisca urbanistica, la Corte costituzionale afferma che, una volta recepito il principio enunciato dalla sentenza *Sud Fondi* e interpretato alla luce di esso l’art. 44, comma 2, del d.P.R. n. 380 del 2001, tale argomentazione non costituisce una facoltà del giudice, ma un obbligo dal cui assolvimento dipende la legalità della confisca». Il giudice rimettente, essendo in presenza di diritto convenzionale consolidato, ha l’obbligo di uniformarsi. Con riferimento all’applicazione della confisca urbanistica pur in assenza di sentenza di condanna, invece, la Corte costituzionale - dopo aver inserito, come si è detto, la sentenza *Varvara* «nel flusso continuo della giurisprudenza europea» e averne tratto un significato (opposto rispetto a quello dedotto dai ricorrenti, ma) «del tutto consono al più tradizionale filone della giurisprudenza europea, che, in base alla presunzione di non colpevolezza, non permette l’applicazione di una pena, quando la responsabilità di chi la subisce non sia stata legalmente accertata» - nega che la sentenza citata sia, «con ogni evidenza, espressione di un’interpretazione consolidata nell’ambito della giurisprudenza europea». Tale affermazione è ripresa a chiare lettere nella successiva ordinanza n. 187 del 2015 («la sentenza *Varvara* però non costituisce espressione di una giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo»).

amministrativo⁴⁷) una “pena” e come tale assistita da tutte le garanzie prescritte dall’art. 7 Cedu. Ma, precisa, ciò non implica una «espansione del diritto penale» a scapito dell’autonomia dell’illecito amministrativo dal diritto penale: «[q]uesta asserzione si basa sull’erroneo convincimento che l’attribuzione di una garanzia propria della pena implichi l’assegnazione di una certa misura sanzionatoria al campo del diritto penale, con riferimento non soltanto a tale forma di tutela ma anche a qualsiasi altro effetto. [...] Al contrario, il recepimento della CEDU nell’ordinamento giuridico si muove nel segno dell’incremento delle libertà individuali, e mai del loro detrimento (sentenza n. 317 del 2009), come potrebbe invece accadere nel caso di un definitivo assorbimento dell’illecito amministrativo nell’area di ciò che è penalmente rilevante». La Corte costituzionale, dunque, in linea con alcuni suoi precedenti (sentenza n. 49 del 2015, ma anche n. 193 del 2016, n. 43 e n. 109 del 2017), conferma, in parte differenziandosi dall’orientamento sovranazionale, l’adesione al c.d. doppio binario⁴⁸. Si sofferma inoltre sul dovere dell’interprete (e, dunque, del giudice comune) di «sviluppare i principi enunciati sulla base dell’art. 7 Cedu» per decidere sulle disposizioni di cui deve dare applicazione nel proprio giudizio, a prescindere dall’esistenza di una pronuncia della Corte di Strasburgo che abbia già deciso lo stesso caso: l’interprete deve sollevare la questione alla Corte costituzionale solo ove la disposizione interna non sia in alcun modo interpretabile in senso convenzionalmente orientato. Affermazione che, però, stride con l’*obiter dictum* inserito nella sentenza n. 269 del 2017, ove la Corte si è auto-qualificata giudice e custode dei diritti fondamentali, le cui violazioni «postulano la necessità di un [suo] intervento *erga omnes* [...]», anche in virtù del principio che situa il sindacato accentrato di costituzionalità delle leggi a fondamento dell’architettura costituzionale (art. 134 Cost.)⁴⁹, cercando così di fronteggiare l’erosione cui il suo ruolo

⁴⁷ Conseguenza di questo percorso, non è però l’incostituzionalità della disposizione impugnata, ma l’inammissibilità della questione per erroneo presupposto interpretativo. A differenza di quanto avvenuto nei diretti precedenti (ordinanze n. 97 e 301 del 2009, ove si dubitava dell’applicazione retroattiva della confisca per equivalente a fatti che non erano illeciti al momento della loro commissione), nel caso di specie il fatto mantiene la sua antiggiuridicità; ciò che muta è la natura di tale antiggiuridicità, che da penale diviene amministrativa. Si legge nella sentenza: «[i]l legislatore non ha privato il fatto di antiggiuridicità, e ha continuato a riprovarlo per mezzo della sanzione amministrativa, considerando quest’ultima in sé più favorevole della precedente pena, benché connotata dalla confisca di valore». Prosegue la Corte: «Ed è in questa prospettiva che ha sottoposto al nuovo e ritenuto più mite trattamento sanzionatorio l’autore della violazione commessa quando era punita come reato». Sul presupposto, dunque, della presunzione del maggior favore che riveste la sanzione amministrativa, rispetto a quella penale, per il reo, e della giurisprudenza convenzionale che riconduce all’art. 7 Cedu il principio della necessaria applicazione della *lex mitior*, la Corte conclude per l’erroneità del percorso argomentativo proposto dal giudice rimettente, che avrebbe dovuto valutare, prima di sollevare la questione di legittimità costituzionale, il trattamento sanzionatorio generato attraverso la depenalizzazione *nel suo complesso*, e verificare *in concreto* se, nonostante la previsione della confisca per equivalente, sia più favorevole al reo o maggiormente afflittivo. Solo in questo secondo caso, la questione avrebbe potuto essere dichiarata ammissibile.

⁴⁸ Per osservazioni critiche a questa pronuncia, cfr. F. VIGANÒ, *Un’altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative ‘punitive’*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, n. 4/2017, p. 269ss.

⁴⁹ A. BARBERA, *La Carta dei diritti: per un dialogo fra la Corte italiana e la Corte di Giustizia*, in *Rivista AIC*, n. 4/2017.

era soggetto, tanto da parte delle giurisdizioni sovranazionali, quanto delle giurisdizioni comuni (strette, queste ultime, dinanzi al diritto europeo, tra il dovere di non applicare la norma interna contraria al diritto europeo e il ricorso al rinvio pregiudiziale; dinanzi al diritto convenzionale, tra l'interpretazione convenzionalmente conforme e la sollevazione della questione di legittimità costituzionale nel sol caso in cui il tenore letterale della disposizione interna non la consenta).

5.3. La giurisprudenza come fonte. L'inarrestabile processo verso un diritto giurisprudenziale

Sembra un'ovvietà, ma merita di essere ugualmente rimarcata. Che il diritto sia oggetto della *cura* di molti è ormai un imprescindibile dato. Così come è un imprescindibile dato che all'integrazione del diritto costituzionale (e, nel caso qui affrontato, del diritto penale costituzionale) partecipa la giurisprudenza delle corti deputate ad interpretarlo, con un ruolo, però, talvolta "dirompente" in termini di certezza⁵⁰. Il diritto, si è detto sin dal primo paragrafo di questo lavoro, assume una dimensione sempre più giudiziale; ma, tale dimensione contribuisce all'indebolimento del ruolo del legislatore nazionale nella determinazione della politica criminale. Queste considerazioni impongono, dunque, che anche il costituzionalista sia coinvolto nella discussione dei problemi penali, e che non possa trarsene fuori⁵¹. Se per un verso, non è possibile disconoscere i poteri creativi (o di invenzione⁵²) che la c.d. "postmodernità giuridica" (come si suole dire) riconosce all'interprete, per un altro non può non ricercarsi una "etica del limite": «la razionalità pratica non implica una completa libertà del giudice di gestire l'applicazione del diritto: al contrario, gli impone di seguire un "percorso" per giungere a esiti ragionevoli, condivisibili, persuasivi e comunque controllabili»⁵³.

La giurisprudenza nazionale e sovranazionale, poi, non sempre sembrano intraprendere percorsi argomentativi sovrapponibili, tanto che per un verso si auspica un processo di armonizzazione del diritto penale⁵⁴, per l'altro (e in senso opposto) un processo di "identità" del diritto penale nazionale. I due

⁵⁰ Pur riflettendo sulla necessità di una struttura reticolare in ambito penale, «[i]l disporsi di uno scenario alternativo privo di una razionalità unitaria, frutto di una realtà composita ricca di "antitesi e distinzioni" e di una dialettica giuridica che vede interloquire i soggetti più disparati, autorità autonome, sistemi e sottosistemi, rispondenti a logiche specifiche e finalità peculiari e da cui promanano un insieme di norme offerte a quanti "quelle medesime regole si vedranno applicate" attribuisce ulteriori chances per la soluzione del caso concreto ma anche una sorta di insicurezza diffusa determinata dalla istituzionalizzazione quale 'processo creativo' della coesistenza tra regole in competizione tra loro» (G. SAMMARCO, *Armonizzazione europea delle sanzioni, pluralità di ordinamenti giuridici e sistema delle fonti*, in *Rivista italiana di diritto e procedura penale*, 2011, p. 481).

⁵¹ A. PUGIOTTO, *Il volto costituzionale della pena (e i suoi sfregi)*, in *Diritto penale contemporaneo*, aprile 2014.

⁵² P. GROSSI, *L'invenzione del diritto*, Roma-Bari, 2017.

⁵³ R.E. KOSTORIS, *Percorsi giuridici della postmodernità*, Bologna, 2016, p. 21, nt. 28.

⁵⁴ M. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004; A. BERNARDI, *Strategie per l'armonizzazione dei sistemi penali europei*, in *Rivista trimestrale di diritto penale dell'economia*, 2002, p. 794; ID., *L'europeizzazione del diritto e della scienza penale*, Torino, 2004, p. 55.



sistemi, infatti, sembrano ispirarsi a una diversa sensibilità circa la effettività della tutela penale: quella sovranazionale, maggiormente orientata alla effettività della tutela penale del singolo individuo; quella nazionale, maggiormente orientata alla effettività di scelte di politica criminale e, per il suo tramite, alla effettività della tutela penale della collettività. Con la conseguenza che la giurisprudenza sovranazionale muove verso un restringimento dei “binari” diversi dalla pena e, dunque, meno garantistici, in opposizione a una giurisprudenza (costituzionale e di legittimità) che oppone resistenza alla nozione convenzionale onnicomprensiva della pena, pur nel mantenimento dei principi di certezza e di garanzia.