

10 APRILE 2017 |

FRANCESCO VIGANÒ,

UN'ALTRA DELUDENTE PRONUNCIA DELLA CORTE COSTITUZIONALE IN MATERIA DI LEGALITÀ E SANZIONI AMMINISTRATIVE 'PUNITIVE'

C. COST., SENT. 7 APRILE 2017, N. 68, PRES. GROSSI, RED. LATTANZI

1. Con la sentenza in epigrafe, la Corte costituzionale torna ad occuparsi del **principio di legalità della pena in relazione a sanzioni amministrative aventi natura 'sostanzialmente penale'** secondo i criteri *Engel*, dichiarando **inammissibili** una serie di **questioni di legittimità costituzionale** aventi ad oggetto la possibilità di **applicare retroattivamente un'ipotesi di confisca per equivalente** prevista per l'illecito amministrativo di **abuso di informazioni privilegiate**.

2. Più in particolare, con sei ordinanze di analogo tenore, la seconda sezione civile della Cassazione sollevava **questioni di legittimità costituzionale della relativa disciplina**, introdotta con una legge del 2005 e dichiarata **applicabile** da quella stessa legge **anche ai fatti pregressi che in precedenza costituivano reato**, purché il relativo procedimento penale non sia già stato definito con sentenza irrevocabile.

Prima del 2005, in effetti, l'**abuso di informazioni privilegiate** (c.d. *insider trading*) era **previsto unitariamente come delitto dall'art. 184 del d.lgs. n. 58/1998** (di seguito t.u.f.).

L'**art. 9 della legge n. 62/2005** modificò tuttavia in profondità l'impianto normativo in materia di abusi di mercato previsto originariamente dal t.u.f., **introducendo** – per quanto qui rileva – **un autonomo illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate**, configurato ora dal nuovo art. 187-*bis* t.u.f., per il quale fu prevista una **sanzione pecuniaria amministrativa** nonché la **confisca – in forma diretta e per equivalente – del prodotto, del profitto e dei beni utilizzati per commetterlo**, disciplinata dall'art. 187-*sexies* t.u.f.

Parallelamente, l'art. 9 della medesima legge comunitaria modificò l'originaria disposizione in materia di confisca del prodotto, profitto e dei beni utilizzati per commettere i *delitti* previsti dal t.u.f. (tra i quali lo stesso abuso di informazioni privilegiate, che continua a sussistere *anche* come delitto, sia pure con un perimetro un po' più circoscritto rispetto alla previgente versione), prevedendo per la prima volta, anche in questo caso, la possibilità di una confisca per equivalente, allorché non ne fosse possibile la confisca diretta.

Lo stesso **art. 9 della l. n. 62/2005** stabilì infine, al comma 6, che le disposizioni da esso introdotte **"si applicano anche alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito. Per ogni altro effetto si applica l'articolo 2 del codice penale"**.

Trovandosi a definire altrettanti procedimenti di opposizione avverso sanzioni irrogate dalla CONSOB – comprensive di confische per equivalente ai sensi dell'art. 187-*sexies* t.u.f. – per **fatti commessi prima del 2005**, che all'epoca della loro commissione costituivano il delitto di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 184 t.u.f., e che in seguito alla novella del 2005 sono ora *unicamente* riconducibili al corrispondente illecito amministrativo di cui all'art. 187-*bis* t.u.f., la Cassazione era stata investita del **dubbio relativo alla legittimità costituzionale della disciplina transitoria** in parola, sotto il profilo del suo **possibile contrasto, in particolare, con il principio di irretroattività della legge penale sancito dagli artt. 25 co. 2 Cost. e – per il tramite**

dell'art. 117 co. 1 Cost. – dall'art. 7 CEDU, quest'ultimo invocato in quanto pacificamente applicabile anche a sanzioni che, pur qualificate formalmente dall'ordinamento nazionale come 'amministrative', abbiano tuttavia natura sostanzialmente punitiva.

Ritenuta allora la **natura punitiva delle sanzioni irrogate dalla CONSOB**, e segnatamente della nuova **confisca per equivalente** disciplinata dall'art. 187-*sexies* t.u.f., la Cassazione sospettava in effetti che la regola dell'applicazione retroattiva di quest'ultima ai fatti commessi prima del 2005 e ora depenalizzati si ponesse in contrasto con il principio costituzionale e convenzionale in parola. Rilevata dunque **l'impossibilità di superare in via di interpretazione conforme l'inequivoco dato testuale di cui all'art. 9 co. 6 della l. 62/2005**, la S.C. formulava la questione di legittimità costituzionale ora decisa dalla Consulta.

3. La Corte costituzionale dichiara anzitutto di condividere la premessa interpretativa della Cassazione, secondo cui alla **confisca per equivalente** prevista per l'illecito amministrativo in parola debba essere assegnata **natura penale ai sensi dell'art. 7 CEDU**.

La Corte rammenta in effetti una serie di propri precedenti (e in particolare le ordinanze n. 97 e 301 del 2009) con le quali già aveva riconosciuto la natura prevalentemente afflittiva e sanzionatoria di questa peculiare forma di confisca, che non colpisce beni aventi un 'rapporto di pertinenzialità' con il reato (come nel caso della confisca diretta), bensì beni e somme di altra natura, ovunque reperibili nel patrimonio del soggetto ritenuto responsabile del reato o, in questo caso, dell'illecito amministrativo che costituisce il presupposto della misura.

Da tale premessa discende, secondo la Corte, l'applicabilità a tale forma di confisca dello stesso **art. 25 co. 2 Cost.**, prima ancora che dell'**art. 7 CEDU**. Rammenta in effetti la Consulta di avere già affermato che la garanzia costituzionale in parola "*concerne non soltanto le pene qualificate come tali dall'ordinamento, ma anche quelle così qualificabili per effetto dell'art. 7 della CEDU (sentenza n. 196 del 2010)*".

Tale affermazione non conduce – come erroneamente osservato dalla difesa della CONSOB – a una impropria espansione del diritto penale, contraria ai principi di legalità dei reati e di sussidiarietà, dal momento che l'attribuzione a una certa misura sanzionatoria delle garanzie proprie della pena non significa affatto l'attrazione *ad ogni effetto* di tale misura nel campo del diritto penale, bensì semplicemente il riconoscimento che tale misura – pur restando, ad ogni altro effetto, regolata dal diritto amministrativo – dovrà essere assistita da quelle garanzie che la Costituzione riserva appunto al diritto penale, tra le quali il principio di legalità della pena e i suoi corollari, primo fra tutti quello della sua irretroattività.

Né coglie nel segno, prosegue la Corte, l'obiezione della CONSOB secondo cui all'interprete italiano sarebbe preclusa l'applicazione della CEDU a situazioni che non siano state già oggetto di statuizioni in termini da parte della Corte di Strasburgo. La circostanza che la Corte EDU non si sia mai pronunciata, sinora, sulla natura della confisca per equivalente italiana (e tanto meno sulla specifica ipotesi prevista dall'art. 187-*sexies* t.u.f.) non esclude, infatti, che i giudici italiani abbiamo il dovere di applicare e interpretare, in prima battuta, le norme della CEDU, sulla base dei principi di diritto espressi dalla Corte EDU, con il solo limite – enunciato costantemente dalla Consulta a partire dalle sentenze gemelle del 2007 – rappresentato dalla presenza di una normativa nazionale di contenuto contrario alla CEDU, nel qual caso la soluzione dell'antinomia, non superabile in via interpretativa, dovrà essere rimessa alla Corte costituzionale.

4. Ciò premesso, la Corte ritiene tuttavia che le questioni sottoposte alla Cassazione siano inammissibili, in quanto basate su un erroneo presupposto interpretativo.

È fuor di dubbio, osserva la Corte, che sia vietato al legislatore sanzionare con effetto retroattivo un fatto che non era illecito quando fu commesso, e parimenti introdurre anche per il passato una sanzione che si aggiunge al trattamento sanzionatorio già previsto dalla legge.

Nella vicenda normativa in esame, tuttavia, **il legislatore ha inteso conservare al fatto – già previsto come delitto prima del 2005 – la propria connotazione in termini di anti giuridicità**, *“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”*. E proprio in questa prospettiva ha ritenuto – con la norma transitoria oggetto di censura – di sottoporre anche i fatti pregressi *“al nuovo e ritenuto più mite trattamento sanzionatorio”*.

L’art. 9 co. 6 impugnato riflette dunque, secondo la Consulta, tale “presunzione legislativa” di maggior favore della nuova disciplina sanzionatoria (composta, nel suo complesso, dalla sanzione amministrativa pecuniaria da centomila a quindici milioni di euro *più* la confisca diretta o per equivalente) rispetto a quella precedente (reclusione fino a due anni congiunta alla multa da venti a seicento milioni di lire, nonché alla sola confisca diretta).

Che tale presunzione sia o meno fondata, è questione diversa, con la quale il giudice a quo avrebbe dovuto analiticamente confrontarsi. In effetti, osserva la Corte, non può ritenersi che sia in ogni caso vietato applicare retroattivamente la nuova ipotesi di confisca per equivalente, non prevista al momento della commissione dei fatti; piuttosto, **ciò che risulta vietato dall’art. 7 CEDU è l’applicazione retroattiva di un regime punitivo che, “assunto nel suo complesso e dunque comprensivo della confisca della confisca per equivalente”, risulti maggiormente afflittivo per l’autore del fatto, rispetto al regime che era applicabile al momento del fatto.** Laddove invece, in esito a una valutazione in concreto, dovesse risultare che tale nuovo regime fosse di maggior favore, allora nessun ostacolo costituzionale o convenzionale si opporrebbe alla sua applicazione retroattiva, secondo quanto stabilito dalla disposizione transitoria impugnata.

Il mancato scioglimento di questo preliminare nodo interpretativo rende dunque le questioni inammissibili: spetterà al giudice *a quo* accertare e adeguatamente motivare se effettivamente l’applicazione dell’art. 9 co. 6 della l. n. 62/2005 comporti un obbligo di applicare retroattivamente un trattamento sanzionatorio deteriore per l’agente, in violazione degli artt. 25 co. 2 Cost. e 7 CEDU; ovvero se - all’opposto - tale trattamento sanzionatorio risulti in concreto più favorevole, e dunque la sua applicazione risulti pienamente compatibile con la *ratio* del principio di legalità della pena sul fronte tanto costituzionale quanto convenzionale.

* * *

5. La Corte rinvia così, una volta ancora, la palla ai giudici comuni: lanciando però tra le righe un messaggio davvero singolare, per le ragioni che subito vedremo. Ed è un peccato, perché le **due premesse** da cui la Consulta ha preso le mosse questa volta meritano incondizionata **approvazione**.

a) La Corte vince ora ogni ritrosia, affermando a chiare lettere che **l’adozione di criteri sostanziali per la definizione della materia penale è funzionale a una più ampia garanzia dell’individuo, e non comporta alcuna incontrollata espansione del diritto penale a danno dell’illecito amministrativo**, come da parte di taluni infondatamente si teme. Riconoscere natura ‘sostanzialmente penale’ a un dato illecito, a una data sanzione o a un dato procedimento significa soltanto affermare che a quell’illecito, sanzione o procedimento devono applicarsi le garanzie che la Costituzione e la Convenzione riservano alla materia penale – e dunque, segnatamente, gli artt. 25 co. 2, 27, 111 co. 3-5, 112 Cost., nonché gli artt. 6 CEDU nel suo *volet pénal*, 7 CEDU e 2 e 4 prot. 7 CEDU –, senza che ciò comporti in alcun modo una riqualificazione *a ogni altro fine* dell’illecito in questione come ‘reato’, della sanzione amministrativa come ‘pena’, o del

procedimento applicativo come ‘processo penale’. L’illecito, la sanzione e il procedimento resteranno – a ogni altro fine – *amministrativi*, e come tali *non soggetti* alle regole che, a livello di legislazione *ordinaria*, vigono nella materia penale, sul versante sostanziale (ad es., l’applicazione delle regole e dei principi del libro I del codice penale) e processuale (l’applicazione del codice di procedura penale). La strada di una generosa depenalizzazione e di progressiva espansione dell’illecito amministrativo, in una logica di *ultima ratio* della tutela penale, resterà dunque più che mai aperta per il legislatore, con il solo limite della necessità di garantire all’individuo – anche in quel settore – il nucleo dei diritti e dei principi costituzionali e convenzionali appena menzionati.

Con tale premessa, come si usa dire nel mondo anglosassone, non potrei essere più d’accordo, avendo io stesso appena sostenuto esattamente la medesima posizione in un contributo recentissimamente pubblicato proprio in questa *Rivista*^[1].

b) La seconda, preziosa premessa è la sottolineatura – non nuova, ma particolarmente importante nell’attuale temperie culturale di diffidenza verso il diritto europeo – secondo cui **il giudice nazionale è, al tempo stesso, il primo giudice della Convenzione europea**, come tale **tenuto ad interpretare e ad applicare (direttamente!) le sue disposizioni**, salva la sola ipotesi in cui incontri un ostacolo normativo insuperabile a livello di legislazione ordinaria (ipotesi nella quale sarà tenuto a rimettere la questione alla Corte costituzionale, *ex art. 117 co. 1 Cost.*). Interpretare la Convenzione non può che significare, allora, **anticipare** – se necessario – **la Corte EDU nello scioglimento di nodi esegetici che non sono ancora stati sottoposti alla sua attenzione**, nella realistica consapevolezza che il compito della Corte di Strasburgo è semplicemente quello di fissare linee interpretative generali e comuni per 47 diversi ordinamenti giuridici, destinate necessariamente ad essere concretizzate e sviluppate nei singoli ordinamenti nazionali a fronte delle miriadi di questioni problematiche che ivi quotidianamente si pongono.

Di talché sarebbe assurdo per i giudici italiani attendere passivamente una pronuncia della Corte di Strasburgo esattamente in termini, che riconosca la natura penale della specifica forma di confisca per equivalente disciplinata dall’art. 187-*sexies* t.u.f., laddove a tale conclusione possa pianamente pervenirsi attraverso l’applicazione di principi consolidati nella giurisprudenza europea: principi peraltro già da tempo recepiti – in relazione ad altre forme, strutturalmente identiche, di confisca per equivalente – dalla giurisprudenza italiana, comune e costituzionale. Anche perché, rammenta giustamente la Corte, i giudici nazionali hanno un preciso **dovere di evitare violazioni della CEDU** per effetto delle proprie decisioni.

Un insegnamento metodologicamente prezioso, che i giudici italiani non dovrebbero dimenticare – anche quando affrontano materie diverse e oggi assai attuali, come le misure di prevenzione personali e patrimoniali.

6. Dopo queste condivisibili premesse, che lasciavano sperare un trionfale accoglimento della questione prospettata dalla Cassazione, arriva però la doccia fredda.

Il giudice *a quo* avrebbe dovuto motivare sulla natura effettivamente deteriore della trattamento sanzionatorio, “*assunto nel suo complesso e dunque comprensivo della confisca per equivalente*” rispetto a quello previsto al momento del fatto; giacché, **nell’ipotesi in cui tale nuovo trattamento risultasse complessivamente più favorevole, nessun problema di contrasto con il principio di legalità della pena si porrebbe**, tale principio avendo anzi tra i suoi corollari la **necessaria retroattività della *lex mitior***.

Riflettiamo. La Corte costituzionale stessa ricostruisce i **due quadri sanzionatori in successione**:

- il **primo**, caratterizzato da una combinazione tra la pena della **reclusione sino a due anni**, della **multa sino a seicento milioni di lire** (pari a **poco più di 300.000 euro**) e dalla **sola confisca diretta**;

- il **secondo**, in cui è ovviamente assente la reclusione, caratterizzato invece da una **sanzione amministrativa pecuniaria sino a 15 milioni (!) di euro**, dalla **confisca diretta** nonché (in alternativa rispetto a quest'ultima) dalla **confisca per equivalente**, in precedenza non prevista.

Ora, sarà anche vero che il legislatore ordinario muove abitualmente dalla presunzione che la sanzione amministrativa sia, in via generale, più favorevole per l'interessato rispetto alla sanzione penale, che ha un contenuto stigmatizzante e che normalmente ha o può avere un'incidenza sulla libertà personale, il che certamente non può accadere in caso di sanzione amministrativa. Ma, quanto meno con riferimento alla particolare ipotesi ora all'esame della Corte, chiunque abbia un minimo di esperienza della prassi dei tribunali potrà cogliere agevolmente che, **dal punto di vista dell'interessato, il secondo quadro sanzionatorio è enormemente più gravoso**: la previsione sulla carta della reclusione sino a due anni è destinata sistematicamente a sfociare (salvo che nella improbabile ipotesi che il colpetto bianco imputato sia un incallito plurirecidivo) in una **pena condizionalmente sospesa**, che ha un contenuto afflittivo reale pari a zero; mentre ciò che realmente conta per il soggetto è la possibilità di essere condannato a una **sanzione pecuniaria dall'ammontare spaventosamente superiore a quella che il giudice penale gli avrebbe mai potuto infliggere**, con l'**ulteriore possibilità che gli venga applicata una misura** – la confisca per equivalente, per la quale non è oltre tutto stabilito alcun ammontare massimo – **che non era proprio prevista al momento del fatto**.

In queste condizioni, affermare che il secondo trattamento sanzionatorio potrebbe essere considerato più favorevole, soltanto perché non contempla più la pena detentiva, apparirebbe *ictu oculi* frutto di una **incomprensione radicale della reale carica di afflittività delle sanzioni dal punto di vista del loro destinatario**: incomprensione nella quale mi auguro non incorra il giudice *a quo*, ora chiamato a compiere la valutazione comparativa richiesta dalla Corte.

7. Ma, più in radice, ciò che non convince nella sentenza in esame è la **logica per così dire 'compensativa' utilizzata dalla Corte nella valutazione se un nuovo trattamento sanzionatorio – "nel suo complesso" – sia o meno peggiorativo rispetto a quello precedentemente in vigore**: una logica che mi pare del tutto inadeguata a svolgere la funzione di garanzia imposta dal *nulla poena sine lege praevia*, che esige invece una **considerazione separata di ogni singola pena che il legislatore per la prima volta introduca**.

Il dato macroscopico di questa vicenda normativa, che aveva giustamente attratto l'attenzione della Cassazione, è che **nel 2005 il legislatore italiano introduce per la prima volta nel sistema sanzionatorio degli abusi di mercato la (nuova) misura della confisca per equivalente**, stabilendone al contempo l'**applicazione retroattiva per i soli illeciti depenalizzati**, e **rinviano invece alle comuni regole dell'art. 2 c.p. per i fatti che conservano rilevanza penale anche dopo la modifica normativa**: comuni regole che determinano ovviamente – stante l'ormai pacifica natura di pena della confisca per equivalente – la sua inapplicabilità ai fatti antecedenti al 2005 che continuano a essere considerati come reato. Proprio questa asimmetria era stata del resto indicata dalla Cassazione a fondamento di una ulteriore censura della disciplina transitoria sotto il profilo dell'art. 3 Cost., che la Consulta ha tuttavia ritenuto inammissibile per difetto di motivazione.

La prospettiva della Corte costituzionale è, tuttavia, che tale nuova sanzione – la confisca 'amministrativa' per equivalente – non debba essere considerata isolatamente ai fini della verifica del rispetto delle garanzie costituzionali e convenzionali, bensì debba essere valutata nel quadro di una **considerazione unitaria** che guardi al **complessivo risultato sanzionatorio risultante dalla riforma**, e che potrebbe in ipotesi essere ritenuto più favorevole in relazione al mero dato scomparsa della prospettiva del carcere. Come a dire: l'interessato non ha di che dolersi dalla modifica normativa; anzi, dovrà essere grato al legislatore che gli risparmi il processo penale e la possibilità di una condanna (sia pure con ogni verosimiglianza sospesa) a pena detentiva.

Un simile ragionamento non funziona, perché trascura clamorosamente di considerare che **la confisca per equivalente è sanzione del tutto eterogenea rispetto alla pena pecuniaria in precedenza prevista**. Essa non soggiace, ad es., alle regole di determinazione di cui agli artt. 133 e seguenti del codice penale; né l'autorità amministrativa è qui vincolata ad alcun importo massimo, l'ammontare della sanzione essendo unicamente determinato dal valore del profitto, del profitto o dei beni utilizzati per commettere il fatto, qualunque cosa ciò significhi nel caso concreto. D'altra parte, la **confisca per equivalente** è a torto o a ragione ritenuta, secondo la concorde valutazione della giurisprudenza comune e costituzionale, una **misura ablativa a sua volta ben distinta dalla confisca diretta**, per natura giuridica e conseguente disciplina: misura di sicurezza la seconda, vera e propria pena la prima, che colpisce del resto beni affatto distinti da quelli assoggettabili alla confisca diretta. Breve: la confisca per equivalente è **una nuova pena, non prevista al momento del fatto**, che come tale non dovrebbe poter essere applicata retroattivamente, anche laddove il legislatore disponga diversamente.

A ragionare come fa ora la Corte costituzionale, occorrerebbe invece concludere che il legislatore sia libero – anche nella materia penale *stricto sensu* – di introdurre per un reato già esistente, e che rimanga tale, **nuove pene accessorie** (nuove ipotesi di interdizioni, sospensioni o decadenze dall'esercizio di diritti costituzionali, e simili) unitamente a **nuove ipotesi di confisca, stabilendone l'applicazione anche ai fatti pregressi**; e ciò **all'unica condizione che il nuovo trattamento sanzionatorio, complessivamente e unitariamente considerato, possa ritenersi non peggiorativo rispetto a quello precedentemente previsto** – ad es., perché caratterizzato, in chiave di compensazione rispetto alle nuove sanzioni, dalla *rinuncia* alla pena detentiva, o dalla previsione di una *minor* pena detentiva.

Strano risultato davvero.

8. In realtà, la disposizione impugnata dalla Cassazione avrebbe ben potuto e dovuto essere censurata non solo sotto il profilo dell'applicazione retroattiva della confisca per equivalente, ma anche sotto quello dell'**applicazione retroattiva di una sanzione amministrativa pecuniaria il cui limite massimo è** – ripeto – **enormemente superiore** (pressappoco di cinquanta volte, se la matematica non mi inganna) **a quello della pena pecuniaria originariamente prevista**.

Non può essere questa la sede per affrontare, in via generale, la tematica della compatibilità con il principio di legalità della pena – segnatamente sotto il profilo dell'art. 7 CEDU – delle usuali disposizioni transitorie nelle leggi di depenalizzazione, che intendono assicurare la continuità nella sanzione dei fatti depenalizzati commessi prima dell'entrata in vigore della legge rispettiva e non ancora definiti con sentenza passata in giudicato, disponendo per gli stessi, in luogo della sanzione penale abrogata, l'applicazione delle nuove sanzioni amministrative pecuniarie.

Ciò che preme qui rilevare è che – in una recentissima occasione – il legislatore italiano, evidentemente consapevole del rischio che una tale tecnica normativa possa essere in futuro ritenuta incompatibile con il divieto di applicazione retroattiva della pena, ha espressamente previsto che le nuove sanzioni amministrative si applichino bensì ai fatti anteriormente commessi non ancora definiti con sentenza passata in giudicato, ma **con il limite dell'importo massimo della pena originariamente prevista per il reato**, tenuto conto del criterio di ragguaglio di cui all'art. 135 c.p.; stabilendo altresì che **“a tali fatti non si applicano le sanzioni amministrative accessorie introdotte dal presente decreto, salvo che le stesse sostituiscano corrispondenti pene accessorie”** (art. 8 d.lgs. n. 8/2016).

Al di là dei dettagli, della cui tenuta costituzionale pure si potrebbe discutere, trasparente è la logica che ha mosso il legislatore del 2016: **solo le sanzioni amministrative che si pongano in rapporto di continuità con le precedenti sanzioni penali**, condividendone il contenuto afflittivo al di là del diverso *nomen iuris* - o quanto meno quelle sanzioni che possano facilmente ricollegarsi alle precedenti sulla base di un criterio di conversione già operante nell'ordinamento

al momento del fatto (come quello disciplinato dall'art. 135 c.p.) - **potranno essere applicate ai fatti pregressi, proprio perché sostanzialmente già in quell'epoca previste (e conoscibili dai consociati) come possibili conseguenze dei fatti medesimi; all'ovvia condizione – però – che esse vengano applicate in una misura a sua volta prevedibile dai consociati medesimi, e dunque non oltre l'ammontare massimo comminato al momento del fatto.** Poco importa, si noti, se sia venuta meno nel frattempo la possibilità della pena detentiva: la logica compensatoria utilizzata oggi dalla Corte costituzionale è giustamente rimasta lontana dalla penna del più saggio legislatore del 2016.

9. Con la sentenza qui all'esame la Corte costituzionale porta a degno compimento, si direbbe, un'infelice triade di pronunce in materia di legalità penale e sanzioni amministrative.

La triade si era aperta con la [sentenza n. 193/2016\[2\]](#), nella quale la Corte – pur dando conto della giurisprudenza di Strasburgo in materia di estensione delle garanzie della materia penale a sanzioni non espressamente qualificate come penali sulla base dei criteri *Engel*, nonché dell'affermazione del principio della retroattività della legge penale più favorevole da parte della Grande camera nella sentenza *Scoppola (n. 2) c. Italia* del 2009 – aveva purtuttavia **negato che dall'art. 7 CEDU, così come interpretato dal 'suo' giudice, 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, la Corte aveva giudicato infondata la questione prospettata dal giudice *a quo*, che mirava a integrare la disciplina generale sull'illecito amministrativo di cui alla legge n. 689/1981 mediante un'affermazione *generale* dell'obbligo di applicazione della legge successiva più favorevole anche agli autori di *tutti* gli illeciti amministrativi; con l'imbarazzante **risultato**, però, di **negare la garanzia convenzionale della retroattività della *lex mitior* anche agli autori di quegli illeciti amministrativi che, in base ai criteri *Engel*, devono essere considerati come sostanzialmente penali ai fini dell'applicazione dell'art. 7 CEDU.**

La saga è poi proseguita con la recentissima [sentenza n. 43/2017\[3\]](#), che ha giudicato non fondata una questione di legittimità costituzionale dell'art. 30 co. 4 della legge n. 87/1953, nella parte in cui tale disposizione non estende alle sanzioni formalmente amministrative, ma sostanzialmente punitive ai sensi dell'art. 7 CEDU, 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. E ciò sulla base del rilievo, in sé ineccepibile, per cui 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. Con la sorprendente conseguenza, però, di **lasciare intatto il potere/dovere dell'amministrazione pubblica di procedere alla riscossione di una sanzione divenuta ormai definitiva, e irrogata sulla base di una legge dichiarata illegittima dalla stessa Corte costituzionale:** con buona pace non tanto del principio di retroattività della *lex mitior*, quanto dello stesso **principio di legalità della pena**, che esige che qualsiasi misura sanzionatoria abbia una **valida base legale** in grado di giustificare il sacrificio dei diritti individuali colpiti dalla sanzione.

La parabola si conclude – almeno per ora – con la **pronuncia odierna**, che invero lascia ancora aperto per la Cassazione qualche spiraglio in una direzione diversa, ma sembra allo stato suggerire una soluzione che consacri il potere/dovere della CONSOB di **procedere alla riscossione di una mega-sanzione pecuniaria** (composta dalla sanzione amministrativa pecuniaria in senso stretto e dalla confisca per equivalente) **di importo assolutamente non prevedibile per l'interessato al momento della commissione del fatto**, sulla base della logica –

in buona sostanza – che l'interessato dovrebbe già ringraziare il cielo per essersi evitato il procedimento penale, e la connessa probabile inflizione di una (modesta) pena detentiva sospesa.

Il **risultato netto** di queste tre pronunce, nei rispettivi casi di specie e in tutti gli altri casi futuri nei quali saranno affrontate questioni analoghe, sarà **la riscossione da parte della pubblica amministrazione di altrettante sanzioni che certamente saranno impugnate per violazione dell'art. 7 CEDU di fronte ai giudici di Strasburgo**; dai quali probabilmente dovremo attenderci nuove condanne a carico del nostro paese, determinate da un'ancora insufficiente attenzione dei giudici costituzionali italiani, nonostante tutte le buone intenzioni, per gli obblighi discendenti dall'adesione del nostro paese alla Convenzione europea.

Il che - mi si consenta quest'ultima chiosa - un po' stupisce, da parte di una Corte che poco più di due mesi fa era partita lancia in resta, nella propria ordinanza n. 24/2017 relativa al caso *Taricco*, per **difendere il principio di legalità in materia penale - *sub specie***, tra l'altro, di **divieto di applicazione retroattiva di un mutamento *in peius* del regime della prescrizione del reato non prevedibile per l'interessato al momento della commissione del fatto** - contro le derive asseritamente illiberali innescate da una pronuncia della Corte di giustizia dell'Unione europea, che aveva avuto il torto di assestarsi su standard di tutela *europei* del diritto fondamentale in questione, in quell'occasione giudicati inadeguati dalla nostra Corte costituzionale rispetto a quelli più elevati risultati dalla tradizione giuridica italiana.

[1] Viganò, *Il nullum crimen conteso: legalità 'costituzionale' vs. legalità 'convenzionale'?*, in questa *Rivista*, 5 aprile 2017, p. 4 ss.

[2] Su cui cfr. Chibelli, *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont – Riv. trim.*, n. 3/2017, p. 247 ss.; Provenzano, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, in *Dir. pen. cont – Riv. trim.*, n. 3/2017, p. 270 ss.

[3] Su cui cfr. ancora Ubiali, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, in questa *Rivista*, 21 marzo 2017; Chibelli, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, *ibidem*, 3 aprile 2017.