

9 CONTRASTO

PROPORZIONALITÀ, PENE PRINCIPALI E SANZIONI AMMINISTRATIVE. INDIVIDUALIZZAZIONE E PENE ACCESSORIE

Al centro di un confronto davvero intenso la questione concernente la portata del principio di proporzionalità della pena, così come emergente nelle ultime pronunce della Corte costituzionale rese a partire dal 2016 (10 novembre 2016, n. 236 e 18 marzo 2019, n. 40). I profili di novità di questo nuovo “approccio” della Consulta risiedono, sostanzialmente, nello “sdoganamento” di una diversa procedura di verifica della proporzione del trattamento sanzionatorio individuato dalla norma incriminatrice tacciata di incostituzionalità, che è ora operata dal Giudice delle leggi, ai sensi degli articoli 3 e 27 della Costituzione, prescindendo dal necessario riferimento ad un tertium comparationis. Quest’ultimo – in precedenza utilizzato quale parametro di raffronto indispensabile per svolgere un giudizio di ragionevolezza/irragionevolezza della norma censurata, che veniva formulato in termini di parità/disparità di trattamento rispetto ad una fattispecie “analoga” – assume ora una diversa funzione, ossia quella di offrire alla Corte un quadro sanzionatorio sostitutivo una volta che si sia appurato per altre vie il mancato rispetto del vincolo di proporzione da parte del legislatore. L’esigenza che la pena sia proporzionata alla reale gravità del fatto va soddisfatta, peraltro, non solo dal legislatore in sede di definizione della cornice edittale, ma anche dal giudice nell’applicazione in concreto della pena. Viene qui in considerazione il principio di individualizzazione della pena particolarmente valorizzato dalla Corte nel vagliare la costituzionalità delle pene accessorie c.d. fisse (5 dicembre 2018, n. 222) e dalle Sezioni unite nel dare seguito alla pronuncia della Consulta (3 luglio 2019, n. 28910).

Infine, dei principi suddetti è stata dalla Corte ritenuta l’operatività anche con riguardo alle sanzioni amministrative (10 maggio 2019, n. 112).

SOMMARIO: 1. La questione di diritto. 2. La focalizzazione. 2.1. Il nuovo giudizio “diadico” di proporzionalità operato dalla Consulta: a) il sindacato di costituzionalità sulle pene principali: (casi *a* e *b*). Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236 e 18 marzo 2019, n. 40. 2.2. Individualizzazione e pene accessorie (caso *c*). Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222 e Cass. pen. Sez. Un., 3 luglio 2019, n. 28910. 2.3. Proporzionalità e confisca amministrativa. Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112. 3. Spunti problematici: principio di proporzionalità e *ne bis in idem*. 4. Approfondimenti e letture.

1. La questione di diritto.

In dottrina come in giurisprudenza è oramai pacifico che il principio di legalità, in materia penale, sia da riferire anche alla “pena”: solo alla legge, infatti, compete stabilire le conseguenze sanzionatorie che possono discendere dalla commissione di una determinata fattispecie di reato. Tale principio, scolpito a chiare lettere dall’art. 1 c.p., si ritiene possieda pure rango costituzionale, nonostante la mancanza di un espresso riferimento alla pena nell’art. 25, co. 2 Cost.

Come noto, il principio di legalità ricomprende, quale suo logico corollario, anche il principio della “riserva di legge”. Tuttavia, mentre in relazione al precetto, secondo l’orientamento prevalente, la riserva di legge deve generalmente intendersi come solo “tendenzialmente” assoluta, con riferimento alla pena l’impostazione maggioritaria considera tale riserva di carattere *assoluto*.

Il principio del *nulla poena sine lege*, nella sua *ratio* storica, pretende quindi che al Parlamento venga attribuita una prerogativa esclusiva nell’esercizio delle scelte discrezionali afferenti al tipo, al contenuto e al *quantum* di pena. Ciononostante, vi sono dei parametri costituzionali sostanziali che vincolano lo stesso legislatore nell’esercizio della sua discrezionalità in materia sanzionatoria.

Uno di questi vincoli è certamente rappresentato dal *principio di proporzionalità della pena*, che vieta al legislatore di stabilire un trattamento sanzionatorio irragionevolmente sproporzionato rispetto al disvalore della fattispecie astratta incriminata (artt. 3, 27 co. 2, Cost.).

Il caso

a. **Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236.** *La vicenda riguardava due soggetti, ai quali veniva contestato il reato di cui all’art. 567, co. 2, c.p., per aver falsamente attestato nell’atto di nascita di una neonata che la stessa era nata dall’unione naturale dei due dichiaranti, così alterandone lo stato civile. Il giudice di prime cure, pur considerando fondata l’accusa rivolta agli imputati, riteneva sproporzionato il trattamento sanzionatorio individuato dalla norma incriminatrice contestata rispetto al disvalore del fatto incriminato, che precludeva agli imputati anche la possibilità di beneficiare della sospensione condizionale della pena pure a fronte del riconoscimento delle circostanze attenuanti. A tali conclusioni l’organo giudicante giungeva non solo constatando un effettivo ridimensionamento della portata offensiva della fattispecie – la cui gravità deve ritenersi ora attenuata in considerazione dell’attuale possibilità di accertare i legami familiari di un qualsiasi soggetto attraverso indagini genetiche – ma anche appurando la limitata offensività di una condotta “commessa nell’interesse del neonato (magari privo di un padre o che il genitore naturale non vuole riconoscere), al quale l’agente intende attribuire, comunque, dei legami familiari”. Veniva quindi sollevata questione di legittimità costituzionale per contrasto dell’art. 567, co. 2, c.p.: i) con il principio di ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost., in considerazione dell’eccessivamente elevato quadro edittale riservato ad una condotta che ha oramai “perso quei connotati di gravità e allarme sociale che in altra epoca giustificavano un trattamento sanzionatorio particolarmente rigoroso e severo”; nonché ii) con i principi di colpevolezza e del finalismo rieducativo della pena di cui*

all'art. 27 Cost., in quanto "la previsione di una pena eccessiva rispetto alla gravità della condotta, soprattutto quanto al minimo edittale, nonché sproporzionata rispetto alle altre condotte contemplate dalle disposizioni del medesimo Capo, impedi[sce] al Giudice di adeguare la sanzione concretamente inflitta all'imputato, in caso di condanna, alle circostanze del fatto, e al reo stesso di comprendere adeguatamente, con piena consapevolezza, il disvalore del proprio comportamento".

b. Corte cost. 18 marzo 2019, n. 40. *La vicenda trae origine da una condanna di un soggetto per il reato di cui all'art. 73, co. 1, d.P.R. n. 309/1990 ("T.u. stup"). Sebbene la qualificazione del fatto operata dal giudice di prime cure fosse stata ritenuta corretta dalla Corte d'appello in considerazione di vari indici fattuali da cui si evinceva chiaramente la gravità della fattispecie contestata, il Collegio si trovava costretto a rilevare il manifestamente eccessivo quadro sanzionatorio previsto dalla norma oggetto di contestazione, attesa la notevole differenza sanzionatoria (corrispondente a 4 anni di reclusione) rispetto al massimo edittale riservato alla fattispecie di cui all'art. 73, co. 5, d.P.R. n. 309/1990, che punisce le ipotesi di lieve entità; ciò comportava nella prassi non pochi problemi di adeguamento della pena, in relazione alle c.d. ipotesi "di confine", generando anche storture interpretative volte ad estendere il più possibile la portata applicativa della fattispecie di lieve entità di cui all'art. 73, co. 5, T.u. stup. Alla luce di tali argomenti veniva sollevata questione di legittimità costituzionale dell'art. 73 del T.u. stup., rilevandosi il contrasto del trattamento sanzionatorio in esso previsto con il principio di ragionevolezza e con il principio del finalismo rieducativo della pena di cui agli articoli 3 e 27 Cost., tenuto conto dell'eccessiva sproporzione della comminatoria edittale minima prevista dalla norma censurata rispetto a quella massima della corrispondente fattispecie di lieve entità, che impedisce al giudice di calibrare adeguatamente la sanzione rispetto alle circostanze del fatto concreto, e al condannato di percepire come "giusto" il trattamento punitivo a lui inflitto.*

c. Corte cost. 5 dicembre 2018, n. 222. *La Corte di cassazione veniva investita del ricorso proposto dagli imputati in uno dei procedimenti penali avviati a seguito del tracollo del gruppo Parmalat per fatti di bancarotta impropria semplice e fraudolenta, avverso la sentenza della Corte d'appello territorialmente competente. Il Collegio d'appello, statuendo in sede di rinvio, pronunciava sentenza di condanna nei confronti di tutti gli imputati irrogando, in aggiunta alle pene detentive per ciascuno individualmente commisurate, anche le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e dell'incapacità di esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa per la durata indifferenziata di dieci anni. Tali pene accessorie erano all'epoca previste come conseguenza automatica della condanna per qualsiasi fatto di bancarotta impropria fraudolenta in virtù del combinato disposto degli artt. 216, ultimo comma, e 223, ultimo comma, della l.f. (R.D. 16 marzo 1942, n. 267). La Suprema Corte di legittimità, dubitando della legittimità costituzionale di tale automatismo sanzionatorio, sollevava questione di legittimità costituzionale delle norme da ultimo richiamate per contrasto con gli articoli 3, 4, 27, 41, 117 c. 1 (con riferimento agli artt. 8 e 1 prot. 1 Cedu) della Costituzione, "nella parte in cui prevedono che alla condanna per uno dei fatti previsti in detti articoli conseguano obbligatoriamente, per la durata di dieci anni, le pene accessorie dell'inabilitazione all'esercizio di una impresa commerciale e dell'incapacità ad esercitare uffici direttivi presso qualsiasi impresa".*

d. **Corte cost. 10 maggio 2019, n. 112.** Il caso riguarda l'irrogazione, da parte della Consob, di pesanti sanzioni amministrative interdittive e pecuniarie (circa 200.000 euro) nell'ambito di una vicenda in cui veniva accertato da Consob un fatto di insider trading realizzato nell'ambito di un'operazione di acquisto di azioni di una società, da parte di un socio, sulla base del possesso dell'informazione privilegiata relativa all'imminente lancio di un'OPA su tale società, promossa dallo stesso autore del fatto assieme ad altri soci della stessa società. Per la stessa vicenda Consob aveva altresì disposto la confisca per equivalente di un importo pari a circa 150.000 euro. Più in dettaglio, il soggetto in questione, utilizzando l'informazione privilegiata di cui disponeva, aveva investito circa 120.000 euro (beni utilizzati per commettere l'illecito) per acquistare azioni da cui aveva ricavato circa 150.000 euro (prodotto dell'illecito), ritraendo dall'operazione complessiva poco meno di 30.000 euro (profitto dell'illecito). Consob, come si è anticipato, aveva peraltro proceduto a confiscare per equivalente l'importo più elevato di 150.000 euro, pari al prodotto dell'illecito (e corrispondente alla somma del denaro utilizzato per commettere il reato più quello guadagnato). La Cassazione, su ricorso dell'interessato, solleva questione di legittimità costituzionale dell'art. 187-sexies T.u.f. in relazione agli artt. 3, 42, 117 Cost., quest'ultimo in riferimento all'art. 1 del Primo Protocollo addizionale alla Cedu, nonché agli artt. 11 e 117 Cost., con riferimento agli artt. 17 e 49 Cdfue – "nella parte in cui esso assoggetta a confisca per equivalente non soltanto il profitto dell'illecito ma anche i mezzi impiegati per commetterlo, ossia l'intero prodotto dell'illecito".

2. La focalizzazione.

Il principio richiamato esige, quindi, che sussista un'effettiva proporzione tra la forbice edittale di pena individuata in astratto da una determinata norma incriminatrice e il disvalore del fatto punito come reato (*c.d. proporzionalità in astratto*). Tale principio, secondo un orientamento dottrinale, sarebbe peraltro un corollario del principio di offensività, che non solo vieterebbe al legislatore di incriminare una determinata condotta quando questa non sia lesiva di un bene giuridico meritevole di protezione, ma imporrebbe anche di calibrare il trattamento sanzionatorio comminato da una norma alla gravità della fattispecie incriminata.

Al principio di proporzionalità della pena in astratto è strettamente connesso un ulteriore principio, ossia quello di *individualizzazione della pena*. Tratto dall'art. 27, co. 3, Cost. ed indirizzato esclusivamente al giudice, quest'ultimo principio impone che il trattamento sanzionatorio in concreto applicato al reo sia adeguato al reale disvalore oggettivo e soggettivo del fatto commesso integrante reato (*c.d. proporzionalità in concreto*). Tale principio, pertanto, presuppone che il giudice possa esercitare una certa discrezionalità nell'individuazione del trattamento sanzionatorio da riservare al reo con riferimento alle singole vicende concrete, con un evidente rischio di incostituzionalità della tecnica legislativa di individuazione della pena in modo fisso.

■ **2.1. Il nuovo giudizio “diadico” di proporzionalità operato dalla Consulta: a) il sindacato di costituzionalità sulle pene principali (casi a e b). Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236 e 18 marzo 2019, n. 40.**

Il sindacato di costituzionalità sulla legittimità della pena aveva assunto in passato una dimensione “triadica”. In particolare, la verifica di costituzionalità della pena ruotava sul parametro di ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost., e veniva svolto in base ad un raffronto della pena censurata con quella prevista da una diversa fattispecie di reato, che poteva assumersi quale *tertium comparationis*, in ragione della medesimezza del disvalore del fatto punito; fattispecie rispetto alla quale la norma censurata doveva ritenersi irragionevolmente sottoposta a diverso trattamento sanzionatorio.

Oggi il controllo di proporzionalità della pena si fonda su un giudizio “diadico”, nell’ambito del quale il giudice opera un sindacato intrinseco che si fonda sull’oggettiva gravità della fattispecie, e implica la verifica della sussistenza di una relazione di proporzione tra quest’ultima e la pena in astratto individuata dal legislatore. La norma diversa da quella oggetto di sindacato (il c.d. *tertium comparationis*), quindi, non rileva più ai fini della valutazione di irragionevolezza del trattamento sanzionatorio censurato, ma viene utilizzata dal giudice, una volta che quest’ultimo abbia già deciso per la declaratoria di incostituzionalità in ragione della manifesta sproporzione individuata, al fine di individuare la pena destinata a sostituire la pena incostituzionale. La Corte costituzionale ha sposato questo nuovo approccio a partire dalla sentenza *n. 236 del 10 novembre 2016*, intervenuta in relazione alla fattispecie di alterazione di stato di cui all’art. 567, co. 2, c.p., che ha segnato un’autentica svolta nella direzione dell’effettivo sindacato delle cornici edittali da parte della Corte costituzionale. La norma censurata punisce il fatto di chi confezioni un atto di nascita mendace, fornendo elementi che alterino la rappresentazione della maternità o paternità, con una pena che va da 5 a 15 anni. In applicazione del principio sopra richiamato, il Giudice delle leggi afferma la necessità di compiere detto controllo di proporzionalità non comparando la diversità delle cornici edittali attraverso un confronto tra quella prevista per la fattispecie oggetto di sindacato con quella prevista dal *tertium* (in questo caso il riferimento è all’art. 567, co. 1, c.p.), ma attraverso un giudizio diadico (e non triadico) tra parametro costituzionale e norma sospettata di illegittimità. Il bene giuridico tutelato, nella specie, è quello della certezza dello stato civile rispetto alla genitorialità, la cui importanza risulta attenuarsi nel tempo in quanto, mentre nel 1930 lo stato civile era l’unico mezzo per risalire all’identità genitoriale, oggi quest’ultima può essere ricostruita agevolmente attraverso altri strumenti. La Corte costituzionale, senza un raffronto con ulteriori fattispecie, giudica incostituzionale la pena censurata ma, trovandosi nella posizione di dover colmare il vuoto normativo sulla cornice edittale creatosi a seguito della declaratoria di illegittimità della pena censurata, fa riferimento alla pena prevista per il comma 1, dell’art. 567 c.p. Il *tertium comparationis* non rileva più nella fase di sindacato della norma effettuato sulla base del mero parametro di proporzionalità, ma viene quindi richiamato nell’attività di individuazione del trattamento sanzionatorio ritenuto proporzionato e dunque legittimo.

Resta fermo, tuttavia, il principio di legalità della pena e della riserva di legge, secondo cui solo il legislatore può determinare il trattamento sanzionatorio di una fattispecie integrante reato. Secondo la Corte, l'unica "deroga" a tale principio può realizzarsi solo quando la Consulta sia in grado di ravvisare nel sistema legislativo vigente, senza margini di discrezionalità, precisi parametri di riferimento vincolati, come avviene allorché sussistano disposizioni aventi finalità e struttura analoghe (ossia, il c.d. *tertium comparationis*). Per usare le parole della Corte, tale opzione è possibile "quando le scelte sanzionatorie adottate dal legislatore si siano rivelate manifestamente arbitrarie o irragionevoli e il sistema legislativo consenta l'individuazione di soluzioni, anche alternative tra loro, che siano tali da ricondurre a coerenza le scelte già delineate a tutela di un determinato bene giuridico, procedendo puntualmente, ove possibile, all'eliminazione di ingiustificabili incongruenze".

La Corte costituzionale affronta la medesima questione anche nella sentenza 18 marzo 2019, n. 40, occupandosi nella specie della materia degli stupefacenti, con particolare riguardo alla fattispecie di cui all'art. 73, co. 1, d.P.R. n. 309/1990.

Come già osservato, la Corte giunge alla declaratoria di incostituzionalità ritenendo fondate le censure sollevate dal giudice *a quo* con riferimento agli articoli 3 e 27 Cost., nonostante i precedenti arresti con cui la Consulta aveva dichiarato inammissibili analoghe questioni (sentenze n. 179 del 2017, n. 148 e n. 23 del 2016; ordinanza n. 184 del 2017).

Nella sentenza del 2019 da ultimo richiamata, invece, la Corte applica i suesposti principi delineati nella citata pronuncia n. 236/2016 sul sindacato di proporzionalità delle sanzioni penali e, al riguardo, ritiene fondata ed ammissibile la questione di legittimità costituzionale sul minimo edittale di pena previsto dall'art. 73, co. 1, T.u. stup. La Corte, in proposito, riscontra la violazione dei principi di eguaglianza, proporzionalità, ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost., e del principio di rieducazione della pena di cui all'art. 27 Cost., rilevando come "l'ampiezza del divario sanzionatorio [rispetto alla fattispecie di lieve entità di cui all'art. 73, co. 5, t.u. stup.] condiziona inevitabilmente la valutazione complessiva che il giudice di merito deve compiere al fine di accertare la lieve entità del fatto (ritenuta doverosa da Cass., Sez. un., 9 novembre 2018, n. 51063), con il rischio di dar luogo a sperequazioni punitive, in eccesso o in difetto, oltre che a irragionevoli difformità applicative in un numero rilevante di condotte".

Con riferimento alla necessità di individuare un diverso minimo edittale di pena in relazione alla fattispecie di cui all'art. 73, co. 1, T.u. stup., che risulti idoneo a sanzionare i fatti "di confine" con la fattispecie di lieve entità, la Corte ribadisce le soluzioni dalla stessa enunciate nei precedenti arresti, ossia il necessario riferimento ad una soluzione "costituzionalmente obbligata", deducibile dalla normativa vigente nel rispetto della logica sottesa alle scelte legislative.

Sul punto, la Consulta individua in 6 anni di reclusione la pena per certi versi "obbligata" alla luce delle indicazioni legislative fornite per le "fattispecie di confine": a) dalla l. Fini-Giovanardi, che disponeva tale limite come massimo edittale per le fattispecie di lieve entità (sebbene successivamente oggetto di declaratoria di incostituzionalità ad opera della sentenza n. 32 del 2014); b) dalla comminatoria edittale massima attualmente vigente per i fatti di non lieve entità concernenti le c.d. droghe leggere; c) dal d.P.R. n. 309 del 1990, nella formulazione previgente, che disponeva tale limite

come massimo edittale per i fatti di lieve entità concernenti le c.d. droghe pesanti; d) dalla comminatoria edittale massima per i fatti di lieve entità concernenti le c.d. droghe pesanti sotto la vigenza della già citata l. Fini-Giovanardi.

All'esito di tale operazione interpretativa della Corte, sarà il legislatore a dover valutare se ripensare il sistema sanzionatorio così rinnovato, in ogni caso nel rispetto del vincolo sostanziale di proporzionalità della pena.

■ **2.2. Individualizzazione e pene accessorie (caso c). Corte cost., 5 dicembre 2018, n. 222 e Cass. pen. Sez. Un., 3 luglio 2019, n. 28910.**

Una marcata valorizzazione del principio di offensività-proporzionalità si è registrata nella giurisprudenza costituzionale con riguardo alle pene accessorie.

Segnatamente, con la già menzionata sentenza n. 222/2018 la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'ultimo comma dell'art. 216 della legge fallimentare (r.d. 16 marzo 1942, n. 267), nella parte in cui determina la durata delle pene accessorie della bancarotta nella *misura fissa di dieci anni* (invece che “*fino a dieci anni*”), ravvisando nell'automatismo applicativo in parola un contrasto con i principi costituzionali in materia di pena, e, in particolare, con quelli di proporzionalità e necessaria individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

Dopo aver evidenziato che in virtù di tali ultimi principi possono dirsi costituzionalmente legittime, sul piano della proporzione, solo le pene fisse comminate per sanzionare reati non “graduabili” (in quanto manifestazione dello stesso livello di gravità), la Consulta ha osservato che tale non può considerarsi la fattispecie di bancarotta. In particolare, secondo la Corte, l'invariabile durata di dieci anni delle pene accessorie non può ritenersi “ragionevolmente proporzionata” rispetto all'intera gamma di comportamenti riconducibili alla bancarotta, che – tanto sul piano astratto, quanto su quello concreto – manifestano un'ampia varietà di gradi di disvalore.

Le pene accessorie temporanee dell'art. 216 ultimo comma l. fall., del resto, “incidono in senso fortemente limitativo su una vasta gamma di diritti fondamentali del condannato, riducendo drasticamente la sua possibilità di esercitare attività lavorative per un arco temporale di dieci anni, destinati a decorrere – in forza dell'art. 139 c.p. – dopo l'integrale esecuzione della pena detentiva (la quale, a sua volta, potrebbe avere luogo molti anni dopo la commissione del fatto di reato)”. Conseguenze sanzionatorie tanto severe possono giustificarsi, sotto il profilo della proporzionalità della pena, solo in relazione alle ipotesi più gravi di bancarotta fraudolenta e non anche in relazione ai fatti di reato meno gravi, rispetto ai quali tale “rigidità applicativa non può che generare la possibilità di risposte sanzionatorie manifestamente sproporzionate per eccesso – e dunque in contrasto con gli artt. 3 e 27 Cost.”, nonché apparire “comunque distonica rispetto al menzionato principio dell'individualizzazione del trattamento sanzionatorio”.

Anche in questo caso, l'accoglimento della questione di costituzionalità è frutto del rinnovato indirizzo della Consulta in punto di sindacato sulla proporzionalità della pena e di (non) necessità di “rime obbligate”.

Come sopra già osservato, infatti, la Corte ha escluso la necessità, ai fini del suo sinda-

cato sulla congruità di un determinato trattamento sanzionatorio, di ravvisare nel sistema “*un’unica soluzione costituzionalmente vincolata in grado di sostituirsi a quella dichiarata illegittima*”, essendo sufficiente a tale ultimo fine rinvenirvi “*precisi punti di riferimento*” e soluzioni “*già esistenti*”. Assunto, questo, che ha consentito al Giudice delle Leggi di accogliere l’illustrata questione di costituzionalità offrendo una soluzione diversa da quella prospettata dal rimettente, il quale suggeriva di eliminare dall’ultimo comma dell’art. 216 l. fall. la locuzione “*per la durata di anni dieci*”, con conseguente – automatica – operatività della regola generale di cui all’art. 37 c.p., in virtù della quale, in assenza di una predeterminazione legale, “*la pena accessoria ha una durata eguale a quella della pena principale inflitta*”. Una tale soluzione di “allineamento” tra la durata della pena principale e quella della pena accessoria – idonea a riempire automaticamente il vuoto riempito dalla declaratoria di incostituzionalità – è stata invero ritenuta dal giudice costituzionale non in grado di colmare il *deficit* in punto di proporzionalità, rischiando di determinare la sostituzione di automatismo ad automatismo.

Sostiene, infatti, la Corte, che anche in considerazione della diversa finalità che le due tipologie di sanzione perseguono (quella accessoria rivestirebbe una funzione “marcatamente orientata alla prevenzione speciale negativa”, determinando “l’interdizione del condannato da quelle attività che gli hanno fornito l’occasione per commettere gravi reati”), la soluzione prospettata dai giudici rimettenti, “ancorando meccanicamente” la durata delle pene accessorie a quella della pena detentiva concretamente inflitta, frustrerebbe indebitamente il legittimo scopo perseguito dalla disposizione impugnata.

Perciò, proprio come accade in relazione alla durata delle pene principali, anche sulle pene accessorie deve consentirsi una valutazione giudiziale “caso per caso e disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva”, sulla scorta dei criteri individuati dall’art. 133 c.p.

La Consulta, quindi, individua nel sistema della legge fallimentare vigente una soluzione in grado di sostituirsi a quella prevista dalla disposizione censurata, collocandosi, al tempo stesso, all’interno della logica già seguita dal legislatore.

Segnatamente, alla luce delle due disposizioni successive all’articolo 216 – vale a dire l’art. 217, rubricato “*bancarotta semplice*”, e l’art. 218, dedicato al “*ricorso abusivo al credito*”, che, pur comminando le medesime pene accessorie di cui all’ultimo comma dell’art. 216, ne rimettono la quantificazione al giudice “*fino a*” un massimo determinato dalla legge – è possibile sostituire la previsione della durata fissa di dieci anni delle pene accessorie della bancarotta fraudolenta con la previsione, modellata su quella già operante per gli artt. 217 e 218 della medesima legge, della loro durata «fino a dieci anni».

Soggiunge la Corte che la prospettata soluzione, naturalmente soggetta a eventuali rivalutazioni da parte del legislatore, sempre nel rispetto del principio di proporzionalità, “consentirà al giudice di determinare, con valutazione caso per caso e disgiunta da quella che presiede alla commisurazione della pena detentiva, la durata delle pene accessorie previste dalla disposizione censurata, sulla base dei criteri indicati dall’art. 133 cod. pen.; durata che potrebbe dunque risultare, in concreto, maggiore di quella della pena detentiva contestualmente inflitta, purché entro il limite massimo di dieci anni. Ciò tenendo conto sia del diverso carico di afflittività, sia della diversa finalità, che caratterizzano le pene accessorie in parola rispetto alla pena detentiva: diverse afflittività

e finalità che suggeriscono, nell’ottica di una piena attuazione dei principi costituzionali che presiedono alla commisurazione della pena, una determinazione giudiziale autonoma delle due tipologie di pena nel caso concreto”.

Da ultimo, si segnala che sulla questione della durata delle pene accessorie previste per i delitti di bancarotta fraudolenta dall’ultimo comma dell’art. 216 l.fall, come riformulato all’esito della pronuncia della Consulta qui esaminata, sono intervenute anche le Sezioni Unite della Suprema Corte, che – in linea con l’arresto del Giudice delle Leggi, hanno statuito che la durata delle pene accessorie della bancarotta fraudolenta deve essere individuata in concreto dal giudice, fino a un massimo di dieci anni, sulla scorta dei criteri di cui all’art. 133 c.p. (Cass. pen. Sez. Un., 3 luglio 2019, n. 28910).

■ 2.3. Proporzionalità e confisca amministrativa (caso d). Corte cost., 10 maggio 2019, n. 112.

Nel “nuovo” filone interpretativo della giurisprudenza costituzionale si inserisce anche la sentenza della Consulta del 10 maggio 2019, n. 112, con la quale è stata dichiarata l’illegittimità costituzionale dell’art. 187-*sexies* T.u.f. che, a seguito delle ultime novelle legislative, dispone la confisca obbligatoria, anche per equivalente, del prodotto o del profitto degli illeciti amministrativi di manipolazione del mercato (art. 187-*bis* T.u.f.) e di abuso di informazioni privilegiate (art. 187-*ter* T.u.f.). Il riferimento ai “*beni utilizzati per commettere il reato*”, presente nella formulazione previgente della norma, è stato eliminato nelle more del giudizio dal d.lgs. 107/2018.

La norma è stata tacciata di incostituzionalità “*nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria, diretta o per equivalente, del prodotto dell’illecito, e non del solo profitto*”. I dubbi di incostituzionalità prospettati nell’ordinanza della Cassazione riguardavano la proporzionalità di siffatta misura, in relazione ai parametri cui agli articoli 3, 117, comma 1, Cost. e 49 Cdfue, nonché la sua compatibilità con le norme poste a tutela del diritto di proprietà, vale a dire gli articoli 42, 117, comma 1, Cost., 1 Prot. addiz. Cedu e 17 Cdfue.

La Consulta, nell’accogliere la questione sollevata, coglie l’occasione ancora una volta per chiarire che, nonostante il riconoscimento di “*un’ampia discrezionalità al legislatore nella determinazione delle pene da comminare per ciascun reato (...) tale discrezionalità è soggetta (...) a una serie di vincoli derivanti dalla Costituzione, tra i quali il divieto di comminare pene manifestamente sproporzionate per eccesso (...)*”.

Volendo ripercorrere i passaggi più significativi della pronuncia, la Corte dà atto, in prima battuta, di come in passato la verifica di proporzionalità si svolgesse sulla base del principio di eguaglianza/ragionevolezza di cui all’art. 3 Cost., dal quale “*si è tratta la naturale implicazione relativa alla necessità che a fatti di diverso disvalore corrispondano diverse reazioni sanzionatorie*”.

Viene tuttavia riconosciuto come, nelle sue ultime decisioni, la Corte abbia mostrato di valorizzare, accanto all’art. 3 Cost., il parametro rappresentato dall’art. 27, comma 3, Cost., estendendo il proprio sindacato anche ad ipotesi in cui la pena comminata dal legislatore risultasse manifestamente sproporzionata “*non tanto in rapporto alle pene previste per altre figure di reato, quanto piuttosto in rapporto – direttamente – alla gravità delle condotte abbracciate dalla fattispecie astratta*”.

Uno dei punti centrali della pronuncia, tuttavia, è certamente rappresentato dal rico-

noscimento dell'estensione alle sanzioni amministrative di carattere sostanzialmente 'punitivo' delle garanzie riservate dalla Cedu alla "materia penale" (tra queste, non può non menzionarsi il divieto di retroattività *in peius* e l'obbligo di retroattività *in mitius*). In virtù del nuovo approccio sostanzialistico delle Corti sovranazionali che individuano il perimetro della "materia penale" sulla base di criteri sganciati da qualificazioni prettamente formali, infatti, la Corte non dubita che il principio di proporzionalità della sanzione rispetto alla gravità dell'illecito sia applicabile anche alla generalità delle sanzioni amministrative punitive. Una volta riconosciuta l'operatività del canone della proporzionalità anche con riferimento alle sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali, la Corte valuta se l'art. 187-*sexies* T.u.f. censurato possa considerarsi rispettoso di detto principio. Nel compiere tale giudizio, la Consulta ha cura di precisare le nozioni, dalla giurisprudenza spesso individuate con approssimazione, di "profitto" e "prodotto" dell'illecito, nonché di "beni utilizzati per commetterlo", e ciò con particolare riferimento alla materia degli abusi di mercato.

La Corte giunge quindi a ritenere che *"mentre l'ablazione del 'profitto' ha una mera funzione ripristinatoria della situazione patrimoniale precedente in capo all'autore, la confisca del 'prodotto' (...) così come quella dei 'beni utilizzati' per commettere l'illecito (...) hanno un effetto peggiorativo rispetto alla situazione patrimoniale del trasgressore"*. Le due ultime forme di confisca, ad avviso della Corte, assumono pertanto una finalità strettamente 'punitiva', compromettendo il diritto di proprietà dell'autore dell'illecito in modo smisurato.

A parere della Corte, peraltro, è la combinazione tra la sanzione pecuniaria di particolare severità comminata per i fatti di abuso di informazioni privilegiate dall' art. 187-*bis* T.u.f. e l'ulteriore sanzione anch'essa di carattere 'afflittivo' rappresentata dalla confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito, a determinare, nella prassi applicativa, risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati chiaramente confliggenti con i parametri costituzionali richiamati.

3. Spunti problematici: principio di proporzionalità e *ne bis in idem*.

Alla valorizzazione del principio di proporzionalità si è di recente assistito, peraltro ad opera della giurisprudenza sovranazionale, in sede di verifica della coerenza con il principio del *ne bis in idem* dei c.d. doppi regimi sanzionatori.

Rinviano al **Contrasto n. 5** per la disamina, è solo il caso di considerare che, tanto la Corte Edu nel caso *A. e B. c. Norvegia* quanto la Corte di Giustizia nei casi *Menci, Garlsson Real Estate e a.*, e *Di Puma e Zecca*, hanno condizionato la verifica di compatibilità con il principio del *ne bis in idem* delle discipline nazionali che prevedono doppi regimi sanzionatori al positivo esito del *test* di *proporzionalità*, volto ad appurare che il *complesso delle sanzioni irrogate* sia per l'appunto proporzionato alla reale gravità del fatto complessivamente considerato.

Un *test* che, pur richiesto da entrambe le Corti, assume un'importanza ben maggiore nel sistema unionale ove, a uno sguardo attento, rappresenta il vero banco di prova per la compatibilità eurolunitaria dei doppi regimi sanzionatori; a ben vedere, infatti, gli altri due requisiti richiesti dalla Corte di Giustizia, ossia la finalizzazione del doppio binario al perseguimento di interessi generali e la previsione del doppio binario ad

opera di norme chiare e prevedibili, appaiono *ipso iure* soddisfatti dall'ordinamento interno ove i doppi binari tutelino interessi di sicuro rilievo primario e siano previsti da norme di legge sufficientemente precise e tassative.

A ciò si aggiunga che è assente nel *test* unionale ogni riferimento al *fattore temporale*, di sicuro rilievo invece nella giurisprudenza convenzionale che, per l'appunto, richiede la c.d. *connessione cronologica* tra i due procedimenti.

4. Approfondimenti e letture

- Corte cost., 10 novembre 2016, n. 236, , con nota di VIGANÒ, *Un'importante pronuncia della consulta sulla proporzionalità della pena*, in *Dir. pen. cont. – Rivista Trim.*, n. 2/2017;
- Corte cost., 8 marzo 2019), n. 40, con nota di BRAY, *Stupefacenti: la Corte costituzionale dichiara sproporzionata la pena minima di otto anni di reclusione per i fatti di non lieve entità aventi a oggetto le droghe pesanti*, in *Dir. pen. cont. online*, 18 marzo 2019;
- Corte cost., 5 dicembre 2018), n. 222, con nota di GALLUCCIO, *La sentenza della Consulta su pene fisse e 'rime obbligate': costituzionalmente illegittime le pene accessorie dei delitti di bancarotta fraudolenta*, in *Dir. pen. cont. online*, 10 dicembre 2018;
- Cass. civ., Sez. I, 6 aprile 2018, n. 8590; Cass. civ., Sez. II, 16 febbraio 2018, ord. n. 3831, con nota di GATTA, *Confisca 'amministrativa' per l'insider trading: verso una limitazione al solo profitto? la parola alla corte costituzionale, in attesa dell'attuazione (mancata?) della legge delega per l'adeguamento alla disciplina europea del market abuse*, in *Dir. pen. cont. Rivista trim.* n. 5/2018.