

IL PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ DELLE SANZIONI NEI RECENTI TRACCIATI DELLA GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE: LE VARIAZIONI SUL TEMA RISPETTO ALLA CONFISCA

di Francesco Mazzacuva

(Ricercatore in diritto penale presso l'Università di Parma)

SOMMARIO: 1. Rilievi introduttivi. – 2. I parametri costituzionali rilevanti. – 3. Il giudizio di proporzionalità alla luce della funzione della confisca. – 4. Alcuni possibili sviluppi con riguardo alla misura dell'importo confiscabile. – 5. Conclusioni: un passo indietro sul tema della proporzione, al di là della misura.

1. Il principio di proporzionalità illumina da diverse angolazioni la materia penale, sovrintendendo tanto la *selezione dei fatti illeciti* alla luce degli interessi tutelati (specialmente laddove sia implicata una limitazione nell'esercizio di diritti fondamentali) e la *scelta della tecnica di tutela* – con particolare riguardo all'alternativa tra sanzioni penali ed amministrative –, quanto la determinazione dell'*entità* (ossia della *misura*, ma anche della *tipologia*) della sanzione¹. Se nella letteratura italiana la riflessione sulle prime questioni si è tradizionalmente sviluppata attorno ai principi di offensività e ragionevolezza², è soprattutto con riguardo a quest'ultimo aspetto che, nella recente giurisprudenza costituzionale, si è assistito ad un più diretto riferimento al principio di proporzione il quale, con riguardo alle *sanzioni penali*, è stato inquadrato come autonomo corollario dell'art. 27 Cost..

Pur in assenza di un'analogia copertura costituzionale, d'altra parte, il giudizio di proporzionalità ha mostrato una certa vitalità anche rispetto ad altre tipologie sanzionatorie, come avvenuto in particolare nella recente sentenza C. cost., 6.3.2019 n.

¹ Sul punto, cfr. le considerazioni di V. Manes, *Principio di proporzionalità. Scelte sanzionatorie e sindacato di legittimità*, in *Il libro dell'anno del diritto 2013*, a cura di R. Garofoli e T. Treu, Roma 2013, 104, secondo cui l'istanza di proporzionalità della punizione è soltanto una delle proiezioni del principio, atteso che «l'idea-limite che lo anima ne coltiva le prestazioni in un ambito sovraordinato e ben più esteso rispetto a quello dell'adeguatezza della pena, attestandolo come canone fondamentale per la stessa giustificazione del diritto penale».

² Nella vasta letteratura sul tema, cfr. soprattutto il triplice inquadramento del principio di offensività come canone di politica criminale, criterio ermeneutico e parametro di ragionevolezza che caratterizza l'indagine di V. Manes, *Il principio di offensività nel diritto penale*, Torino 2005, *passim*. Per una riconsiderazione di tale tematica proprio nell'ottica del principio di proporzione, invece, cfr. il recente studio monografico di N. Recchia, *Il principio di proporzionalità nel diritto penale*, Torino 2020, *passim*.

112 in relazione alla confisca del profitto e del prodotto prevista dall'art. 187-*sexies* t.u.f. quale conseguenza accessoria degli illeciti amministrativi stabiliti nella disciplina degli abusi di mercato. Tale pronuncia offre lo spunto per una breve riflessione sullo statuto costituzionale del principio di proporzione nel *diritto punitivo*, facendo pertanto riferimento ad una nozione ampia di *materia penale* come quella notoriamente elaborata nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, e sulle potenzialità di tale scrutinio con specifico riferimento alla confisca, indipendentemente dal riconoscimento della natura sanzionatoria della misura.

2. Una prima questione fondamentale concerne l'individuazione dei parametri costituzionali cui ricondurre l'esigenza di proporzionalità delle sanzioni non formalmente qualificate come penali come, per l'appunto, l'ipotesi di confisca esaminata nella sentenza n. 112/2019. In tale pronuncia, in particolare, dopo aver ricordato il già menzionato inquadramento del principio di proporzione come precipitato dell'art. 27 Cost. con riguardo alle pene³, la Consulta osserva che, tuttavia, rispetto ai principi sulla responsabilità sanciti dalla predetta disposizione, non è realizzabile un'estensione alle sanzioni amministrative analoga a quella che, invece, ha contrassegnato la recente giurisprudenza costituzionale sull'art. 25, comma 2, Cost.⁴. In particolare, si afferma che essi, a cominciare dalla necessaria funzione rieducativa della pena, appaiono «strettamente connessi alla logica della pena privativa, o quanto meno limitativa, della libertà personale, attorno alla quale è tutt'oggi costruito il

³ Cfr. sentenze C. cost., 5.11.2012 n. 251, in *GCos* 2012, 4043, C. cost., 14.4.2014 n. 105, in *GCos* 2014, 1849, C. cost., 14.4.2014 n. 106, in *GCos* 2014, 1865, C. cost., 21.9.2016 n. 236 in *GCos* 2016, 2092. In quest'ultima, in particolare, si afferma che «alla luce dell'art. 27 Cost., il principio della finalità rieducativa della pena costituisce “una delle qualità essenziali e generali che caratterizzano la pena nel suo contenuto ontologico, e l'accompagnano da quando nasce, nell'astratta previsione normativa, fino a quando in concreto si estingue” (...). Anche la finalità rieducativa della pena, nell'illuminare l'astratta previsione normativa, richiede “un costante principio di proporzione tra qualità e quantità della sanzione, da una parte, e offesa, dall'altra” (...), mentre la palese sproporzione del sacrificio della libertà personale produce “una vanificazione del fine rieducativo della pena prescritto dall'art. 27, terzo comma, della Costituzione, che di quella libertà costituisce una garanzia istituzionale in relazione allo stato di detenzione” (...). Laddove la proporzione tra sanzione e offesa difetti manifestamente, perché alla carica offensiva insita nella condotta descritta dalla fattispecie normativa il legislatore abbia fatto corrispondere conseguenze punitive di entità spropositata, non ne potrà che discendere una compromissione *ab initio* del processo rieducativo, processo al quale il reo tenderà a non prestare adesione, già solo per la percezione di subire una condanna profondamente ingiusta (sentenze n. 251 e n. 68 del 2012), del tutto svincolata dalla gravità della propria condotta e dal disvalore da essa espressa».

⁴ Cfr. l'orientamento inaugurato in un *obiter dictum* della sentenza C. cost., 26.5.2010 n. 196, in *GCos* 2010, 2308, e confermato più apertamente nelle successive sentenze C. cost., 14.4.2014 n. 104, in *GCos* 2014, 1826, C. cost., 5.10.2016 n. 276, in *GCos* 2016, 2353, C. cost., 10.1.2017 n. 43, in *GCos* 2017, 414, C. cost., 5.4.2017 n. 109, in *GCos* 2017, 1129, fino alla recente sentenza C. cost. 25.10.2018 n. 223, in *GCos* 2018, 2575, (su cui sia consentito il rinvio a F. Mazzacuva, *Successione di leggi punitive e principi costituzionali*, in *GCos* 2018, 2591 ss.).

sistema sanzionatorio penale» (§ 8.2.1).

Ora, anche volendo circoscrivere il principio di rieducazione al diritto *stricto sensu* penale⁵, si può osservare che, invero, ancor prima che a tale direttiva teleologica, i canoni di personalità e colpevolezza sono intimamente collegati all'idea di *punizione*, ossia alla pretesa dell'ordinamento di reagire ad una violazione con una sanzione consistente in una sofferenza (un "male") che deve essere necessariamente avvertita dal destinatario⁶. La *Schuldidee*, quindi, ha una portata estensiva rispetto a qualsiasi manifestazione del potere punitivo – indipendentemente dalla tipologia e dalla severità della sanzione – la quale peraltro nei contesti "regolativi" (come quello degli abusi di mercato) è reclamata non soltanto da esigenze di tutela della libera autodeterminazione, ma anche da logiche funzionalistiche⁷. A sua volta, poi, il canone di proporzionalità della sanzione può essere direttamente ricollegato ai principi di personalità e colpevolezza (*Strafzumessungsschuld*) senza che sia realmente necessaria la "mediazione" del riferimento alla funzione rieducativa della pena⁸, come

⁵ La questione, in effetti, sembra dipendere essenzialmente dal significato attribuito all'idea di rieducazione: se la si intende quale progetto di intervento sulla persona, in effetti, essa appare conciliabile soltanto con una sanzione avente un contenuto limitativo della libertà personale; considerando invece una dimensione "pedagogica" affidata alla portata afflittiva della misura (e quindi compatibile con l'idea di punizione, v. F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, Torino 2017, 29), si può invece affermare che anche sanzioni pecuniarie possono assolvere tale funzione (in questo senso, in effetti, pareva esprimersi la sentenza C. cost., 4.2.1966 n. 12, in *GCos* 1966, 146, in cui, di fronte al quesito circa la compatibilità delle pene pecuniarie con l'art. 27, comma 3, Cost., la Corte costituzionale osservava come non sia da escludere che tali sanzioni possano di per sé adempiere ad una funzione rieducativa).

⁶ In questi termini, cfr. T. Padovani, *Teoria della colpevolezza e scopi della pena*, in *RIDPP* 1987, 822, secondo cui «è la tematica della legittimazione sostanziale cui riferire la pena intesa nel suo contenuto intrinseco di "sofferenza legalmente inflitta" che rilancia in primo piano il giudizio di colpevolezza».

⁷ V. ancora F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., 26 ss.. In senso adesivo rispetto all'estensione del principio di colpevolezza alle sanzioni amministrative, cfr. anche L. Masera, *La nozione costituzionale di materia penale*, Torino 2018, 244 ss..

⁸ La relazione tra colpevolezza e proporzione della sanzione è da tempo osservata nella letteratura tedesca (viene rintracciata già nel pensiero di Hold von Ferneck da G. Vassalli, voce *Colpevolezza*, in *EncGiur*, VI, 1988, 18), in particolare nelle riflessioni di H. Müller-Dietz, *Grenzen des Schuldgedankens im Strafrecht*, Heidelberg-Karlsruhe 1967, 36, il quale enuncia un ulteriore corollario del principio di colpevolezza secondo cui non vi può essere nessuna pena più elevata senza una colpa più intensa (*Keine höhere Strafe ohne größere Schuld*), e di H. Achenbach, *Historische und dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre*, Berlin 1974, 2 ss., che individua un corollario della *Schuldidee* rappresentato dalla proporzione della pena (*Strafzumessungsschuld*). Più di recente, con varietà di accenti, cfr. le considerazioni di B. Schünemann, *Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht*, in *Grundfragen des modernen Strafrechtssystems*, a cura di B. Schünemann, Berlin-New York 1984, 187 ss.; H. Jescheck-T. Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts - Allgemeiner Teil*⁵, Berlin 1996, 25; I. Appel, *Verfassung und Strafe*, Berlin 1988, 111 ss.; U. Neumann, *The "deserved" punishment*, in *Liberal criminal theory - Essays for Andreas von Hirsch*, a cura di A.P. Simester, A. Pedain e U. Neumann, Oxford 2014, 67 ss. e in ptc. 78 s.. Nella dottrina italiana, l'influenza della sistematica proposta da Achenbach emerge chiaramente nei termini di E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, Padova 1979, 257 ss., secondo cui la *Strafzumessungsschuld* è nozione autonoma ma che si ricollega, con le dovute varianti, alla stessa istanza di colpevolezza cui si fa riferimento per la decisione sull'*an* della pena. Sulla relazione tra i canoni di personalità,

peraltro evidenziato nella stessa giurisprudenza della Corte costituzionale⁹. Insomma, vi sono solide ragioni teoriche per ritenere che il principio di proporzionalità debba avere rango sovralegislativo anche con riguardo alle sanzioni amministrative proprio in virtù del collegamento con i principi di personalità e colpevolezza.

Ciò detto, occorre anche considerare che il giudice delle leggi deve fare i conti con la lettera della Costituzione, in cui il principio di personalità è riferito alla “responsabilità penale” e, a differenza di quanto ad esempio avviene nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, non vi è un espresso riconoscimento del canone di proporzionalità delle sanzioni (penali o extrapenali). A fronte di tali limiti testuali, come noto, proprio la preferenza accordata dall’art. 27, comma 3, Cost. alla funzione rieducativa della pena ha avuto un’indubbia rilevanza argomentativa dapprima nel processo di affermazione del principio di colpevolezza e, poi, nello “sganciamento” del canone di proporzionalità dall’art. 3 Cost. nel diritto *stricto sensu* penale¹⁰. Tuttavia, tale riferimento appare oggi ostacolare la “naturale” dilatazione del perimetro operativo di tali garanzie nella *materia penale* (nel senso ampio indicato *supra*, § 1), la quale potrebbe essere consentita da una rilettura del testo costituzionale – in particolare, attraverso la tecnica dell’*interpretazione autonoma* – non tanto diversa, in fondo, da quella che nel tempo è maturata sul terreno dell’art. 25 Cost.¹¹.

colpevolezza e proporzione, cfr. anche A. Alessandri, *Art. 27 1° comma*, in *Commentario alla Costituzione – Art. 27-28*, a cura di G. Branca, Bologna 1991, 49 ss., e P. Veneziani, *Motivi e colpevolezza*, Torino 2000, 187 ss..

⁹ Proprio nella sentenza C. cost., 6.3.2019 n. 112, in *GCos* 2019, 1364, ad esempio, si afferma che il principio di personalità della responsabilità penale è anch’esso alla base del canone della necessaria individualizzazione della pena, il quale a sua volta esige che la pena si atteggi come risposta proporzionata anche alla concreta gravità del singolo fatto di reato (§ 8.1.4). Tale affermazione si pone in continuità con diverse pronunce precedenti, tra cui la già citata sentenza C. cost., 21.9.2016 n. 236, in *GCos* 2016, 2092, nella quale, prima di soffermarsi sul riferimento alla finalità rieducativa, la Consulta afferma che «il principio di proporzionalità esige un’articolazione legale del sistema sanzionatorio che renda possibile l’adeguamento della pena alle effettive responsabilità personali, svolgendo una funzione di giustizia, e anche di tutela delle posizioni individuali e di limite della potestà punitiva statale, in armonia con il “volto costituzionale” del sistema penale».

¹⁰ Quanto al primo aspetto, il pensiero corre evidentemente al percorso argomentativo della sentenza C. cost., 23.3.1988 n. 364, in *RIDPP* 1988, 686; con riguardo al secondo, v. la giurisprudenza citata *supra*, nota 3.

¹¹ È vero che gli artt. 25 e 27 Cost. utilizzano locuzioni diverse per richiamare la disciplina di riferimento (rispettivamente “nessuno può essere punito” e “la responsabilità penale”), tanto che proprio tale aspetto in passato ha condotto anche la dottrina più incline a riconoscere l’estensione del principio di legalità alle sanzioni amministrative a negare, invece, la praticabilità di analoga estensione con riguardo ai principi sulla responsabilità (M.A. Sandulli, *Le sanzioni amministrative pecuniarie*, Napoli 1983, 94; L. Del Federico, *Le sanzioni amministrative nel diritto tributario*, Milano 1993, 63 ss.). Tuttavia, così come sul terreno dell’art. 25 Cost. nella giurisprudenza costituzionale si è manifestata un’evoluzione nell’interpretazione del termine “punito”, analogo percorso ermeneutico potrebbe essere intrapreso rispetto alla nozione di “responsabilità penale” (ricordando che il *Bundesverfassungsgericht* da tempo ha esteso il principio di colpevolezza alle sanzioni amministrative pur presentando il *Grundgesetz* appigli testuali ancor meno solidi: sul punto, cfr. F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., 75 ss., L. Maserà, *op. cit.*, 112 ss.). Un principio di riconoscimento dei canoni di cui all’art. 27 Cost. in ambito amministrativo, peraltro, parrebbe intravedersi nella sentenza C. cost. 4.4.2011 n. 118, in *GCos* 2011, 1645, in cui la Corte costituzionale ha ritenuto infondata la questione di legittimità in relazione all’art. 27 Cost. dell’applicabilità

Volendo invece mantenere una differenziazione degli statuti garantistici, peraltro, si dovrebbe valutare con attenzione il problema della “collocazione” della sanzione considerata avendo riguardo alla sua *natura*, determinata alla luce dei presupposti applicativi e delle modalità di esecuzione. Orbene, come noto, con riguardo alla confisca tale operazione è particolarmente delicata poiché, da un lato, è ancora aperto il dibattito sulle reali funzioni assolute dalla misura¹² e, dall’altro, assumendo il carattere prevalentemente sanzionatorio almeno di talune ipotesi, non è poi così chiaro quali indici dovrebbero orientare l’alternativa tra qualificazione penale ed amministrativa. L’impressione, in effetti, è che a fronte di tale complessa problematica, la sentenza C. cost., 6.3.2019 n. 112 finisca per attestarsi su un’impostazione essenzialmente nominalistica, derivando la qualificazione della misura da quella dell’illecito presupposto¹³.

Pur escludendone la matrice penalistica, d’altra parte, con una sorta di “mossa del cavallo” la Consulta arriva comunque ad estendere l’operatività del principio di proporzionalità all’ipotesi di confisca in esame facendo leva sul collegamento tra gli artt. 3 e 42 Cost.. Il riconoscimento costituzionale della proprietà privata, richiamato in virtù del *contenuto patrimoniale* della misura ed indipendentemente dalla valutazione sulle *finalità* della medesima, “sostituisce” quindi l’art. 27 Cost. nel

al proprietario del veicolo delle sanzioni amministrative previste per il trasporto di cose pericolose impegnandosi ad escludere la natura oggettiva ed indiretta di tale forma di responsabilità, anziché ritenere la medesima manifestamente inammissibile come sarebbe avvenuto se il parametro costituzionale fosse stato ritenuto inapplicabile *ratione materiae* (per un diverso inquadramento della pronuncia, tuttavia, v. L. Masera, *op. cit.*, 18 s.).

¹² La questione, naturalmente, deve essere affrontata tenendo in considerazione le specificità delle diverse ipotesi di confisca. Con riguardo alle varie tipologie di confisca dei proventi, in effetti, l’inquadramento sanzionatorio appare prevalere in dottrina e giurisprudenza soltanto con riguardo alla confisca per equivalente, mentre ancora resiste il paradigma preventivo rispetto alla confisca diretta prevista dall’art. 240 Cp. Con la nota sentenza n. 24/2019, d’altra parte, la Corte costituzionale ha prospettato un inquadramento ripristinatorio di stampo paracivilistico con riguardo alla confisca di prevenzione ed a quella c.d. “allargata” che, in prospettiva, potrebbe essere riproposto anche in relazione alle forme diretta e per equivalente (sul punto, anche per i riferimenti dottrinali, cfr. ancora F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., 166 ss., in cui si è inteso sottolineare come, effettivamente, la funzione delle varie forme di confisca dei proventi sia la medesima, ossia quella di recupero dei vantaggi illeciti indipendentemente dalla loro “pericolosità”, ma come non sia del tutto convincente la conseguente determinazione della natura paracivilistica della misura e la sua collocazione al di fuori della “materia penale”).

¹³ Nella sentenza, infatti, la confisca di cui all’art. 187-sexies t.u.f. viene senza esitazioni qualificata come sanzione amministrativa in quanto stabilita, come detto, tra le conseguenze degli illeciti amministrativi previsti in materia di abusi di mercato. Non si può trascurare, tuttavia, che tale misura ha l’identico contenuto di quella che, quando invece è prevista come conseguenza di illeciti penali, è oramai comunemente qualificata come sanzione penale (qualificazione talvolta recepita anche nella giurisprudenza costituzionale: v. ordinanza C. cost., 1.4.2009 n. 97, in *GCos* 2009, 894). A fronte dell’identico contenuto, quindi, la diversa etichetta finisce per dipendere esclusivamente dalla qualificazione formale dell’illecito presupposto, il che tradisce un approccio nominalistico che, invece, non dovrebbe rilevare quando occorre valutare l’operatività delle garanzie costituzionali.

combinato disposto con il principio di uguaglianza-ragionevolezza; il che, ad avviso del giudice delle leggi, consente in ogni caso di ammettere uno schema di giudizio disancorato dall'individuazione di un *tertium comparationis* (aspetto sul quale ora ci si soffermerà)¹⁴. A fronte del raggiungimento del medesimo scopo per altra via, allora, si può anche giudicare prudente la scelta della Consulta – improntata a quello che in ambito statunitense è stato definito come *judicial minimalism*¹⁵ – di mantenersi nel solco della precedente giurisprudenza senza sbilanciarsi su temi delicati come l'estensione dell'art. 27 Cost. alle sanzioni amministrative e l'esatta "collocazione" della confisca dei proventi, i quali potranno essere riconsiderati in future occasioni in cui saranno decisivi.

3. Occorre ora soffermarsi sulle coordinate del giudizio di proporzionalità, per quanto in maniera cursoria, al fine di evidenziare alcune significative variazioni sul tema che emergono rispetto alla confisca. A tale proposito, si deve anzitutto osservare che, nell'ambito della medesima struttura relazionale incentrata sul confronto tra *fatto* e *sanzione*, i contenuti di tale valutazione possono mutare sensibilmente laddove si valorizzi o meno una particolare funzione della seconda.

In primo luogo, infatti, un giudizio di proporzione può essere formulato indipendentemente dalla predilezione per un'idea di scopo della sanzione, ossia considerandone esclusivamente il grado di afflittività (voluta o, comunque, implicata)¹⁶. D'altra parte, soprattutto a fronte delle ricorrenti obiezioni fondate

¹⁴ Nella sentenza C. cost., 6.3.2019 n. 112, in *GCos* 2012, 1364, si afferma, in particolare, che «gli approdi in tema di proporzionalità raggiunti in materia penale sono "estensibili" anche alla materia delle sanzioni amministrative in virtù del combinato disposto tra l'art. 3 Cost. e le norme costituzionali che tutela i diritti di volta in volta incisi dalla sanzione» (§ 8.2.3). Tale affermazione, peraltro, si iscrive in un contesto in cui, in generale, il giudizio di ragionevolezza appare sempre meno vincolato al riferimento ad un *tertium comparationis* (per un'ampia panoramica sul punto, cfr. G. Scaccia, *Gli strumenti della ragionevolezza nel giudizio costituzionale*, Milano 2000, 182 ss.; A. Morrone, *Il custode della ragionevolezza*, Milano 2001; G. Zagrebelsky-V. Marcenò, *Giustizia costituzionale - I. Storia, principi, interpretazioni*², Bologna 2018, 168 ss.; D. Tega, *La Corte nel contesto*, Bologna 2020, 141 ss.; sui riflessi di tale evoluzione in ambito penalistico, cfr. soprattutto V. Manes, *Attualità e prospettive del giudizio di ragionevolezza in materia penale*, in *RIDPP* 2007, 739 ss.), specialmente quando, per l'appunto, viene richiamato "come complemento e in appoggio a qualunque altro principio costituzionale" (in questi termini M. Cartabia, *Ragionevolezza e proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale italiana*, in *Il costituzionalista riluttante*, a cura di A. Giorgis, E. Grosso e J. Luther, Torino 2016, 463).

¹⁵ Cfr. C. R. Sunstein, *One Case at a Time: Judicial Minimalism on the Supreme Court*, Cambridge 1999; di recente, peraltro, il presidente della Corte suprema degli Stati Uniti John G. Roberts ha pubblicamente sottolineato i pregi di tale strategia argomentativa nell'ottica del raggiungimento del più ampio consenso sulle decisioni (v. l'intervista al quotidiano New York Times reperibile all'indirizzo <https://www.nytimes.com/2006/05/22/washington/22justice.html>).

¹⁶ Ciò in virtù del già evidenziato rapporto con il principio di colpevolezza (v. *supra*, nota 8), con il quale condivide l'inquadramento fondativo nelle concezioni retributive e quello "antagonistico" nelle varie prospettive

sull'incommensurabilità tra illecito e sanzione¹⁷ – e salvo alcune “fughe in avanti” concernenti ipotesi in cui è la stessa opzione punitiva a porre delicati problemi di bilanciamento con l'esercizio di diritti fondamentali¹⁸ – in epoca contemporanea si è assistito ad un frequente ripiego di tali forme di approccio su obiettivi di razionalità e di “congruenza interna” del sistema repressivo¹⁹. E proprio in quest'ottica, riconoscendo l'ampia discrezionalità del legislatore in materia, per lungo tempo la Corte costituzionale ha circoscritto il proprio sindacato a situazioni di sproporzione “comparativa”, di cui è espressione paradigmatica il già segnalato ricorso al *tertium comparationis*²⁰.

di scopo che, comunque, presuppongono l'identificazione della pena in un “male” (e, anzi, è proprio in queste impostazioni che il giudizio di proporzione è del tutto svincolato dalla funzione assegnata della sanzione). Sulla duplice dimensione della proporzione rispetto alle teorie della pena, corrispondente al diverso ruolo della colpevolezza, cfr. G. Vassalli, *op. cit.*, 18 s., nonché, più di recente, D. Pulitanò, *Sulla pena, fra teoria, principi e politica*, in *RIDPP* 2016, 650, e E. Dolcini, *Pene edittali, principio di proporzione, funzione rieducativa della pena: la Corte costituzionale ridetermina la pena per l'alterazione di stato*, in *RIDPP* 2016, 1958.

¹⁷ Si tratta, come noto, di una tradizionale critica mossa alle impostazioni retributive e neoretributive: nella dottrina italiana, cfr. in particolare L. Eusebi, *La pena “in crisi”*, Brescia 1989, 145 ss., e Id., *La “nuova” retribuzione*, in *RIDPP* 1983, 929 s., ma anche le contro-argomentazioni di E. Dolcini, *La commisurazione della pena*, cit., 131 ss., il quale osserva come tale obiezione possa essere superata, posto che le concezioni retributive non presuppongono certamente un'omogeneità tra reato e pena e che, d'altra parte, una determinazione convenzionale della gravità dei reati è possibile e necessaria. Di recente, sul punto, cfr. W. Frisch, *Principio di colpevolezza e principio di proporzionalità*, in *DPenCont* 3-4/2014, 169 s.; D. Pulitanò, *La misura delle pene, fra discrezionalità politica e vincoli costituzionali*, in *DPenCont* 2/2017, 49; F. Consulich, *La matematica del castigo. Giustizia costituzionale e legalità della pena nel caso dell'art. 73 comma 1 d.p.r. n. 309 del 1990*, in *GCos* 2019, 1231 ss..

¹⁸ L'esempio paradigmatico è rappresentato dalla giurisprudenza della Corte europea in tema di diffamazione a mezzo stampa, recentemente richiamata dalla stessa Corte costituzionale nell'importante ordinanza C. cost., 9.6.2020 n. 132, in www.sistemapenale.it, 26.6.2020, secondo cui in tali ipotesi una pena detentiva sarebbe di per sé sproporzionata per via dell'efficacia deterrente (c.d. *chilling effect*) rispetto all'esercizio di tale diritto fondamentale (con riguardo a questione analoga, peraltro, si vedano anche le riflessioni in tema di negazionismo di M. Caputo, *La “menzogna di Auschwitz”, le “verità” del diritto penale. La criminalizzazione del c.d. negazionismo tra ordine pubblico, dignità e senso di umanità*, in www.penalecontemporaneo.it, 7.1.2014, 46 ss., secondo cui, in tale ambito, la lente dovrebbe essere spostata dal tema della legittimità dell'incriminazione a quello della tipologia delle sanzioni adottate). Si tratta, in effetti, dell'approccio al tema della proporzionalità della sanzione che presenta i maggiori punti di contatto con quello della ragionevolezza delle incriminazioni (o dell'alternativa tra tecniche di tutela penale e amministrativa), costituendone una sorta di “appendice” che, come detto, ad oggi risulta tuttavia circoscritta a specifiche ipotesi (sul punto, v. N. Recchia, *op. cit.*, 231 ss., il quale osserva come peraltro la struttura di tale giudizio di proporzionalità della pena non sia del tutto sovrapponibile a quella “classica” considerata in questa sede).

¹⁹ Tale aspetto è particolarmente evidente, con particolare riguardo alla commisurazione concreta della pena, nelle teorie del *sentencing* anglosassone (su cui, tra i tanti, cfr. A. Ashworth, *Techniques for reducing sentence disparity*, in *Principled sentencing*³, a cura di A. Von Hirsch, A. Ashworth e J. Roberts, Oxford 2009, 243 ss.).

²⁰ Sulle origini e le ragioni di tale orientamento, volto essenzialmente a salvaguardare la coerenza o razionalità interna delle scelte legislative, cfr. F.C. Palazzo, *Offensività e ragionevolezza nel controllo di costituzionalità sul contenuto delle leggi penali*, in *RIDPP* 1998, 350 ss., D. Pulitanò, *La misura delle pene*, cit., 50, e V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, in *GCos* 2016 ss.. Di tale schema argomentativo si trovano varie tracce anche in

Una prospettiva alquanto differente, invece, emerge laddove la proporzione della sanzione venga apprezzata valorizzandone una particolare *funzione*. Se è vero che il fatto rimane comunque il termine finale del confronto, infatti, le difficoltà di misurazione del suo “disvalore intrinseco” sono in qualche modo compensate dal riferimento agli scopi perseguiti dalla reazione prevista dall’ordinamento, la cui congruità rispetto ai medesimi arricchisce il giudizio di proporzione mutandone sensibilmente i termini²¹. Si comprende, allora, come la preferenza espressa dall’art. 27, comma 3, Cost. per la rieducazione del reo sia stata valorizzata dalla dottrina e dalla stessa Corte costituzionale per liberarsi dai lacci del *tertium comparationis*²², pur dovendo tale percorso argomentativo confrontarsi con l’importante eredità dell’inquadramento “polifunzionale” della pena, nonché con le difficoltà che attengono alla selezione delle note del fatto che, già sul piano astratto, determinano una maggiore o minore necessità di rieducazione. Per queste ultime ragioni, in effetti, anche nella giurisprudenza costituzionale più recente il giudizio di proporzione non sembra avere smarrito del tutto la sua dimensione “comparativa”, per quanto non necessariamente secondo “rime obbligate”, specialmente laddove siano in discussione i limiti della cornice edittale²³.

epoca recente, come ad esempio nella sentenza C. cost., 19.3.2012 n. 68, in *GCos* 2012, 892.

²¹ Sul punto, nell’ampia letteratura, cfr. da ultimo M. Venturoli, *Modelli di individualizzazione della pena*, Torino 2020, 26 ss.. È chiaro, ad esempio, che a fronte di un medesimo illecito, la valorizzazione delle finalità general-preventive piuttosto che di quelle rieducative può comportare esiti molto differenziati, ma lo stesso vale in relazione al particolare significato della rieducazione che si intenda valorizzare (v. *supra*, nota 5) poiché, come noto, la finalità di risocializzazione del reo si ricollega ad un’idea di proporzione della sanzione del tutto disancorata dalla colpevolezza per il fatto (*Tatschuld*) e orientata dalla stessa funzione (v. le considerazioni di L. Eusebi, *La pena “in crisi”*, cit., 145 ss.).

²² Con riguardo alla giurisprudenza costituzionale, v. le pronunce già citate *supra*, nota 3. Nella letteratura, sul punto, cfr. le considerazioni di E. Dolcini, *Pene edittali*, cit., 1960 ss., A. Merlo, *Considerazioni sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza costituzionale in materia penale*, in *RIDPP* 2016, 1444 ss., nonché più di recente quelle di F. Consulich, *op. cit.*, 1232 e 1241, secondo cui l’“unica strada percorribile” di fronte al problema della proporzione della pena sarebbe rappresentato dalla modulazione del sistema sanzionatorio secondo i principi di fondo dell’ordinamento costituzionale tra cui, per l’appunto, un posto preminente sarebbe ricoperto dalla rieducazione (con un auspicabile superamento del sindacato di ragionevolezza imperniato sul *tertium comparationis* in favore di una nozione valutativa come quella di “ragionevolezza rieducativa”).

²³ Su tale aspetto, v. già A. Merlo, *op. cit.*, 1451 ss., e da ultimo F.C. Palazzo, *L’illegittimità costituzionale della legge penale e le frontiere della democrazia*, in www.la legislazione penale.eu, 18.3.2020, 12 s.. Ciò, a ben vedere, è avvenuto anche nella sentenza Corte cost. n. 236/2016 in cui la valutazione comparativa con la pena previste dall’art. 567, comma 1, Cp ha comunque un ruolo rilevante nella ricostruzione della soluzione legittima. In proposito, parte della dottrina ha sottolineato come la Corte abbia richiamato il *tertium* soltanto nella parte ricostruttiva, riposando la *ratio* della pronuncia comunque sulla “intrinseca sproporzione” della pena prevista dall’art. 567 comma 2 Cp (cfr. F. Viganò, *Un’importante pronuncia della Consulta sulla proporzionalità della pena*, in *DPenCont* 2/2017, 64 ss.; G. Leo, *Politiche sanzionatorie e sindacato di proporzionalità*, in www.penalecontemporaneo.it, 22.12.2017, 12 s.). D’altra parte, rileva puntualmente V. Manes, *Proporzione senza geometrie*, cit., 2010 s., come sia difficile negare che il *tertium* conservi un inevitabile ruolo orientativo nel giudizio, se è vero che ciò che limita, almeno in parte, fonda (valorizzano il fattore comparativo, con varietà di

Orbene, fatte queste premesse, si può evidenziare che, con riguardo alla confisca dei proventi, il sindacato di proporzione presenta maggiori potenzialità poiché, anzitutto, tale misura presenta una spiccata “vocazione funzionale” che si può identificare nel recupero dei vantaggi illeciti e nel ripristino della situazione antecedente alla commissione dell’illecito. È poi vero che l’applicazione della confisca, eventualmente in concorso con altri istituti, può determinare un sacrificio patrimoniale superiore all’*utile netto* – aspetto che peraltro, come segnalato dalla stessa Corte costituzionale, appare decisivo sul piano della determinazione della natura dell’istituto²⁴ – ma è chiaro che la stessa possibilità di *misurare* tale scostamento

accenti, anche D. Pulitanò, *Misura delle pene*, cit., 53, A. Morrone, *Suprematismo giudiziario. Su sconfinamenti e legittimazione politica della Corte costituzionale*, in *QuadCost* 2019, 267, R. Bartoli, *La Corte costituzionale al bivio tra “rime obbligate” e discrezionalità? Prospettabile una terza via*, in www.penalecontemporaneo.it, 18.2.2019, 146; quest’ultimo aspetto, peraltro, è stato osservato anche con riguardo alla recente sentenza C. cost., 23.1.2019 n. 40, in *GCos* 2019, 685, da F. Consulich, *op. cit.*, 1234 ss., e G. Amarelli, *Proporzionalità e tertium comparationis: la maggiore onerosità dell’oblazione tardiva ambientale rispetto a quella antinfortunistica non è irragionevole*, in *GCos* 2019, 936 s.). La struttura comparativa del giudizio appare meno evidente, invece, in alcune peculiari ipotesi sintomatiche di una manifesta sproporzione come la determinazione in misura fissa o l’effetto moltiplicatore: quanto alle prime, in particolare, v. la sentenza C. cost., 19.2.2019 n. 88, in *GCos* 2019, 1019, sulla revoca della patente quale sanzione accessoria prevista per i reati di omicidio e lesioni stradali e la sentenza C. cost., 25.9.2018 n. 222, in *GCos* 2018, 2533, sull’interdizione dai pubblici uffici prevista per i reati di bancarotta, mentre nel secondo ambito ricadono le varie pronunce sul divieto di prevalenza della recidiva reiterata su varie attenuanti ad effetto speciale (sentenze C. cost., 5.11.2012 n. 251, in *GCos* 2012, 4043, C. cost., 14.4.2014 n. 105, in *GCos* 2014, 1849, C. cost., 14.4.2014 n. 106, in *GCos* 2014, 1865, C. cost., 21.6.2017 n. 205, in *GCos* 2017, 1789). L’impressione, d’altra parte, è che l’aspetto comparativo non scompaia del tutto neanche in questi casi, tanto che la sentenza C. cost., 25.9.2018 n. 222, in *GCos* 2018, 2548, non ha mancato di sollevare vivaci critiche con riguardo alla ricostruzione del diritto applicabile come conseguenza della declaratoria di illegittimità costituzionale, avendo indicato una soluzione diversa da quella prevista in generale dall’art. 37 Cp (cfr. A. Morrone, *Suprematismo giudiziario*, cit., 264 ss., nonché R. Bartoli, *op. cit.*, 149 ss., il quale, eppure, in tale particolare ipotesi ammette la possibilità di prescindere dal *tertium* nella *pars destruens*). Ancora, segnala D. Pulitanò, *Misura delle pene*, cit., 53, come anche nel caso di divieti speciali incidenti sul trattamento sanzionatorio, sia pur sempre possibile impostare un confronto con la disciplina generale, per quanto non la si voglia chiamare *tertium comparationis* in senso stretto (discorso che può essere effettivamente riferito al tema del divieto di soccombenza della recidiva reiterata).

²⁴ Un inquadramento meramente compensativo della confisca (su cui v. *supra*, nota 12), infatti, appare incoerente con l’eccedenza dell’oggetto della medesima rispetto all’utile netto ricavato dall’illecito, sia che ciò derivi dai criteri di determinazione dell’importo confiscabile (su cui v. *infra*, § 4), sia che tale esito si verifichi per l’assenza di sussidiarietà della confisca rispetto agli altri strumenti volti al recupero dei proventi (sul punto, da ultimo, v. S. Finocchiaro, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente*, in www.sistemapenale.it, 30.9.2020, nonché T. Trincherà, *Confiscare senza punire?*, Torino 2020, 397 ss.). Nelle ipotesi in cui tale eccedenza si verifica, in effetti, emerge la nozione economica di “costo atteso” della sanzione, il quale deve essere superiore al vantaggio effettivamente tratto dall’illecito per “compensare” le probabilità di evitare la condanna su cui il reo può fare affidamento, che finisce per conferire alla confisca una funzione deterrente e non meramente compensativa (cfr. F. Bottalico, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *RIDPP* 2009, 1754 ss., nonché sia consentito il rinvio a F. Mazzacuva, *Le pene nascoste*, cit., 197 ss.). Sul punto, nella sentenza C. cost., 6.3.2019 n. 112, in *GCos* 2019, 1364, si osserva che l’inclusione del prodotto (identificato nell’intero ammontare degli strumenti acquistati dall’autore,

permette di impostare il giudizio di proporzione – o, meglio, quello di *non manifesta sproporzione* – in termini certamente meno discrezionali e, quindi, più penetranti²⁵. Tale operazione, inoltre, è favorita dalla possibilità di stabilire un preciso collegamento tra la descritta funzione e determinati elementi della fattispecie normativa, come dimostra la circostanza che la Corte costituzionale non ha avuto difficoltà a “rimuovere” quella voce dei proventi confiscabili che, nello specifico settore considerato (quello degli abusi di mercato), comportava esiti sproporzionati, senza alcuna necessità di impostare confronti con altre discipline (in cui, anzi, il prodotto è solitamente considerato, senza comportare gravi inconvenienti) anche nella parte ricostruttiva²⁶.

In definitiva, taluni limiti che caratterizzano il giudizio di proporzione tra fatto e sanzione e che lo rendono tuttora vincolato a schemi comparativi sembrano venire meno – o quanto meno attenuarsi sensibilmente – in materia di confisca. Rispetto alla misura ablativa, infatti, da un lato è più agevole introdurre nella struttura relazionale del giudizio l'elemento intermedio rappresentato dalla funzione assoluta dallo strumento e, dall'altro, si può stabilire un legame tra la predetta finalità e la fattispecie astratta, con la fondamentale conseguenza che, come ora si vedrà, risulta possibile individuare le clausole della medesima (o le relative interpretazioni) cui “imputare” le conseguenze sproporzionate senza dover ricorrere necessariamente a *tertia comparationis* o ad altri “punti di riferimento” nella legislazione di contesto.

4. Il solido fondamento costituzionale e le ampie potenzialità del principio di proporzione in materia di confisca consentono di ipotizzare alcuni possibili sviluppi della sentenza C. cost., 6.3.2019 n. 112 in relazione a quegli aspetti della disciplina della misura che – in ragione di opzioni legislative espresse o di soluzioni ermeneutiche elaborate nel “diritto vivente” – determinano una dilatazione del relativo oggetto trasmodante rispetto alla funzione assoluta.

Il pensiero potrebbe correre, ad esempio, al tema dell'individuazione delle cose che ricadono nella *nozione di profitto*, rispetto alla quale nel tempo si è affermato un orientamento giurisprudenziale particolarmente estensivo secondo cui tale categoria

ovvero nell'intera somma ricavata dalla loro alienazione) nell'oggetto della confisca in esame porta la misura da assumere una connotazione “punitiva”, infliggendo all'autore dell'illecito una limitazione al diritto di proprietà di portata superiore (e, di regola, assai superiore) a quella che deriverebbe dalla mera ablazione dell'ingiusto vantaggio economico ricavato dall'illecito.

²⁵ Osserva infatti V. Mongillo, *Confisca proteiforme e nuove frontiere della ragionevolezza costituzionale. Il banco di prova degli abusi di mercato*, in *GCos* 2019, 3351 ss., come il tema della proporzionalità della risposta sanzionatoria complessiva non si fosse mai posto in termini così netti rispetto a misure appartenenti a un medesimo binario sanzionatorio.

²⁶ A questo proposito, cfr. ancora V. Mongillo, *Confisca proteiforme*, cit., 3351.

deve intendersi come comprensiva non soltanto dei beni che l'autore del reato apprende alla sua disponibilità per effetto diretto ed immediato dell'illecito, bensì anche di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa dalle utilità indirettamente riconducibili al reato, tanto che rispetto al denaro, vista la peculiare natura del bene, non occorrerebbe la prova della derivazione diretta dal reato.²⁷ A ben vedere, tuttavia, tale indirizzo sembra più che altro sollevare problemi di rispetto del principio di legalità, con particolare riguardo alla distinzione tra confisca diretta e confisca per equivalente²⁸, mentre in questa sede risultano maggiormente pertinenti quei profili di sproporzione che attengono alla fase che precede logicamente l'individuazione dei beni su cui eseguire materialmente la misura, ossia la quantificazione dell'*importo confiscabile*²⁹.

In questa prospettiva più circoscritta, quindi, si può anzitutto considerare la questione dello scomputo dei costi sostenuti nella realizzazione dell'illecito e, quindi, dell'alternativa tra *Bruttoprincipio* e *Nettoprincipio*, rispetto alla quale la giurisprudenza appare tuttora oscillante³⁰. In effetti, le soluzioni interpretative che valorizzano il principio del netto sono senz'altro maggiormente coerenti con la descritta vocazione ripristinatoria della confisca dei proventi³¹, il che appare suggerito dalla stessa Consulta nella sentenza C. cost., 6.3.2019 n. 112, dal momento che l'inclusione del prodotto tra le cose confiscabili è stata ritenuta illegittima proprio perché volta ad estendere

²⁷ Cfr. quanto affermato nelle note sentenze Cass. S.U. 30.1.2014 n. 10561, in *CEDCass*, m. 258648, e Cass. S.U. 26.6.2015 n. 31617, in *CEDCass*, m. 264436.

²⁸ In questo senso, con varietà di accenti, cfr. M. Romano, *Confisca, responsabilità degli enti, reati tributari*, in *RIDPP* 2015, 1675 ss.; A. Dell'Osso, *Confisca diretta e confisca per equivalente nei confronti della persona giuridica per reati tributari commessi dal legale rappresentante: le Sezioni Unite innovano ma non convincono*, in *RTDPE* 2014, 424 ss.; M. Lanzi, *La confisca diretta e di valore nei reati tributari: riflessioni e questioni aperte*, in *IP* 2014, 170 ss..

²⁹ Sulla distinzione logica tra le due operazioni, e le relative ricadute sulla determinazione della natura della confisca (la quale dipenderebbe, per l'appunto, più dalla tecnica di determinazione dell'importo confiscabile che dalle modalità di esecuzione), cfr. S. Finocchiaro, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto*, cit., 25 ss..

³⁰ La questione è emersa specialmente in materia di responsabilità delle persone giuridiche, con l'emersione di una pluralità di orientamenti giurisprudenziali più o meno sensibili all'esigenza di scomputo dei costi dell'illecito (cfr. V. Mongillo, *I mobili confini del profitto confiscabile nella giurisprudenza di legittimità*, in *DPenCont* 3-4/2012, 58 ss., Id., *Art. 322-ter c.p.*, in *Codice penale*, a cura di G. Lattanzi-E. Lupo, IV, Milano 2015, 568 ss., e S. Finocchiaro, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto*, cit., 11 ss.). D'altra parte, una valorizzazione del principio del netto è affiorata talvolta anche sul terreno dell'applicazione alle persone fisiche, in particolare in materia di corruzione, in cui si è affermato che la misura deve corrispondere al solo profitto effettivamente lucrato, al netto dei benefici che sarebbero stati conseguiti agendo lecitamente (cfr. Cass. 10.12.2013 n. 12761, in *Diritto e giustizia*, 19.3.2014) e non può essere applicata nei casi di promessa non seguita dal versamento della tangente (cfr. Cass. 13.2.2014 n. 14017, in *CEDCass*, m. 259457, che argomenta osservando che, diversamente, la confisca, lungi dal realizzarsi come una sanzione ripristinatoria di un indebito arricchimento, realizzerebbe un effetto affittivo non voluto dal legislatore).

³¹ V. quanto già osservato *supra*, nota 24. In questo senso, da ultimo, v. anche S. Finocchiaro, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto*, cit., 31 ss..

l'oggetto della misura al risultato complessivo dell'operazione illecita anziché al vantaggio effettivo tratto dalla medesima³².

Problemi di sproporzione, inoltre, emergono chiaramente – oltretutto nell'ipotesi limite di “concorso di confische” derivante da doppi binari sanzionatori³³ – laddove la misura ablativa concorra con altre conseguenze patrimoniali dell'illecito, il che può avvenire tanto sul piano *quantitativo*, ossia in ragione dell'importo complessivo determinato dal cumulo³⁴, quanto sul piano *qualitativo*, con particolare riferimento alle ipotesi in cui si assiste ad una moltiplicazione degli istituti animati (almeno nelle intenzioni) dalla stessa finalità di recupero o, comunque, di neutralizzazione dei vantaggi illeciti, senza che sia chiaramente stabilito un rapporto di alternatività o sussidiarietà tra i medesimi. Se quest'ultima soluzione è stata valorizzata nelle recenti riforme in materia tributaria, infatti, vi sono diversi ambiti della legislazione in cui tuttora vale la regola dell'applicazione cumulativa, come avviene in maniera paradigmatica nel settore dei reati contro la pubblica amministrazione, in cui il

³² Con riguardo al caso concreto all'origine della questione di legittimità costituzionale, in particolare, la Consulta osserva come la previsione del prodotto tra i proventi confiscabili avesse portato all'applicazione della misura all'intero valore delle azioni acquistate avvalendosi di un'informazione privilegiata, pari a 149.760 euro, a fronte di un vantaggio economico netto di 26.580 euro conseguito dall'operazione (pari al risparmio rispetto al prezzo delle azioni che sarebbe stato pagato senza conoscere l'imminente offerta pubblica di acquisto sulle medesime). Si tratta di un problema che, peraltro, era da tempo evidenziato in dottrina e che la Consulta non aveva potuto risolvere in precedente occasione (v. C. cost., 5.11.2012 n. 252, in *GCos* 2012, 4064) soltanto per via del carattere “creativo” della questione di legittimità sollevata (sul punto, cfr. E. Amati, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, in *DPenCont* 2/2013, 151 ss.). È chiaro, allora, che analoghi problemi di sproporzione si porrebbero anche laddove la nozione di profitto finisse determinare un importo confiscabile maggiore del predetto risultato netto, anche se si potrebbe obiettare che non sempre il differenziale tra risultato lordo e utile netto assume dimensioni tali da risultare *manifestamente* sproporzionate. Naturalmente, tali osservazioni gettano un'ombra di incostituzionalità anche sulla confisca prevista dall'art. 187 t.u.f., la quale peraltro si estende addirittura ai “beni utilizzati” per commettere il reato (nozione invece venuta meno nell'art. 187-sexies t.u.f. ma comunque oggetto dei rilievi critici in punto di sproporzione da parte della sentenza n. 112/2019).

³³ Come si verifica, d'altra parte, proprio in materia finanziaria, tanto che in una recente pronuncia il Tribunale di Milano (Trib. Milano, 15 novembre 2018, in www.penalecontemporaneo.it, 15.2.2019, con nota di F. Mucciarelli, “Doppio binario” sanzionatorio degli abusi di mercato e ne bis in idem: prime ricadute pratiche dopo le sentenze della Cgue e la (parziale) riforma domestica, nonché volendo in *GComm* 2020, II, 934 ss., con nota di F. Mazzacuva, *Il ne bis in idem dimezzato: tra valorizzazione delle istanze di proporzione della sanzione e dissolvimento della dimensione processuale*), oltretutto suggerire un'innovativa tecnica di “compensazione” tra sanzioni amministrative e pene detentive, sulla base della medesima esigenza ha senza troppe esitazioni escluso la possibilità di applicare la confisca di cui all'art. 187 t.u.f. proprio perché l'omologa misura amministrativa prevista dall'art. 187-sexies t.u.f. era già stata applicata dalla Consob.

³⁴ Si tratta, in effetti, di un aspetto che ha avuto un peso rilevante nella sentenza Corte cost. n. 112/2019, in cui si osserva che «la combinazione tra una sanzione pecuniaria di eccezionale severità, ma graduabile in funzione della concreta gravità dell'illecito e delle condizioni economiche dell'attore dell'infrazione, e una ulteriore sanzione anch'essa di carattere “punitivo” come quella rappresentata dalla confisca del prodotto e dei beni utilizzati per commettere l'illecito (...) necessariamente conduce, nella prassi applicativa, a risultati sanzionatori manifestamente sproporzionati» (§ 8.3.6)

concorso tra obblighi risarcitori (peraltro “potenziati” in quanto condizionanti l’accesso al patteggiamento e spesso quantificati nella loro componente non patrimoniale proprio avendo riguardo al profitto), riparazione pecuniaria (art. 322-*quater* Cp) e confisca per equivalente (art. 322-*ter* Cp) determina una “moltiplicazione di poste” talmente ingiustificata³⁵ che, se non dovessero consolidarsi e svilupparsi ulteriormente alcune soluzioni rimediali emerse nel diritto vivente³⁶, tale assetto normativo potrebbe effettivamente cadere sotto la scure della Corte costituzionale.

Nelle ipotesi di concorso di persone nel reato, poi, il tema della congruità tra vantaggio percepito ed importo confiscabile dovrebbe essere valutato in relazione alla posizione dei singoli destinatari della misura. Come noto, invece, la giurisprudenza da tempo afferma la regola della solidarietà tra i concorrenti facendo riferimento in maniera del tutto impropria ad un fantomatico “*principio solidaristico*” che informerebbe la disciplina del concorso di persone nel reato, laddove essa appare semmai derivare da una replicazione dei modelli civilistici suggerita dalla natura patrimoniale della misura³⁷. Tuttavia, nel momento in cui la funzione ripristinatoria è

³⁵ In chiave critica rispetto al concorso tra confisca di cui all’art. 322-*ter* Cp e riparazione di cui all’art. 322-*quater* Cp, ad esempio, cfr. C. Benussi, *Art. 322-quater*, in *Codice penale commentato*, a cura di E. Dolcini e G.L. Gatta, Milano 2015, 462 s.; M. Donini, *Septies* in idem. *Dalla “materia penale” alla proporzione delle pene multiple nei modelli italiano ed europeo*, in *CP* 2018, 2284 ss.; N. Pistilli, *Le modifiche relative alla pene accessorie e alla riparazione pecuniaria*, in *Una nuova legge contro la corruzione*, a cura di R. Orlandi e S. Seminara, Torino 2019, 40 (la duplicazione funzionale, in effetti, può essere esclusa soltanto attribuendo una natura compensativa alla riparazione prevista dall’art. 322-*quater* Cp e una meramente punitiva alla confisca, come suggerito da F.P. Lasalvia, *La riparazione pecuniaria (nei delitti contro la PA) tra “civilizzazione” del diritto penale e “penalizzazione” del diritto civile*, in *IP* 2020, 312 ss., ma anche in quel caso, considerato il concorso con il risarcimento del danno, sembrano residuare problemi di sproporzione quantitativa).

³⁶ In questo senso, si deve considerare soprattutto l’orientamento giurisprudenziale che, per quanto non del tutto consolidato, è stato ribadito di recente da Cass. 30.1.2019 n. 16872, in *CEDCass*, m. 275671, secondo cui l’applicazione cumulativa della restituzione integrale del profitto del reato, richiesta peraltro ai fini dell’accesso al patteggiamento dall’art. 444, comma 1-*ter*, Cpp, e della confisca per equivalente del profitto del reato ex art. 322-*ter* Cp, determina la violazione del principio del “ne bis in idem” sanzionatorio, trattandosi di misure aventi il medesimo oggetto ed analoga finalità afflittiva. D’altra parte, tale indirizzo, che al momento si è manifestato soprattutto nell’ambito dei delitti contro la pubblica amministrazione, non appare risolutivo rispetto al già segnalato problema del concorso, in tale materia, tra gli artt. 322-*ter* e 322-*quater* Cp.

³⁷ Cfr. l’orientamento inaugurato da Cass. 16.1.2004 n. 15445, in *FI* 2004, II, 685 ss., secondo cui «da un lato, il principio solidaristico, che informa la disciplina del concorso di persone nel reato, implica l’imputazione dell’intera azione delittuosa e dell’effetto conseguente in capo a ciascun concorrente e comporta solidarietà nella pena; dall’altro, la confisca per equivalente riveste preminente carattere sanzionatorio e può interessare ciascuno dei concorrenti anche per l’intera entità del prezzo o profitto accertato, salvo l’eventuale riparto tra i medesimi concorrenti che costituisce fatto interno a questi ultimi e che non ha alcun rilievo penale» e poi ribadito dalle Sezioni Unite (Cass. S.U. 27.3.2008 n. 26654, in *CEDCass*, m. 239926) e dalla giurisprudenza più riprese (Cass. 15.7.2016 n. 33755, in *CEDCass*, m. 267576, e Cass. 26.4.2018 n. 29395, in *CEDCass*, m. 272968). Invero, tale argomento è inconsistente poiché la disciplina del concorso di persone non è informata da nessun “principio solidaristico” ma semmai da un “modello unitario” in cui, pur valendo per tutti i concorrenti la medesima pena in astratto, la commisurazione della pena in concreto deve essere naturalmente proporzionata rispetto alla

rivolta all'annullamento di un vantaggio illecito e non al risarcimento di un danno, da un lato viene meno il fondamentale controinteresse capace di prevalere rispetto alle esigenze di personalità della responsabilità, dall'altro l'imposizione al singolo concorrente di un sacrificio patrimoniale anche notevolmente superiore rispetto ai vantaggi realmente percepiti appare incoerente proprio rispetto allo scopo perseguito³⁸.

Infine, occorre considerare che profili di sproporzione della confisca in ragione dell'eccedenza del suo oggetto rispetto allo scopo possono emergere in maniera lampante anche laddove la relativa misura non sia determinata attraverso l'indicazione di un importo pecuniario. A tale proposito, è sufficiente ricordare le censure mosse dalla Corte europea nella sentenza *G.I.E.M.* alla disciplina della confisca prevista per il reato di lottizzazione abusiva, con particolare riguardo alla sua natura obbligatoria, indipendentemente dalla conformità "materiale" dell'immobile ai parametri urbanistici, ed alla sua estensione alla totalità dei terreni lottizzati anziché al solo manufatto abusivo, profili che sono effettivamente incoerenti con una finalità di mero ripristino e che tradiscono una vocazione punitiva dell'istituto sganciata da qualsiasi relazione proporzionale con la colpevolezza per il fatto³⁹.

5. Nelle battute conclusive, si può tornare alla considerazione delle plurime manifestazioni del principio di proporzione per evidenziare come, sempre sulla base del collegamento tra il canone di uguaglianza-ragionevolezza ed il riconoscimento costituzionale della proprietà privata, esso potrebbe venire valorizzato anche con riguardo a profili di disciplina della confisca diversi ed ulteriori rispetto alla

colpevolezza dei singoli correi, il che d'altra parte può comportare che la somma delle pene applicate sia notevolmente superiore rispetto al massimo edittale (in nessuno modo, insomma, emerge l'idea di un'unica pena da "distribuire" su tutti i concorrenti). Per quest'ultima ragione, non convince neanche il riferimento al carattere sanzionatorio della confisca poiché, per l'appunto, in quest'ottica sarebbe allora consentita l'applicazione per l'intero (e non solidale) rispetto a ciascun concorrente. In realtà, come detto, il principio "solidaristico" è dettato proprio da una concezione compensativo-ripristinatoria della misura, la quale porta a riferirsi al canone di ripartizione del danno stabilito dall'art. 187, 2° c., Cp (cfr. D. Fondaroli, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale italiano*, Bologna 2007, 259 ss.; F. Vergine, *Il "contrasto" all'illegalità economica*, Padova 2012, 206 ss.).

³⁸ Per tali ragioni, in effetti, non mancano isolate pronunce giurisprudenziali che tendono a circoscrivere la validità della regola della solidarietà tra concorrenti, ad esempio limitandola ai casi in cui non si riesca a determinare la quota di proventi ottenuta da ciascuno di essi (v. ad esempio Cass. 16.11.2016 n. 4902, in *CEDCass*, m. 269387).

³⁹ Proprio tale aspetto ha condotto la Corte europea a dichiarare una violazione dell'art. 1 Prot. add. Cedu nella nota sentenza della Grande Camera *G.I.E.M. e altri c. Italia*, 28 giugno 2018. A fronte del silenzio serbato sul punto in una recente decisione delle Sezioni Unite (Cass. S.U. 30.1.2020 n. 13539, in *CEDCass*, m. 278870), è stata allora la giurisprudenza di merito a farsi carico del problema, sollevando questione di legittimità costituzionale (cfr. C. App. Bari, ord. 18.5.2020, in *SP*, 22.6.2020, con nota di S. Finocchiaro, *Principio di proporzionalità e confisca urbanistica: alla Consulta una nuova questione di costituzionalità dell'art. 44 T.U. edilizia*).

determinazione del suo importo. In altri termini, occorre evidenziare che il recupero dei vantaggi di origine illecita, pur rappresentando evidentemente un fine legittimo, non autorizza necessariamente il sacrificio di controinteressi pur sempre riconducibili alla tutela offerta dall'art. 42 Cost.

In quest'ottica, ad esempio, potrebbero essere riconsiderati i profili di efficacia della confisca nei confronti di varie categorie di soggetti terzi: se anche non si vuole chiamare in causa il principio di personalità della responsabilità, infatti, ci si deve chiedere se un corretto equilibrio tra i vari interessi in gioco sia realmente individuato dagli attuali orientamenti giurisprudenziali sulla nozione di *non estraneità al reato* dei titolari di diritti reali – ben più estensivi, ad esempio, di quanto richiesto dalla direttiva UE in materia di confisca⁴⁰ – ovvero dalle soluzioni legislative in tema di tutela dei creditori, specialmente nelle ipotesi di concorso tra confisca e procedure concorsuali⁴¹. Analoghi problemi di proporzione, inoltre, si manifestano nella disciplina del sequestro preventivo che, una volta disancorato da qualsiasi prognosi di pericolosità⁴², finisce per assolvere una funzione essenzialmente conservativa/anticipatoria che, allora, dovrebbe se non altro esplicitarsi secondo gli specifici presupposti (ed i limiti) del sequestro richiesto dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 316, comma 1, Cpp, ossia soltanto laddove emerga il rischio che manchino o si disperdano le garanzie per l'esecuzione della misura definitiva ed escludendo in ogni caso la possibilità di

⁴⁰ Secondo un approdo piuttosto consolidato, infatti, la confisca opera anche laddove essi non abbiano percepito alcun reale vantaggio dalla condotta illecita (ad esempio, in ipotesi di acquisto ad un prezzo equo) e soltanto sulla base della "negligenza" al momento dell'acquisto o della costituzione della garanzia, ossia laddove non dimostrino un affidamento incolpevole (Cass. 17.6.2011 n. 29197, in *CEDCass*, m. 250804; Cass. 17.10.2013 n. 68, in *CEDCass*, m. 258394; Cass. 27.10.2015 n. 4064, in *CEDCass*, m. 265498; Cass. 17.2.2017 n. 29586, in *CEDCass*, m. 270250; Cass. 18.4.2019 n. 38608, in *CEDCass*, m. 277159), mentre l'art. 6 della direttiva n. 2014/42/UE si limita a richiedere che la confisca prevalga sui diritti dei terzi nelle ipotesi in cui il trasferimento abbia lo scopo di evitare l'applicazione della misura e l'acquirente possa riconoscere (non l'origine illecita del bene bensì) la natura elusiva di tale operazione sulla base di fatti e circostanze concrete, tra cui figura essenzialmente l'importo fuori mercato.

⁴¹ Si tratta di un tema ampiamente battuto nella letteratura, a proposito del quale ci si può limitare a segnalare che l'art. 317 del nuovo codice della crisi di impresa (d.lgs. n. 14/2019) afferma espressamente l'applicabilità del sequestro preventivo, e quindi della confisca, anche nell'ipotesi in cui la dichiarazione di fallimento sia antecedente, così ribaltando la soluzione accolta nella giurisprudenza (v. tra le tante Cass. 26.10.2018 n. 45574, in *CEDCass*, m. 273951). La garanzia dei creditori, quindi, viene considerata in un momento logicamente successivo mediante rinvio alla disciplina del codice antimafia, il quale prevede una serie di condizioni tra cui un limite generale pari al 60% del valore dei beni sequestrati o confiscati che non sembra immune da rilievi critici proprio sul piano della proporzionalità.

⁴² Cfr. ad esempio Cass. 26.6.2014 n. 31229, in *CEDCass*, m. 260367, secondo cui «il sequestro preventivo delle cose di cui è consentita la confisca (nella specie, per equivalente) non presuppone alcuna prognosi di pericolosità connessa alla libera disponibilità delle cose medesime, le quali, proprio perché confiscabili, sono di per sé oggettivamente pericolose, indipendentemente dal fatto che si versi in materia di confisca facoltativa od obbligatoria», con orientamento già emerso in Cass. 23.6.1993 n. 2994, in *CEDCass*, m. 194824.

aggredire i beni impignorabili⁴³.

È chiaro, infine, che le maggiori tensioni con la tutela della proprietà privata sono generate dalle tecniche di confisca dei proventi che si fondano su logiche presuntive, ossia quella “allargata” ora prevista dall’art. 240-bis Cp e quella disciplinata dal c.d. codice antimafia. Proprio in relazione alla fondamentale istanza di proporzione, allora, si possono tematizzare alcuni limiti “interni” riconosciuti nella stessa giurisprudenza⁴⁴ e, soprattutto, si dovrebbero ricostruire limiti “esterni”, ossia argini alla progressiva espansione di tali modelli di confisca – alla cui maggiore “sensibilità” corrisponde evidentemente un rischio più elevato di originare errori giudiziari – rispetto ad ipotesi delittuose sempre più “ordinarie”. In altri termini, atteso che la funzione di recupero dei vantaggi illeciti è assolta anche dalle altre forme di confisca dei proventi previste nell’ordinamento (diretta e per equivalente), il principio di proporzione dovrebbe sovrintendere la scelta tra le diverse tecniche di *asset recovery* in funzione della gravità dei fenomeni criminali considerati. Si tratta, dopotutto, di uno scenario che rimane sullo sfondo della recente sentenza C. cost., 24.1.2019 n. 24, in cui è stato puntualmente evidenziato (in quel caso, con riguardo ai contenuti minimi e “trasversali” del principio di legalità) come anche la collocazione al di fuori della “materia penale” non esima dal rispetto di limiti derivanti dagli artt. 42 Cost. e 1 Prot. add. Cedu.

⁴³ Tale tesi è affacciata da D. Fondaroli, *op. cit.*, 281 ss., ed approfondita da F. Vergine, *op. cit.*, 423 ss.. La stessa, peraltro, affiora talvolta anche nella giurisprudenza, come nell’interessante sentenza Cass. 16.4.2008 n. 25168, in *CEDCass*, m. 240572, con cui sono stati estesi anche al sequestro preventivo determinati limiti valevoli per il sequestro conservativo, e nella successiva sentenza Cass. S.U. 25.9.2014 n. 11170, in *CEDCass*, m. 263684, nella cui motivazione si legge che la cautela «mira a preservare i beni che si presume siano stati acquisiti illecitamente dall’ente e che possano, in caso di riconosciuta responsabilità dello stesso, essere oggetto di confisca, da sparizioni ed occultamenti; come è stato efficacemente rilevato da parte della dottrina il sequestro in discussione presenta analogie con il sequestro conservativo penale perché posto a tutela dei beni sui quali possa essere esercitata la pretesa dello Stato in caso di condanna dell’ente». In proposito, poi, vale la pena segnalare che, nel considerando n. 31 della recente direttiva 2014/42/UE, si afferma espressamente che: «Considerata la limitazione al diritto di proprietà che i provvedimenti di congelamento comportano, non è opportuno che tali misure provvisorie siano mantenute più di quanto sia necessario a conservare la disponibilità del bene in vista di un’eventuale conseguente confisca. Ne può discendere l’obbligo per l’autorità giudiziaria di verificare che lo scopo di prevenire la dispersione dei beni sia sempre attuale». Anche se tale obbligo non viene ribadito nel testo degli articoli della direttiva, si deve apprezzare l’impulso del legislatore europeo nel senso del superamento dell’assoluta stabilità del sequestro finalizzato alla confisca dei proventi.

⁴⁴ Si fa riferimento, in particolare, alle esigenze di riequilibrio nella ripartizione degli oneri probatori e di rispetto della correlazione temporale tra acquisizione dei proventi ed attività illecita sospetta (su cui cfr. Cass. S.U. 26.6.2014 n. 4880, in *CEDCass*, m. 262605, per quanto la “correlazione temporale” sia derivata dalle finalità preventive attribuite alla confisca anziché da un’esigenza di proporzione).