

## P.Q.M. LA CORTE COSTITUZIONALE

*Riuniti i giudizi,*

*dichiara inammissibili le questioni di legittimità costituzionale degli artt. 187-sexies del decreto legislativo 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli articoli 8 e 21 della legge 6 febbraio 1996, n. 52), e 9, comma 6, della legge 18 aprile 2005, n. 62 (Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee. Legge comunitaria 2004), sollevate, in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, ratificata e resa esecutiva con la legge 4 agosto 1955, n. 848, dalla Corte di Cassazione, con le ordinanze indicate in epigrafe.*

Le ordinanze che hanno sollevato la questione sono pubblicate in *G.U.* n. 51 del 23 dicembre 2015, 1<sup>a</sup> serie spec.

(1) Riguardo alla necessaria motivazione dei profili di violazione del parametro, in maniera non generica, né inconferente cfr. i richiami contenuti nella nota alla sent. n. 239 del 2016, poi, cfr. sentt. nn. 240, 247, 249, 265, 267, 273, 276 e 287 del 2016; 30, 31, 32, 35, 45, 47, 50, 60 e 62 del 2017.

Sulla inammissibilità/infondatezza della questione di costituzionalità sollevata in base ad erroneo presupposto interpretativo si rimanda alla nota alla sent. n. 49 del 2015; poi, cfr. decc. nn. 51, 64, 66, 117, 141, 186, 219 e 241 del 2015; 13, 45, 69, 73, 95, 106, 110, 117, 136, 144, 156 e 204 del 2016; 35 e 47 del 2017.

A commento della decisione pubblichiamo un'osservazione del prof. Giuseppe Amarelli.

### **Irretroattività e sanzioni 'sostanzialmente' penali: il discorso incompiuto della Consulta sulla confisca per equivalente ex art. 187-sexies t.u.f.**

1. Le disposizioni sanzionatorie in materia di intermediazione e mercati finanziari sono state tradizionalmente considerate un segmento particolarmente tecnico ed ostico del diritto penale dell'economia, nonché quantitativamente secondario in termini di incidenza statistica nelle aule giudiziarie.

Di recente, però, sono balzate al centro del dibattito giuridico in seguito alla nota decisione della Corte EDU Grande Stevens contro Italia del 2014 che ne ha scrutinato la problematica compatibilità con il principio/diritto convenzionale del *ne bis in idem* di cui agli artt. 4, Protocollo 7 della CEDU e 50 CDFUE, nella parte in cui delineavano un sistema di doppio binario sanzionatorio — penale ed amministrativo — che produceva l'infrazione in concreto di due sanzioni sostanzialmente penali in relazione ad un medesimo fatto storico (1).

(1) Corte Edu, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens e altri c. Italia, in *www.penalecontemporaneo.it* 9 marzo 2014, con nota di A. TRIPOLI, *Uno più uno (a*

A distanza di pochi anni, le stesse norme sono tornate alla ribalta per ragioni in parte diverse grazie alla annotata sentenza della Corte costituzionale con cui sono state dichiarate inammissibili una serie di questioni di legittimità costituzionale inerenti alla possibilità di applicare retroattivamente un'ipotesi di confisca per equivalente introdotta con l'art. 9, comma 2, lettera a), l. 18 aprile 2005 n. 62 (*Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità Europee. Legge comunitaria 2004*) nell'art. 187 *sexies*, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 (Testo unico delle disposizioni in materia di intermediazione finanziaria, ai sensi degli artt. 8 e 21 della L. 6 febbraio 1996, n. 52, di seguito t.u.f.), in sede di depenalizzazione, per l'illecito amministrativo di abuso di informazioni privilegiate di cui all'art. 187 *bis*, d.lgs. 24 febbraio 1998, n. 58 t.u.f., e 9 comma 6, l. 18 aprile 2005, n. 62 (2).

Al di là della contingente controversia concernente la legittimità dell'irrogazione retroattiva della neo-introdotta confisca per equivalente in tali circoscritti casi, apparentemente a venire in rilievo è la più ampia questione della estensione delle garanzie della legalità penale alle sanzioni amministrative già affrontata, da ultimo, dalle coeve sentenze nn. 193/2016, 43/2017 e 109/2017 che, con accenti e sfumature differenti, hanno verificato l'applicabilità del principio di retroattività della legge più favorevole nei confronti di tali misure sanzionatorie (3).

In realtà, *re melius perpensa*, ad essere messo in discussione dalla pronuncia in commento è un aspetto ancor più generale e, tendenzialmente, non controverso: l'irriducibile compatibilità con il principio di irretroattività enunciato dall'art. 25, comma 2 Cost. di sanzioni 'sostanzialmente' penali introdotte successivamente alla commissione del fatto nella legge di depenalizzazione (4).

---

*Strasburgo*) fa due. *L'Italia condannata per violazione del* ne bis in idem *in tema di manipolazione del mercato*, 1 ss. In argomento cfr. F. VIGANÒ, *Ne bis in idem e contrasto agli abusi di mercato: una sfida per il legislatore e i giudici italiani*, *ivi* 1 ss.; G.M. FLICK-V. NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto?*, in *Soc.* 2014, 953 ss.; G.A. DE FRANCESCO, *Ne bis in idem: evoluzione e contenuti di una garanzia, nello scenario dell'integrazione europea*, in *www.legislazionepenale.eu* 24 luglio 2015, 1 ss.

(2) Sul punto, G. PERDONÒ, *Art. 187-sexies t.u.f. Confisca*, in A. CADOPPI-S. CANESTRARI-A. MANNA-M. PAPA, *Diritto penale dell'economia*, Milano 2016, II, 545 ss.

(3) Per dei commenti a tali decisioni si rinvia a F. VIGANÒ, *Una nuova pronuncia della Consulta sull'irretroattività delle sanzioni amministrative*, in *www.penalecontemporaneo.it* 15 maggio 2017, 1 ss.; M.C. UBIALI, *Illegittimità sopravvenuta della sanzione amministrativa "sostanzialmente penale": per la Corte costituzionale resta fermo il giudicato*, *ivi* 21 marzo 2017, 1 ss.; A. CHIBELLI, *L'illegittimità sopravvenuta delle sanzioni "sostanzialmente penali" e la rimozione del giudicato di condanna: la decisione della Corte Costituzionale*, *ivi* 3 aprile 2017, 1 ss.; ID., *La problematica applicabilità del principio di retroattività favorevole alle sanzioni amministrative*, in *Dir. pen. cont. Riv. trim.* 2017, 247 ss.; P. PROVENZANO, *Sanzioni amministrative e retroattività in mitius: un timido passo in avanti*, *ivi* 2016, 270 ss.

(4) Per un primo commento a questa decisione cfr. F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale in materia di legalità e sanzioni amministrative 'punitive'*, in *www.penalecontemporaneo.it* 10 aprile 2017, 1 ss.

Se si muove da questo angolo prospettico, è possibile comprendere perché la decisione in epigrafe si presenti solo in parte convincente: essa, ad una protasi chiara e lineare, in cui ricostruisce in termini squisitamente penalistici la misura sanzionatoria in esame — attraverso l'opportuna estensione del principio di diritto enunciato dalla sentenza Grande Stevens per altre sanzioni formalmente amministrative ma sostanzialmente penali in materia di abusi di mercato —, fa seguire una apodosi incoerente, approdando alla conclusione della inammissibilità della questione di legittimità costituzionale vertente sulla sua disciplina intertemporale retroattiva.

Prendendo le mosse da una simile premessa sulla natura giuridica della suddetta confisca, l'opposto, drastico, esito appariva invero l'unico plausibile per evitare palesi violazioni di un principio garantista inderogabile come quello di irretroattività delle pene sancito sia a livello costituzionale dall'art. 25, comma 2 Cost., che a livello convenzionale dall'art. 7 CEDU e dalla relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo, oltre che, a livello di legislazione ordinaria, dall'art. 2, comma 1 c.p. (5).

Per poter comprendere per quali ragioni la questione in esame — a differenza di quanto sostenuto dai giudici del Palazzo della Consulta — si riferisca al più generale profilo dello spettro di operatività del principio di irretroattività della pena e meriti, quindi, risposta nettamente diversa, è opportuno procedere ad una breve ricostruzione della intricata vicenda normativa intertemporale da cui è scaturita, nonché dell'incompleto ed aporetico percorso argomentativo seguito dalla Corte nella decisione in epigrafe.

2. A monte di tutto si colloca la riforma della disciplina in materia di intermediazione finanziaria e mercati operata dalla menzionata legge n. 62/2005 con cui — tra le altre cose — è stato depenalizzato il delitto di abuso di informazioni privilegiate di mercato di cui all'originario art. 180, comma 2, t.u.f., degradandolo al rango di mero illecito amministrativo nel nuovo art. 187-*bis* t.u.f. e, contestualmente, sono state introdotte nuove sanzioni pecuniarie più elevate di quelle originarie (segnatamente, da centomila a quindici milioni di euro, in luogo della reclusione fino a due anni congiunta alla multa da venti a seicento milioni di lire) e, soprattutto, è stata aggiunta alla preesistente confisca diretta la confisca per equivalente del prodotto o del profitto dell'illecito, peraltro per la prima volta come sanzione amministrativa connessa ad un illecito amministrativo invece che ad un reato.

A complicare ulteriormente il quadro ha contribuito la scelta contenuta nella stessa legge — in sintonia con una tendenza oramai invalsa nelle leggi di depenalizzazione a partire dall'art. 40 l. n. 689/1981 — di prevedere una speciale disciplina transitoria nell'art. 9, comma 6, per consentire l'inflizione retroattiva delle nuove sanzioni amministrative «alle violazioni commesse anteriormente alla data di entrata in vigore della legge che le ha depenalizzate, quando il relativo procedimento penale non sia stato definito».

---

(5) Sui fondamenti normativi, sulle funzioni e sugli spazi di operatività del principio si veda, da ultimo, M. GAMBARDILLA, *Legge penale nel tempo (voce)*, in *Enc. dir.*, *Annali*, VII, Milano 2014, 648 ss.

Ebbene, la Corte di cassazione, seconda sezione civile, chiamata a pronunciarsi su opposizioni proposte avverso confische per equivalente ai sensi dell'art. 187-*sexies* t.u.f. irrogate dalla CONSOB unitamente alle altre sanzioni previste i per fatti commessi ante-riforma del 2005, ha sollevato con sei ordinanze di analogo tenore questioni di legittimità costituzionale degli artt. 187-*sexies* t.u.f. e 9, comma 6, della l. 18 aprile 2005, n. 62, in riferimento agli artt. 3, 25, secondo comma, e 117, primo comma, Cost., quest'ultimo in relazione al parametro interposto dell'art. 7 CEDU.

Il dubbio, più precisamente, interessava la legittimità della disciplina transitoria che consentiva la possibilità di irrogare retroattivamente una misura sanzionatoria non prevista al tempo della commissione dell'illecito di abuso di informazioni di mercato poi depenalizzato come la confisca per equivalente *ex* art. 187-*sexies*, comma 2, t.u.f. che, per quanto formalmente sia definita in questa occasione come amministrativa, ha secondo l'unanime avviso della dottrina e della giurisprudenza anche costituzionale una incontrovertibile natura sostanzialmente penale (6).

3. La pronuncia in commento, prima di entrare nel merito ed affrontare il denunciato contrasto, procede ad una opportuna riduzione del novero dei quesiti sottoposti, dichiarando inammissibile la questione di legittimità costituzionale relativa all'art. 187-*sexies* comma 2 t.u.f. in quanto questa norma si limita a disciplinare la confisca per equivalente, senza alcuna specificazione derogatoria rispetto alla disciplina generale dell'art. 2 c.p. sul versante intertemporale.

L'unica disposizione che pone, invero, problemi di compatibilità con il principio di irretroattività è l'art. 9 comma 6, l. n. 62 del 2005, che espressamente aveva statuito l'applicabilità retroattiva della confisca in esame anche ai fatti commessi prima della sua introduzione.

Una volta operata questa condivisibile *actio finium regundorum* e focalizzata l'attenzione sulla sola disciplina transitoria per i nuovi illeciti formalmente amministrativi, il vaglio della legittimità di quest'ultima è condotto dalla Corte in maniera metodologicamente ineccepibile, prendendo le mosse da una previa verifica delle premesse su cui le perplessità del giudice *a quo* si appuntavano e, cioè, dalla asserita natura sostanzialmente penale della nuova confisca per equivalente di cui all'art. 187-*sexies* t.u.f.

A tale riguardo, la Consulta dimostra di condividere pienamente il discorso svolto dal giudice remittente contribuendo, anzi, ulteriormente a cementare il già granitico orientamento anti-formalista che osta all'applica-

---

(6) D. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna 2007, 249 ss.; E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino 2012, 45 ss.; per un inquadramento generale del tema della confisca si rinvia A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, *passim*.

zione retroattiva nel tempo della confisca per equivalente ai sensi della disciplina generale dettata per le misure di sicurezza dall'art. 200 c.p. (7).

Nei motivi della decisione, infatti, la Corte sottolinea come alla luce dei c.d. 'Engel criteria' — che secondo il consolidato avviso della Corte EDU consentono di accogliere una concezione di materia penale non meramente formale, bensì sostanziale, tenendo conto anche della portata affittiva della sanzione e delle finalità più o meno punitive della stessa — la confisca per equivalente, qualunque sia la denominazione conferitale dal legislatore nazionale, ha sempre una natura «eminentemente sanzionatoria».

A differenza della confisca diretta che preserva la sua natura di misura di sicurezza, incidendo sui beni che si trovano in un rapporto di pertinenzialità con il reato, reagendo alla pericolosità indotta nel reo dalla loro disponibilità ed assolvendo, quindi, a una funzione essenzialmente preventiva, la confisca per equivalente — come già affermato dalle ordinanze n. 301 (8) e n. 97 del 2009 (9) e dalla giurisprudenza di legittimità relative all'art. 322-ter c.p. ed ai reati tributari (10) —, attingendo, invece, beni di altra natura del tutto privi di un legame con il reato commesso, «palesa una connotazione prevalentemente affittiva». Tale colorazione marcatamente punitiva, nel caso di specie, è ulteriormente scandita dalla mancata previsione della sua applicazione retroattiva anche per i fatti che dopo la riforma del 2005 continuano a costituire reato: questa omissione confermerebbe che il legislatore l'ha già trattata come pena in senso stretto quando l'ha presa in considerazione sul piano formalmente penalistico, nella consapevolezza della illegittimità di una soluzione opposta su questo terreno.

Non sembrano allora residuare dubbi sul fatto che la confisca di cui all'art. 187-sexies comma 2 d.lgs. n. 58/1998, seppure prevista esplicitamente dalla legge come conseguenza amministrativa di un illecito amministrativo, assunta ugualmente natura penale e debba essere «assistita da tutte le garanzie prescritte al riguardo dall'art. 7 della CEDU».

Ciò nonostante, la Corte non fa discendere da tali lineari premesse la scontata declaratoria di illegittimità costituzionale della disciplina transitoria retroattiva per contrasto con l'art. 25, comma 2, Cost. e artt. 117 Cost. e 7 CEDU, decidendo nella sostanza di non decidere e rimettendo, altresì, la valutazione circa l'applicabilità o meno della confisca per equivalente *ex art. 187-sexies* comma 2 t.u.f. ai fatti commessi *ante* 2005 al giudice *a quo*.

La questione, infatti, viene ritenuta inammissibile perché basata «su un erroneo presupposto interpretativo», vale a dire l'analogia di questa vicenda rispetto a quella già censurata dalla stessa Corte nelle ordinanze 97 e 301 del 2009 relative all'estensione ai reati tributari della confisca per equivalente di cui all'art. 322-ter c.p., ordinanze con cui era stata esclusa l'applicabilità dell'ablazione di valore in quello specifico ambito in relazione a fatti commessi precedentemente alla sua introduzione avvenuta con l'art. 1, comma

(7) In giurisprudenza, *ex multis*, v. Cass., sez. un., 27 marzo 2008, Fisia italmiporti s.p.a. e altre, in *Foro it.* 2009, II, 36 e le decisioni successive.

(8) Corte cost., ord. 20 novembre 2009, n. 301, in *questa Rivista* 2009, 4587 ss.

(9) Corte cost., ord. 2 aprile 2009, n. 97, in *questa Rivista* 2009, 894 ss.

(10) Cass., sez. un., 25 giugno 2009, Caruso, in *Foro it.* 2009, II, 629 ss.

143, l. 24 dicembre 2007, n. 244 (11), sul presupposto che al legislatore è vietato «sanzionare con effetto retroattivo un fatto che non era illecito quando fu commesso, e parimenti introdurre anche per il passato una sanzione che si aggiunge al trattamento sanzionatorio già previsto dalla legge».

Ad avviso dei giudici delle leggi, invece, in tale occasione ci si troverebbe al cospetto di una situazione sensibilmente differente, in cui non si è registrata l'introduzione di una nuova sanzione penale prima non comminata, bensì, più semplicemente, una modifica del trattamento sanzionatorio previsto per un medesimo fatto che continua a «conservare la sua antigiusuridicità».

Come in tutti i casi di successione di leggi penali nel tempo, anche in questo si deve osservare la regola della retroattività della *lex mitior* sancita anche a livello convenzionale dall'art. 7 CEDU a prescindere dall'etichetta formale apposta alla sanzione dal legislatore nazionale. Si dovrà, dunque, procedere alla «individuazione in concreto del regime complessivamente più favorevole per la persona, avuto riguardo a tutte le caratteristiche del caso specifico» e non solo del fatto che le nuove sanzioni e lo stesso illecito depenalizzato siano stati definiti espressamente «amministrativi» e, quindi, in via presuntiva, siano considerati astrattamente di maggior favore per l'autore del fatto.

Anche perché in un caso come quello in esame, la pregressa disciplina — nonostante la qualificazione penalistica e la previsione della pena detentiva — sembra rivelarsi, al contrario, tendenzialmente più mite, non essendo la reclusione praticamente mai applicata grazie alla sospensione condizionale della pena e risultando le pene pecuniarie molto più blande delle nuove.

Per la Consulta, spetta, quindi, al giudice *a quo* stabilire se il sopraggiunto trattamento sanzionatorio, assunto nel suo complesso e, dunque, comprensivo anche della confisca per equivalente, si renda, in quanto di maggior favore, applicabile al fatto pregresso, ovvero se esso in concreto denunci un carattere maggiormente afflittivo nonostante il mutamento nominalistico apparentemente *in bonam partem*. Soltanto in quest'ultimo caso, potrebbe venire in considerazione un dubbio sulla legittimità costituzionale dell'art. 9 comma 6, l. n. 62 del 2005, nella parte in cui prescrive l'applicazione della confisca di valore e assoggetta pertanto il reo a una sanzione penale, ai sensi dell'art. 7 CEDU, più gravosa di quella che sarebbe applicabile in base alla legge vigente all'epoca della commissione del fatto.

4. L'inattesa conclusione della Corte lascia a dir poco perplessi non solo per la già segnalata contraddittorietà rispetto alle premesse, ma soprattutto per la confusione concettuale che la ipoteca.

Ad apparire censurabile non è tanto il profilo già segnalato da una parte della dottrina della impossibilità di poter considerare in concreto più favorevole la nuova disciplina introdotta nel 2005 per l'abuso di informazioni

---

(11) L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *www.penalecontemporaneo.it* 13 novembre 2010, 1 ss.; V. MAIELLO, *Confisca per equivalente e pagamento del debito tributario*, in *Giur. it.* 2014, 695 ss.

privilegiate di cui all'art. 187-*bis* t.u.f., in ragione dei sensibili aumenti della pregressa sanzione pecuniaria, della sostanziale mancata inflizione in passato delle pene detentive comminate e della nuova introduzione della confisca per equivalente (12).

L'ineluttabilità della declaratoria di illegittimità costituzionale della disciplina transitoria che consentiva l'applicazione retroattiva del nuovo regime sanzionatorio ha, invero, basi ancor più solide di queste che sono pur sempre rimesse ad un apprezzamento discrezionale del singolo giudice del fatto sulla maggiore o minore afflittività del nuovo trattamento sanzionatorio, non escludendo che la vecchia risposta punitiva, per lo stigma differente che ha e per la mancata iscrizione nel casellario giudiziale, possa essere considerata meno favorevole.

La decisione, infatti, presta il fianco prima ancora a penetranti rilievi critici sotto un altro versante, quello dell'impropria riconduzione della vicenda modificativa della disciplina del *market abuse* nel cono della successione di leggi penali nel tempo, piuttosto che in quello del *nulla poena sine lege praevia* e, quindi, più a monte, della mancata verifica del fenomeno intertemporale che si è effettivamente concretato in occasione della riforma del 2005 relativamente alla confisca per equivalente.

Non pare, invero, potersi condividere l'apodittica attrazione dello stesso nell'area della *mutatio criminis* governata dal ben diverso principio della retroattività della *lex mitior* per una serie di argomenti.

In primo luogo, presupposto per l'applicazione di tale ultimo principio è che le due fattispecie protagoniste della vicenda modificativa abbiano subito mere variazioni quantitative delle stesse sanzioni o anche qualitative di sanzioni di generi differenti, purché tali modifiche siano pur sempre prevedibili da parte del reo facendo leva sugli ordinari criteri di conversione stabiliti dall'art. 135 c.p. La confisca per equivalente innestata nell'art. 187-*sevies*, comma 2, d.lgs. n. 58/1998 non rappresenta, infatti, una semplice e prevedibile modifica del trattamento sanzionatorio riconducibile in alcune delle due sottocategorie appena descritte, trattandosi — come già rilevato dalla stessa Corte nelle menzionate decisioni del 2009 su un'analogha questione — piuttosto di una nuova sanzione sostanzialmente penale del tutto diversa nella specie e nel contenuto da quelle preesistenti e non convertibile secondo gli ordinari criteri codicistici: basti solo a tal riguardo tener presente che non ha limiti massimi edittali.

In secondo luogo, risolvere il problema riconducendolo nel prisma della successione di leggi penali non convince perché finisce per attrarlo sotto l'ombrello di un principio completamente differente rispetto a quello di irretroattività sia per il fondamento costituzionale che per le funzioni. Esso, infatti, sotto il primo versante, non trova un riconoscimento né esplicito, né implicito nell'art. 25, comma 2, Cost., bensì, solo implicito nell'art. 3 Cost. e, dopo la sentenza della Corte EDU Scoppola contro Italia del 2009, nell'art.

---

(12) In tal senso si veda F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale*, cit.

117, comma 1, Cost. e nel parametro interposto dell'art. 7 CEDU (13); sotto il secondo profilo, invece, assolve allo scopo di impedire l'applicazione irragionevole e sproporzionata delle sanzioni vigenti al momento della commissione del fatto in luogo di quelle più miti comminate per i fatti realizzati dopo.

In questa circostanza, l'introduzione della confisca per equivalente in aggiunta a quella diretta non può essere considerato un fenomeno successivo regolato dall'art. 2, comma 4, c.p., ma deve essere apprezzato per quello che oggettivamente è: la previsione di una nuova sanzione penale inesistente al momento della commissione di un fatto successivamente depenalizzato. Ed in quanto tale non può mai essere applicata retroattivamente, come peraltro precisato dalla stessa Corte in un precedente passaggio del suo ragionamento, pena la compressione della garanzia costituzionale dell'irretroattività.

In realtà, ogni modifica normativa non può mai essere giudicata in maniera unitaria e sintetica nel suo complesso, ma deve essere valutata alla luce di una disamina analitica e puntuale dei vari elementi che la compongono. Ciò significa che nella vicenda in questione non può reputarsi più favorevole la nuova disciplina all'esito di una sua considerazione globale; le ragioni del *favor libertatis* che sottendono ad una moderna concezione del diritto penale come *Magna Charta libertatum* del reo impongono, al contrario, di soppesare in modo autonomo e separato dal resto delle variazioni appurate dalla riforma l'impatto avuto sul piano sanzionatorio dalla introduzione della confisca per equivalente.

Non vi è chi non veda come, osservata da tale angolo visuale, la sanzione inserita per l'illecito depenalizzato di abuso di informazioni privilegiate nell'art. 187-*sexies*, comma 2, l. n. 58/1998 rappresenti un'autentica nuova pena prima inesistente e, quindi, sottoposta inevitabilmente al principio costituzionale del *nulla poena sine lege praevia* che, in quanto «superiore principio di civiltà», ha natura assolutamente inderogabile, impedendo che una disciplina successiva più sfavorevole possa produrre i suoi effetti nei confronti di chi ha commesso il fatto sotto il vigore di una legge meno severa (14).

In altre parole, la previsione in sede di depenalizzazione di una nuova misura sanzionatoria sostanzialmente penale prima inesistente dà vita ad un fenomeno che deve essere governato dal principio di irretroattività della legge penale di cui all'art. 25, comma 2 Cost. e, a livello di legge ordinaria, all'art. 2, comma 1, c.p.

La dottrina unanime concorda, difatti, nel ritenere che questo divieto concerna tutti gli istituti di diritto sostanziale che concorrono a delineare l'area dell'illecito penale ed anche, quindi, le risposte sanzionatorie del genere della confisca per equivalente che tale natura risultino possedere in

(13) Corte edu, 17 settembre 2009, Scoppola c. Italia, in *Cass. pen.* 2010, 832 ss.; sul punto cfr. *ex multis* C. SOTIS, *Le regole dell'incoerenza*, Roma 2012, 83 ss.

(14) Così, G. MARINUCCI, *Irretroattività e retroattività nella materia penale: gli orientamenti della Corte costituzionale*, in *Diritto penale e giurisprudenza costituzionale* a cura di G. VASSALLI, Napoli 2006, 77 ss.



concreto, a prescindere dalle etichette di facciata apposte dal legislatore (15).

Peraltro, sostenere la retroazione di una sanzione penale come la confisca per equivalente significa sacrificare anche il piano strettamente connesso a quello della irretroattività delle sanzioni penali della c.d. prevedibilità in astratto delle conseguenze sanzionatorie che la Corte EDU reputa essere un'altra ineludibile dimensione della legalità penale desumibile dall'art. 7 CEDU: l'introduzione di una sanzione sostanzialmente penale nuova, infatti, non mette il reo nelle condizioni di prevederne l'applicazione, condizionando così anche la sua libertà di scelte di azione e di orientamento dei propri comportamenti rispetto alle pretese obbligatorie della legge penale.

Breve: la Corte in questa circostanza avrebbe dovuto dichiarare illegittima costituzionalmente la speciale disciplina transitoria dettata per la confisca per equivalente in ragione del suo contrasto con principi di irretroattività e di prevedibilità delle sanzioni penali, senza dover invitare il giudice *a quo* ad operare una valutazione comparativa in concreto del complessivo quadro sanzionatorio onde verificare quale sia quello più favorevole, come normalmente si fa nei casi, ben diversi, di successione di leggi penali nel tempo.

Adottando, invece, una decisione così interlocutoria si corre il serio rischio di assistere alla riproposizione della medesima questione di legittimità costituzionale della disciplina transitoria laddove il giudice *a quo* — attenendosi alle menzionate indicazioni della Consulta — riscontri in concreto la natura decisamente più rigorosa dell'intera disciplina sanzionatoria introdotta nel 2005.

5. In ogni caso, anche non volendo aderire a questo ragionamento, la decisione della Consulta non risulta esente da ulteriori rilievi critici ugualmente penetranti.

Come ha osservato una parte della dottrina, infatti, la nuova disciplina in materia di confisca per equivalente dettata dall'art. 187-*sexies*, comma 2, avrebbe potuto essere censurata anche su un altro fronte, quello «dell'applicazione retroattiva di una sanzione amministrativa pecuniaria il cui limite massimo è enormemente superiore (pressappoco di cinquanta volte) a quello della pena pecuniaria originariamente prevista» (16).

La disciplina transitoria delle leggi di depenalizzazione che si fonda sulla necessità di non riservare un trattamento irragionevolmente di favore per gli autori dell'illecito depenalizzato in attesa di giudizio, trova un limite intrinseco nel nesso di continuità con quella pregressa. Le nuove sanzioni, infatti, devono essere — al di là del *nomen iuris* prescelto — sostanzialmente omologhe in termini di afflittività rispetto a quelle vigenti al *tempus commissi delicti*, in modo da consentire al reo la prevedibilità/conoscibilità delle

---

(15) D. PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino 2011, 614; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna 2010, 86; M. GAMBARDILLA, *La legge penale nel tempo*, cit., 650.

(16) Così F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale*, cit.

conseguenze sanzionatorie potenzialmente derivanti dal suo comportamento illecito.

Ciò sarebbe confermato dalla recente disciplina transitoria contenuta nell'art. 8, comma 3 della legge di depenalizzazione n. 8/2016: tale disposizione, infatti, ha espressamente statuito l'applicabilità delle nuove sanzioni amministrative ai fatti anteriormente commessi non ancora definiti con sentenza passata in giudicato, purché l'importo non sia superiore al massimo della pena originariamente inflitta per il reato, tenuto conto del criterio di ragguglio di cui all'articolo 135 del codice penale; nonché l'inapplicabilità delle sanzioni amministrative accessorie introdotte dal medesimo decreto, salvo che le stesse sostituiscano corrispondenti pene accessorie (17).

Nel caso in esame, invece, la riconosciuta possibilità alla CONSOB di irrogare per l'abuso di informazioni privilegiate sanzioni pecuniarie molto più elevate rispetto al passato, unitamente alla confisca per equivalente che non conosce neanche un massimo edittale, dà vita ad una vicenda punitiva non prevedibile da parte dell'autore dell'illecito al momento della sua commissione quando vigeva un quadro sanzionatorio sensibilmente differente e più mite, nonostante la pena detentiva astrattamente minacciata.

Il pericolo è che, laddove il giudice *a quo* non si regoli diversamente nella valutazione in concreto del *novum* legislativo del 2005, si profilino all'orizzonte nuove condanne da parte della Corte di Strasburgo avverso l'Italia per violazione dell'art. 7 CEDU, *sub specie* prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie (18). L'intervento riformistico, infatti, ha inciso in maniera talmente profonda sulla complessiva dosimetria sanzionatoria per le condotte di abuso di informazioni privilegiate depenalizzate, da definire una cornice edittale comparativamente molto più rigorosa della precedente e, quindi, non conosciuta, né prevedibile da parte dei consociati prima del 2005.

In conclusione, da qualunque angolo si osservi la compromissoria pronuncia in esame, emergono profili fortemente critici.

L'auspicio è che il giudice *a quo* reimposti nuovamente la medesima questione di legittimità costituzionale circa la disciplina transitoria, deducendo il suo contrasto con il principio di irretroattività di cui agli artt. 25 comma 2 Cost. e 117 comma 2 Cost. e 7 CEDU sulla scorta della considerazione della confisca per equivalente *ex art. 187-sevies* comma 2 t.u.f. come una nuova sanzione penale prima inesistente, nonché, in via subordinata — laddove si attraesse questa addenda sanzionatoria nel diverso prisma della successione di leggi nel tempo e si operasse un raffronto strutturale diacronico tra le due disposizioni — della constatazione del suo maggiore rigore rispetto alla disciplina precedente.

GIUSEPPE AMARELLI

(17) In tal senso v. ancora F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale*, cit.

(18) F. VIGANÒ, *Un'altra deludente pronuncia della Corte costituzionale*, cit.