

**EUROPEIZZAZIONE DEL DIRITTO PENALE
E RAZIONALIZZAZIONE DEL SISTEMA SANZIONATORIO:
IL SUPERAMENTO DEI “DOPPI BINARI” NAZIONALI
NEL SEGNO SOSTANZIALISTICO-FUNZIONALE DELLA “MATERIA PENALE” (*)**

di Antonella Massaro

Abstract. *La nozione autonoma di “materia penale”, elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo, ha mostrato nell’ultimo decennio una straordinaria forza espansiva e pervasiva, in grado di proiettarsi ben oltre gli originari confini tracciati dal sistema CEDU. Dal dinamismo dell’ europeizzazione, tanto più evidente a fronte di un perdurante immobilismo legislativo, può derivare l’effetto di una complessiva razionalizzazione del sistema sanzionatorio nazionale. Il processo in questione è verificabile anzitutto sul piano di un potenziale superamento del duplice livello di tutela, penale e amministrativo, che caratterizza significativi settori della legislazione speciale, ma si lascia apprezzare altresì sul versante della possibile messa in discussione di alcuni dei tratti più caratteristici del doppio binario “pene-misure di sicurezza”. La matrice sostanzialistico-funzionale della “materia penale”, inoltre, è in grado di connotare in un’accezione garantista, accanto alla pena e al processo, anche i “luoghi di detenzione”: dal carcere inteso in senso formale alle prigioni amministrative costituite dai CIE, passando per il crocevia tra “cura” e “custodia” in cui si collocano gli OPG-REMS.*

Sebbene i criteri sostanziali scontinuo a volte i limiti della loro sfuggente consistenza, l’impressione è quella della progressiva edificazione di un “diritto punitivo” che, attraverso la nuova maschera dell’ europeizzazione e l’indubbia rivoluzione concettuale che ne consegue, è in grado di condurre al recupero dei capisaldi della tradizione liberale, preservando fermamente l’idea(le) di un diritto penale come extrema ratio: obiettivo al quale tendere instancabilmente, anche se solo asintoticamente.

SOMMARIO: 1. L’ europeizzazione del diritto penale come possibile fattore di razionalizzazione del sistema sanzionatorio. – 2. Il superamento del doppio binario “in senso ampio”. – 3. Il superamento del doppio binario “in senso stretto”. Dalla nozione sostanziale di “pena” alla nozione sostanziale di “luoghi di detenzione”. – 4. Lo strano caso della confisca urbanistica: una “pena CEDU” dotata di uno statuto autonomo? – 5. «C’è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d’antico».

* Il presente contributo è destinato agli Atti del Convegno *Dall’emergenza alla ‘deflazione’: il sistema sanzionatorio dopo la L. 28.04.2014, n. 67*, svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell’Università degli Studi “Roma Tre” nei giorni 26-27 marzo 2015, *in corso di pubblicazione*. Il testo e le note sono stati aggiornati tenendo conto delle novità bibliografiche e giurisprudenziali intervenute successivamente alla data del Convegno.

1. L'europizzazione del diritto penale come possibile fattore di razionalizzazione del sistema sanzionatorio.

La legge n. 67 del 2014 si colloca lungo il sentiero tortuoso di quella esigenza di razionalizzazione del sistema sanzionatorio che troppo spesso si ritrova smarrita nell'insidiosa selva di una "legge oscura"¹. Quest'ultimo fenomeno sembra possa essere inteso non solo nella sua tradizionale accezione "in positivo", legata ai concetti di inflazione e inquinamento dei testi normativi e, quindi, a interventi macroscopicamente distanti dalle regole di condotta della buona legistica cui dovrebbe adeguarsi il "legislatore modello"². L'oscurità della legge assume sempre più di frequente anche una connotazione "in negativo", finendo per identificarsi in un'inerzia legislativa che, come efficacemente evidenziato dal Prof. Palazzo nella sua relazione introduttiva, si traduce nella sostanziale rinuncia a riforme organicamente strutturali e nel poco lungimirante cumulo di pretesi effetti deflattivi.

Se la prospettiva (unicamente) nazionale fatica a liberarsi dalle pastoie dell'immobilismo legislativo, un dinamico impulso alla razionalizzazione di un ormai «stratificato guazzabuglio sanzionatorio»³ può forse derivare dal processo di progressiva europizzazione che ha attratto irresistibilmente e inesorabilmente anche il diritto penale. All'interno del concetto di "europizzazione" confluiscono, evidentemente, tanto il diritto dell'Unione europea, che per molto tempo ha pressoché monopolizzato il dibattito relativo alla proiezione del diritto penale in una dimensione sovranazionale (e al quale, non a caso, è stata dedicata una Sessione apposita di questo Convegno), quanto il sistema CEDU, che solo nell'ultimo decennio ha svelato pienamente le proprie potenzialità applicative⁴.

Si tratta in effetti di due contesti normativi che, seguendo le linee ricostruttive chiaramente tratteggiate dalla Corte costituzionale a partire dalle c.d. sentenze gemelle del 2007⁵, restano collocati in posizioni nettamente distinte, sia pur nell'ambito di un

¹ AINIS, *La legge oscura. Come e perché non funziona*, Laterza, II ed., 2010.

² PAGANO, *Introduzione alla legistica. L'arte di preparare le leggi*, Giuffrè, III ed., 2004, spec. pp. 8 e ss.

³ L'espressione è di PALAZZO, *Fatti e buone intenzioni. A proposito della riforma delle sanzioni penali*, in *questa Rivista*, 10 febbraio 2014.

⁴ Per tutti MANES, *Il giudice nel labirinto. Profili delle intersezioni tra diritto penale e fonti sovranazionali*, Dike, 2012, spec. pp. 22 e ss.; DI GIOVINE, *Come la legalità europea sta riscrivendo quella nazionale. Dal primato delle leggi a quello dell'interpretazione*, in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2013, n. 1, p. 160;

⁵ Si tratta delle ormai celeberrime sentenze n. 348 e 349 del 2007, consultabili integralmente, insieme a numerosi commenti, in www.giurcost.org. Gli snodi fondamentali delle due pronunce sono stati significativamente ribaditi dalla Corte costituzionale, in particolare con la n. 39 del 2008 e con le c.d. seconde gemelle del 2009 (n. 311 e 317), per la cui motivazione si rimanda, ancora una volta, a www.giurcost.org. Sulle implicazioni più strettamente penalistiche, per tutti, MANES, *Introduzione. La lunga marcia della Convenzione europea ed i "nuovi" vincoli per l'ordinamento (e per il giudice) penale interno*, in *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di Manes-Zagrebel'sky, Giuffrè, 2011, pp. 1 e ss.

sistema delle fonti sempre più poliedrico e “labirintico”⁶. Questa soluzione differenziata non è messa in discussione neppure dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il quale, lasciando cadere l’ultimo tabù terminologico, ha inserito un esplicito riferimento alle pene e ai reati nei Trattati istitutivi (artt. 83 e 86 TFUE), prevedendo altresì una futura adesione dell’Unione europea alla CEDU (art. 6 TUE).

Il dialogo tra le Corti europee (e tra le Carte dei diritti), sebbene tra le righe di un copione per molti aspetti ancora in corso di definizione, mostra tuttavia innegabili punti di avvicinamento tra la giurisprudenza di Lussemburgo e quella di Strasburgo, con quest’ultima che, assecondando il mutamento di rotta al quale si è già fatto riferimento, assume saldamente il ruolo di locomotiva del “diritto europeo”. Il fattore in grado di funzionare da collante tra due sistemi indubbiamente differenti, amplificando al contempo i tratti sempre più marcatamente “europei” del diritto penale nazionale, può essere individuato nella nozione autonoma di “materia penale”.

Già sul piano del diritto dell’Unione europea, pare opportuno ricordarlo, si erano poste questioni in larga parte analoghe a quelle attratte nel cono d’ombra (o di luce) della “materia penale”: il riferimento è alla categoria delle sanzioni amministrative *sui generis*⁷, uno dei tasselli che compongono il mosaico del sistema sanzionatorio eurounitario. La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi su un ricorso del Governo tedesco che, tra l’altro, deduceva la natura penale delle sanzioni in questione, ha seguito la via delle sanzioni amministrative, ritenendole una legittima espressione della potestà sanzionatoria dell’attuale Unione europea⁸. Il successivo Regolamento (CE, EURATOM) n. 2988/95 ha tentato di stabilizzare quegli esiti giurisprudenziali (anche) in una prospettiva di armonizzazione, tratteggiando un vero e proprio sistema sanzionatorio sovranazionale modellato almeno in parte su principi e categorie di matrice penalistica⁹.

La nozione autonoma di “materia penale”, del resto, non rappresenta una novità scoperta di inizio millennio, per quanto la sua carica potenzialmente dirompente sui singoli ordinamenti nazionali sia rimasta a lungo confinata negli scaffali del dibattito accademico¹⁰. Sono passati ormai alcuni decenni da quando ci si interrogava sulle implicazioni derivanti da ciò che, essendo “penale senza essere penale”, rischiava di sovvertire i presupposti della logica (formale, prima ancora che

⁶ «Dalla “Cina imperiale” al labirinto penale», secondo la suggestiva immagine offerta da MANES, *Il giudice nel labirinto*, cit., p. 5. Sulla dissoluzione della piramide kelseniana e della sistematica a gradini di matrice tedesca, sostituite da una struttura “reticolare” del sistema delle fonti, v. già DONINI, *Il volto attuale dell’illecito penale. La democrazia penale tra differenziazione e sussidiarietà*, Giuffrè, 2004, pp. 145 e ss.

⁷ MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario dopo la Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Lezioni di diritto penale europeo*, a cura di Grasso – Sicurella, Giuffrè, 2005, pp. 100 e ss.

⁸ Corte Giust. UE, 27 ottobre 1992, C-240/90, in <http://curia.europa.eu>.

⁹ SICURELLA, *Diritto penale e competenze dell’Unione europea. Linee guida di un sistema integrato di tutela dei beni giuridici sovranazionali e dei beni giuridici di interesse comune*, Giuffrè, 2005, pp. 170 e, ancora, MAUGERI, *Il sistema sanzionatorio comunitario*, cit., pp. 111 e ss.

¹⁰ Eloquente fin dal titolo lo scritto di PALIERO, “Materiale penale” e illecito amministrativo secondo la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo: una questione “classica” a una svolta radicale, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, pp. 894 e ss.

giuridica) e da quando si auspicava una più chiara definizione di quei “criteri (non solo) *Engel*” che, volti a garantire l’uniforme applicazione degli artt. 6 e 7 della Convenzione pur a fronte di ordinamenti giuridici assai differenti tra loro, lasciavano un troppo ampio margine di incertezza relativo agli esiti interpretativi derivanti dall’applicazione degli stessi¹¹.

Sebbene i criteri in questione si siano preservati essenzialmente inalterati nella loro enunciazione formale, la nozione autonoma di “materia penale”, specie a seguito della più chiara collocazione delle norme CEDU nel sistema italiano delle fonti, ha mostrato una significativa forza espansiva e pervasiva, in grado di superare i suoi originari confini (di formulazione e collocazione) e di divenire il crocevia di alcune delle più significative linee di sviluppo lungo le quali corre il “diritto penale europeizzato”.

Si pensi, per restare alle vicende più recenti, alla “sentenza *Fransson*”, nella quale la Corte di Giustizia, pur tenendo ferma la perentoria “dichiarazione di intenti” di una netta separazione tra la CEDU e la Carta UE (§ 44), non esita a precisare che il divieto del *ne bis in idem* di cui all’art. 50 della Carta possa operare anche nel caso di applicazione per la medesima violazione di una sanzione tributaria e di una sanzione penale, sempre che alla prima il giudice nazionale ritenga di poter riconoscere natura penale (§§ 32 e ss.)¹². A tal fine risulterebbero determinanti la qualificazione giuridica dell’illecito nel diritto nazionale, la natura dell’illecito e il grado di severità della sanzione: le indicazioni in questione, pur mutate esplicitamente dalla “sentenza *Bonda*”¹³, non sono altro che i “criteri *Engel*”¹⁴, come rilevato da parte dell’Avvocato generale che, nelle sue conclusioni, auspicava l’elaborazione di “nozioni autonome” maggiormente rispondenti all’ambito operativo della Carta UE¹⁵.

La possibile interazione tra le Carte e le Corti è stata per molto tempo valorizzata mantenendo lo sguardo fisso sulla superficie più evidente, costituita dalla tutela dei diritti fondamentali: la virtuosa combinazione tra CEDU-Corte di Strasburgo, Carta dei diritti UE-Corte di Lussemburgo e Costituzione-Corte costituzionale italiane offre un composito armamentario cui attingere in difesa dei diritti fondamentali, pur delineando una trama così fitta di costellazioni da rendere la stella polare poco visibile persino agli occhi del navigatore più esperto¹⁶. Sullo sfondo si staglia la figura del

¹¹ Il riferimento è allo studio condotto dal gruppo di ricerca diretto da DELMAS-MARTY, *La «matière pénale» au sens de la Convention européenne des droits de l’homme, flou du droit pénal*, in *Rev. science crim.*, 1987, pp. 819 e ss.

¹² Corte Giust. UE (Grande Sezione), 26 febbraio 2013, C-617/10, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, in <http://curia.europa.eu>, commentata in questa Rivista da VOZZA, *I confini applicativi del principio del ne bis in idem interno in materia penale: un recente contributo della Corte di Giustizia dell’Unione europea*.

¹³ Corte Giust. UE, 5 giugno 2012, C-489/10, *Bonda*, 5 giugno 2012, in <http://curia.europa.eu>.

¹⁴ Corte EDU, 8 giugno 2007, *Engel e altri c. Paesi Bassi*, n. ric. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, in <http://hudoc.echr.coe.int>.

¹⁵ Conclusioni dell’Avvocato generale Pedro Cruz Villalón presentate il 12 giugno 2012, in <http://curia.europa.eu>, §§ 80 e ss.

¹⁶ Di recente D’ALOIA, *Europa e diritti: luci e ombre dello schema di protezione multilevel*, in *Dir. un. eur.*, 2014, fasc. 1, pp. 1 e ss., cui si rinvia anche per i necessari riferimenti. Sugli specifici rapporti tra Corte EDU e

giudice nazionale, chiamato a svolgere, come icasticamente rilevato, tanto il ruolo di “integerrimo doganiere” quanto quello di “indomito ariete”¹⁷.

Indipendentemente dalla posizione che si ritenga di assumere nel dibattito relativo all’effettivo innalzamento del livello di tutela derivante dall’azione congiunta delle Carte e delle Corti, quel che importa rilevare è come la nozione sostanzialistico-funzionale di “materia penale”, sfruttando la capillarità diffusiva che le deriva dalla sua consistenza di “principio generale”, stia divenendo il perno attorno al quale ruota un vero e proprio “diritto punitivo europeizzato”, funzionando, come già anticipato, da fattore in grado di condurre a una sostanziale razionalizzazione del sistema sanzionatorio nazionale.

Si tratta di una tendenza i cui effetti si apprezzano anzitutto sul piano giurisprudenziale, ma che rappresenta un obbligato punto di riferimento per il legislatore chiamato a confrontarsi con l’introduzione di nuovi strumenti sanzionatori. Per restare alla legge n. 67 del 2014, le perplessità sollevate dalla natura giuridica di quella “sanzione pecuniaria civile” prevista dall’art. 2, terzo comma (rimasto inattuato) sono sufficientemente eloquenti. Si trattava non solo di fare i conti con l’assenza di una cornice sistematica entro la quale inserire un istituto certamente inusuale per l’ordinamento giuridico italiano, ma anche di verificare se dietro l’etichetta prescelta dal legislatore delegato non si celasse una vera e propria sanzione punitivo-penale, secondo i criteri indicati dalla Corte di Strasburgo¹⁸.

2. Il superamento del doppio binario “in senso ampio”.

I germi di una razionalizzazione e di una semplificazione, chiaramente orientate in funzione di garanzia, sembrerebbero anzitutto individuabili in quel processo di progressivo superamento dei “doppi binari” lungo i quali viaggia il sistema sanzionatorio italiano e che si vanno gradualmente ricongiungendo in unità nel punto di fuga della *matière pénale*.

Corte costituzionale italiana [VIGANÒ, Convenzione europea dei diritti dell’uomo e resistenze nazionalistiche: Corte costituzionale italiana e Corte di Strasburgo tra “guerra” e “dialogo”](#), in *questa Rivista*, 14 luglio 2014.

¹⁷ CONTI, *Gerarchia fra Corte di Giustizia e Carta di Nizza-Strasburgo? Il giudice nazionale (doganiere e ariete) alla ricerca dei “confini” fra le Carte dei diritti dopo la sentenza Åkagaren (Corte Giust., Grande Sezione, 26 febbraio 2013, causa C-617/10)*, in www.diritticomparati.it. Basterebbe osservare, in effetti, che l’art. 52 della carta UE impone di attribuire ai diritti previsti dalla stessa un significato e una portata equivalenti a quelli che la CEDU conferisce a diritti corrispondenti: ad onta di una mancata eurounitarizzazione della CEDU, quindi, i diritti riconosciuti dalla Convenzione, nel significato loro attribuito dalla Corte di Strasburgo, transiterebbero direttamente nel diritto europeo “in senso stretto”, obbligando il giudice nazionale a disapplicare la norma di diritto interno che risulti con gli stessi confliggente, sempre che si resti entro i confini tracciati dalle materie di competenza dell’Unione. Sul punto [MANACORDA, Dalle Carte dei diritti a un diritto penale “à la Carte”? Note a margine delle sentenze Fransson e Melloni della Corte di Giustizia](#), in *questa Rivista*, 17 maggio 2013, pp. 7 e ss.

¹⁸ I profili critici in questione sono segnalati anche da [MASIERI, Decriminalizzazione e ricorso alla “sanzione pecuniaria civile”](#), in *questa Rivista*, 1 aprile 2015.

Il riferimento è tanto al doppio binario “in senso ampio”, inteso come il duplice livello di tutela, penale e amministrativo, che caratterizza significativi settori della legislazione penale, quanto al doppio binario “in senso stretto”, rappresentato dal binomio pene-misure di sicurezza.

Sul versante del doppio binario “in senso ampio”, l’europeizzazione del diritto punitivo asseconda la tendenza a un progressivo allineamento tra sanzioni amministrative e sanzioni penali, nel segno di una sempre più significativa caratterizzazione dell’illecito amministrativo sulla base di categorie e principi di chiaro stampo penalistico, che, scandita a livello nazionale dalle legge n. 689 del 1981, aveva ricevuto una chiara eco a livello eurounitario con il già ricordato Regolamento n. 2988/95. Solo con la nozione autonoma di “materia penale”, tuttavia, il processo in questione si è mostrato in grado di giungere a una fase diversa e ulteriore, consistente nel superamento di soluzioni che, dietro l’etichetta formale del duplice livello di tutela, nascondano il rischio di una sostanziale duplicazione della risposta sanzionatoria, in violazione del principio condensato nella formula del *ne bis in idem*.

Se nella giurisprudenza di Lussemburgo il riferimento obbligato è alla “sentenza Fransson”, in quella di Strasburgo è rapidamente salito agli onori della cronaca il “caso Grande Stevens”¹⁹, relativo all’intricato reticolo entro il quale resta imbrigliato «il sistema sanzionatorio “ipermuscolare” ed “efficientista”»²⁰ degli abusi di mercato nell’ordinamento italiano. L’applicazione del *ne bis in idem* di cui all’art. 4 del Protocollo n. 7 CEDU, letto attraverso la lente della “materia penale” e osservato nella sua natura ibrida di principio tanto sostanziale quanto processuale, conduce alla messa al bando della possibilità di cumulo tra le sanzioni penali e quelle amministrative previste dagli artt. 184 e ss. TUIF, muovendo dalla natura sostanzialmente penale delle sanzioni già applicate dalla CONSOB. La rimessione della questione alla Corte costituzionale non si è fatta attendere, con la richiesta, tra l’altro, di dichiarare l’incostituzionalità dell’art. 187-bis TUIF, nella parte in cui prevede «salve le sanzioni penali quando il fatto costituisca reato» anziché «salvo che il fatto costituisca reato»²¹.

¹⁹ Corte EDU, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, ric. n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010, in questa Rivista, 9 marzo 2014, con nota di [TRIPODI, Uno più uno \(a Strasburgo\) fa due. L’Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato](#). Per un confronto tra le due pronunce si rinvia alla *Relazione 35/2014 della Corte di cassazione – Ufficio del ruolo e del massimario (settore penale)*, in [www.cortedicassazione.it](#) e a [DE AMICIS, Ne bis in idem e “doppio binario” sanzionatorio: prime riflessioni sugli effetti della sentenza “Grande Stevens” nell’ordinamento italiano](#), in questa Rivista, 30 giugno 2014. Sui rapporti tra l’art. 4 del Protocollo 7 CEDU e l’art. 50 della Carta dei diritti UE v. [VIGANÒ, Doppio binario sanzionatorio e ne bis in idem: verso una diretta applicazione dell’art. 50 della Carta?](#), in *Dir. pen. cont. – Riv. trim.*, 2014, n. 3-4, pp. 233 e ss.

²⁰ FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative: doppio binario o binario morto? «Materia penale», giusto processo e ne bis in idem nella sentenza della Corte EDU, 4 marzo 2014, sul market abuse*, in [www.rivistaaic.it](#), 2014, n. 3, p. 1.

²¹ Cass., sez. V pen., ord. 10 novembre 2014, in *Foro it.*, 2015, n. 3, II, c. 160, con nota di [DI PAOLA, Gli \(attesi\) effetti della sentenza «Grande Stevens»: sistema sanzionatorio degli abusi di mercato, «ne bis in idem» e dubbi di legittimità costituzionale: la soluzione in questione era stata già ipotizzata da FLICK-NAPOLEONI, Cumulo tra sanzioni penali e amministrative](#), p. 9. Sul punto [SCOLETTA, Il doppio binario sanzionatorio del market abuse al](#)

La legittimità costituzionale delle “clausole di riserva” che, come avviene nell’art. 187-bis TUIF, si orientano in una direzione esattamente speculare rispetto a quella che ne costituisce l’ordinaria funzione e, per quel che qui interessa, agiscono in deroga all’art. 9 della l. n. 689 del 1981, dipende dunque da come si ritenga di sciogliere il nodo preliminare relativo alla “reale” natura giuridica delle sanzioni qualificate come “amministrative” dal legislatore nazionale. Le considerazioni in questione, evidentemente, si prestano a indirizzare lo sfoltimento di altri gineprai normativi, che, come nel caso degli abusi di mercato, risultino caratterizzati da una duplicazione dei livelli di tutela “punitiva”²².

L’elemento che ancora rappresenta una variabile dagli effetti di incerta “prevedibilità” pare rappresentato, proprio come avveniva in passato, dalla sfuggente consistenza dei criteri sostanzialistico-funzionali che dovrebbero riempire di contenuto la nozione autonoma di “materia penale”. I giudici di Strasburgo offrono a volte puntuali motivazioni relative all’applicazione dei criteri in questione in riferimento alla singola misura che di volta in volta viene in considerazione, proprio come avvenuto nel caso “Grande Stevens”²³. In altre occasioni, per contro, le motivazioni non risultano altrettanto decise (e decisive), contribuendo ad alimentare le resistenze interpretative da parte dei giudici nazionali: le vicende relative alla confisca urbanistica, nei termini che si cercherà di chiarire in seguito, mostrano come la storia della razionalizzazione-semplificazione sanzionatoria risulti assai difficile da scrivere (e da raccontare), per lo meno ricorrendo a un inchiostro diverso da quello in cui dovrebbe intingersi la penna del legislatore.

3. Il superamento del doppio binario “in senso stretto”. Dalla nozione sostanziale di “pena” alla nozione sostanziale di “luoghi di detenzione”.

Il binomio pene-misure di sicurezza incorre da tempo nelle critiche volte a denunciarne l’anacronismo e/o l’inefficienza: tanto la categoria della pericolosità sociale quanto, a monte, quella dell’imputabilità, attraverserebbero una crisi pressoché irreversibile, specie se esaminate sugli insidiosi banchi di prova dell’accertamento e della prassi²⁴.

[cospetto della Corte costituzionale per violazione del diritto fondamentale al ne bis in idem](#), in *questa Rivista*, 17 novembre 2014. Meno chiare, a prima lettura, la richieste formulate alla Corte costituzionale da [Cass., sez. trib. civ., ord. 6 novembre 2014](#), in *questa Rivista*, 23 gennaio 2015.

²² Sulle questioni poste dalla duplicazione sanzionatoria ravvisabile nell’ordinamento italiano in materia di illeciti tributari v. FLICK-NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., pp. 10 e ss. e [DOVA, Ne bis in idem e reati tributari: una questione ormai ineludibile](#), in *questa Rivista*, 11 dicembre 2014.

²³ FLICK – NAPOLEONI, *Cumulo tra sanzioni penali e amministrative*, cit., p. 2, osservano come l’esito della “sentenza Grande Stevens” non possa considerarsi né imprevedibile né realmente innovativo rispetto ai precedenti orientamenti della Corte europea.

²⁴ Per tutti MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. dir.*, Agg., I, Giuffrè, 1997, pp. 762 e ss. e BERTOLINO, *L’imputabilità penale fra cervello e mente*, in *Diritto penale e neuroetica. Atti del Convegno 21-22 maggio 2012. Università degli Studi di Foggia*, a cura di Di Giovine, Cedam, 2013, pp. 83 e ss.

La lente del diritto penale europeizzato comporta necessariamente la messa a fuoco delle misure di sicurezza personali detentive, che, per l'evidente grado di afflittività che le caratterizza, sembrerebbero mostrare possibili punti di tangenza rispetto alla nozione sostanziale di sanzione penale elaborata a livello europeo.

Il riferimento è anzitutto alle reazioni registratesi nell'ordinamento tedesco a seguito delle pronunce della Corte di Strasburgo relative alla *Sicherungsverwahrung*²⁵, che, volgendo lo sguardo all'ordinamento italiano, rimandano direttamente alla misura di sicurezza degli ospedali psichiatrici giudiziari. Non è certo questa la sede per entrare nel dettaglio del progressivo avanzamento di quel processo di "definitivo superamento degli ospedali psichiatrici giudiziari" enfaticamente annunciato da un legislatore stretto dalla duplice morsa della rarefatta e asfittica atmosfera "post Torreggiani" e dello sdegno divenuto "emergenza" a seguito delle visite a sorpresa effettuate presso gli OPG italiani dalla c.d. Commissione Marino²⁶.

Ciò che invece pare opportuno sottolineare è come, ad onta della lettera della legge, le modifiche più significative siano state apportate da interventi legislativi successivi rispetto al d.l. n. 211 del 2011 (convertito dalle legge n. 9 del 2012). Il d.l. n. 52 del 2014 (convertito dalla legge n. 81 del 2014) ha espressamente codificato la regola dell'*extrema ratio* per l'applicazione del ricovero in ospedale psichiatrico giudiziario e in casa di cura e di custodia, imponendo nuovi criteri di accertamento della pericolosità sociale in riferimento alle due misure in questione²⁷ e, per quel che qui maggiormente

²⁵ [PELISSERO, Il controllo dell'autore imputabile pericoloso nella prospettiva comparata. La rinascita delle misure di sicurezza custodiali](#), in questa Rivista, 26 luglio 2011, pp. 23 e ss.; ROCCHI, *L'istituto tedesco della Sicherungsverwahrung: il dialogo tra la Corte di Strasburgo e la Corte costituzionale*, in AA. VV., *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere. Affermazione e tradimento della legalità nella restrizione della libertà personale*, pp. 345 e ss. e ID., *La decisione della Corte di Strasburgo sulla misura di sicurezza detentiva tedesca della "Sicherungsverwahrung" e i suoi riflessi sul sistema del 'doppio binario' italiano*, in *Cass. pen.*, 2009, fasc. 9, pp. 3276 e ss.

²⁶ *Relazione sulle condizioni di vita e di cura all'interno degli ospedali psichiatrici giudiziari della Commissione parlamentare di inchiesta sull'efficacia e l'efficienza del Servizio sanitario nazionale*, Atti parlamentari, Senato della Repubblica, XVI legisl., doc. XXII-bis n. 4, in www.senato.it.

²⁷ L'art. 1, comma 1, lett. b) del d.l. n. 52 del 2014, inserito in sede di conversione, prevede che «Il giudice dispone nei confronti dell'infermo di mente e del seminfermo di mente l'applicazione di una misura di sicurezza, anche in via provvisoria, diversa dal ricovero in un ospedale psichiatrico giudiziario o in una casa di cura e custodia, salvo quando sono acquisiti elementi dai quali risulta che ogni misura diversa non è idonea ad assicurare cure adeguate e a fare fronte alla sua pericolosità sociale, il cui accertamento è effettuato sulla base delle qualità soggettive della persona e senza tenere conto delle condizioni di cui all'articolo 133, secondo comma, numero 4, del codice penale. Allo stesso modo provvede il magistrato di sorveglianza quando interviene ai sensi dell'articolo 679 del codice di procedura penale. Non costituisce elemento idoneo a supportare il giudizio di pericolosità sociale la sola mancanza di programmi terapeutici individuali». Critico in riferimento a quella che potrebbe risultare come una poco auspicabile e anacronistica "pericolosità sociale decontestualizzata" PELISSERO, *Ospedali psichiatrici giudiziari in proroga e prove maldestre di riforma della disciplina delle misure di sicurezza*, in *Dir. pen. proc.*, 2014, p. 924. Sul punto anche [SCHIAFFO, La pericolosità sociale tra "sottigliezze empiriche" e "spessori normativi": la riforma di cui alla legge n. 81 del 2014](#), in questa Rivista, 11 dicembre 2014.

interessa, introducendo un termine di durata massima delle misure di sicurezza detentive²⁸.

Lo scopo evidente è stato quello di arginare la radicata prassi dei c.d. ergastoli bianchi, sebbene l'apposizione di un termine di durata, alla cui scadenza consegua in maniera "automatica" la revoca della misura, sia suscettibile di determinare altre aporie applicative: il riferimento è in primo luogo alla possibile liberazione di internati ancora socialmente pericolosi²⁹.

A ciò si aggiunga che la novella legislativa sembra aver intaccato significativamente le basi sistematiche sulle quali si fonda il doppio binario "in senso stretto"³⁰, giungendo a mettere in discussione la stessa distinzione tra misure di sicurezza e pene detentive. Il profilo «più eversivo» contenuto nella proposta della Scuola positiva diretta all'introduzione di misure di difesa sociale era certamente rappresentato dalla indeterminatezza del limite massimo di durata, divenuta poi carattere strutturalmente e inscindibilmente connesso alla funzione loro riconosciuta³¹. Se viene meno la necessaria corrispondenza tra l'applicazione di una misura di sicurezza detentiva e la (perdurante) pericolosità sociale del soggetto e se la durata massima della misura resta in definitiva rapportata non alla pericolosità in concreto, ma alla gravità del reato commesso, il dualismo tra responsabilità individuale-pena e pericolosità sociale-misura di sicurezza fatica a delinarsi con sufficiente coerenza, tanto teleologica quanto strutturale.

Anche il doppio binario "in senso stretto", dunque, potrebbe essere ricomposto seguendo le tracce indicate dal diritto penale europeizzato e superando in maniera davvero definitiva una distinzione per molti aspetti inefficiente, sia pur con la consapevolezza per cui l'eterna dialettica tra "cura" e "custodia" degli internati si proietta su un orizzonte ben più ampio e composito rispetto all'alternativa "penale-non penale".

Le questioni relative all'esecuzione delle misure di sicurezza detentive offrono lo spunto per un ulteriore sviluppo della nozione autonoma di "materia penale", le cui basi, peraltro, risultano già chiaramente gettate. Il riferimento è alla possibilità di estendere la stessa matrice sostanzialistico-funzionale che caratterizza la nozione

²⁸ Art. 1, comma 1-*quater* del d.l. n. 52 del 2014, inserito in sede di conversione: «Le misure di sicurezza detentive provvisorie o definitive, compreso il ricovero nelle residenze per l'esecuzione delle misure di sicurezza, non possono durare oltre il tempo stabilito per la pena detentiva prevista per il reato commesso, avuto riguardo alla previsione edittale massima. Per la determinazione della pena a tali effetti si applica l'articolo 278 del codice di procedura penale. Per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo non si applica la disposizione di cui al primo periodo».

²⁹ Trib. Roma, 3 giugno 2014, in *questa Rivista*, 16 giugno 2014, con nota di [GATTA, Revoca del ricovero in OPG per decorso della durata massima: un primo provvedimento.](#)

³⁰ Ha segnalato fin da subito il carattere "epocale" del cambiamento [GATTA, Aprite le porte agli internati! Un ulteriore passo verso il superamento degli OPG e una svolta epocale nella disciplina delle misure di sicurezza detentive: stabilito un termine di durata massima \(applicabile anche alle misure in corso, a noi pare\)](#), in *questa Rivista*, 6 giugno 2014.

³¹ PELISSERO, *Pericolosità sociale e doppio binario. Vecchi e nuovi modelli di incapacitazione*, Giappichelli, 2008, p. 194.

autonoma di “materia penale” non solo alla pena e al processo, ma anche ai luoghi di detenzione. Nei suoi saluti introduttivi il Rettore ha fatto riferimento alla rilevanza assunta dai “luoghi della pena” nella costruzione di un sistema che possa ritenersi davvero rispettoso dei diritti fondamentali della persona umana. La condizione del “carcere in senso formale” è stata già efficacemente stigmatizzata dall’ormai famosa e famigerata “sentenza Torreggiani”³² e, con il passaggio alle REMS, si sta tentando di porre rimedio alla condizione epidermicamente intollerabile degli ospedali psichiatrici giudiziari³³. Sembrerebbe a questo punto che i tempi siano (fin troppo) maturi per affrontare in maniera strutturale la situazione di quelle “prigioni formalmente amministrative” rappresentate dai Centri di identificazione e di espulsione degli stranieri irregolari, sottratti all’ambito di operatività dell’ordinamento penitenziario³⁴. Un limbo normativo, connotato, di nuovo, da una legge oscura in quanto assente, in evidente contrasto con l’art. 13 Cost.³⁵, con le istanze garantiste amplificate dall’europeizzazione e, a monte, con le più elementari regole di civiltà (dignità) giuridica. “CIE”: ennesimo acronimo che il disvelamento delle etichette condotto nel segno della “materia penale” è in grado di sciogliere in senso garantista³⁶.

4. Lo strano caso della confisca urbanistica: una “pena CEDU” dotata di uno statuto autonomo?

In posizione per certi aspetti mediana rispetto ai due “doppi binari” si collocano le “nuove” forme di confisca che affollano l’ordinamento giuridico italiano e che, pur caratterizzandosi per identico contenuto, risultano inserite in contesti normativo-

³² Corte EDU, Sez. II, 8 gennaio 2013, Torreggiani e a. c. Italia, ric. n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 e 37818/10, in *questa Rivista*, 9 gennaio 2013, con nota di [VIGANÒ, Sentenza pilota della Corte EDU sul sovraffollamento delle carceri italiane: il nostro Paese chiamato all’adozione di rimedi strutturali entro il termine di un anno](#). La traduzione italiana, a cura del Ministero della Giustizia, è disponibile su www.giustizia.it. Si rinvia per tutti a AA. VV., *Il senso della pena. Ad un anno dalla sentenza Torreggiani*, a cura di Ruotolo, Editoriale scientifica, 2014.

³³ La «insopportabile dimensione antiumana degli ospedali psichiatrici giudiziari», per usare le efficaci parole di MOCCIA, *Il volto attuale del sistema penale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2013, fasc. 3, p. 1095.

³⁴ Per un recente affresco della condizione dei CIE si rinvia al *Rapporto sui centri di identificazione e di espulsione in Italia della Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani*, in *questa Rivista*, 7 gennaio 2015, con commento di [LOMBARDI STOCCHETTI, I C.I.E. nel Rapporto della Commissione straordinaria del Senato per la tutela e la promozione dei diritti umani](#).

³⁵ Perentorie al riguardo le conclusioni di [DI MARTINO, La disciplina dei C.I.E. è incostituzionale, in questa Rivista, 11 maggio 2012](#). Sul punto anche CAPUTO, *Giurisprudenza irregolare e immigrazione irregolare*, in *Cass. pen.*, 2013, fasc. 1, pp. 427 e ss.; MASERA e MORELLI, *Stranieri irregolari e misure detentive: una libertà diversa?*, in *Libertà dal carcere. Libertà nel carcere*, cit., pp. 67 e ss.; [PERUGIA, Centri di identificazione e di espulsione: quali diritti per gli immigrati clandestini?](#), in *questa Rivista*, 16 maggio 2013; [GILIBERTO, Quale tutela giurisdizionale della dignità degli stranieri detenuti nei C.I.E.? Una singolare pronuncia del Tribunale civile di Bari](#), *ivi*, 19 febbraio 2014.

³⁶ Sull’equiparazione del trattenimento del soggetto straniero in centri di accoglienza allo stato di detenzione Corte EDU, Sez. I, 11 giugno 2009, ric. n. 53541/07, in www.echr.coe.int e in *Cass. pen.*, 2009, fasc. 10, p. 4037.

sistematici davvero troppo eterogenei perché si possa individuarne una natura giuridica unitaria³⁷. Non è un caso che anche il modello di confisca previsto dall'art. 240 c.p. abbia risentito fin dalla sua introduzione di significative incertezze relative alla collocazione sistematica di una misura di sicurezza dai tratti indubbiamente peculiari³⁸.

Quale efficace sintesi tanto delle tendenze indicate dall'europeizzazione del diritto interno quanto delle difficoltà del dialogo con le Corti nazionali che quelle tendenze dovrebbero assecondare, può certamente portarsi il caso della confisca urbanistica, con particolare riguardo alle questioni giuridiche poste dalla c.d. confisca senza condanna, disposta nonostante l'avvenuta estinzione del reato per prescrizione: una sorta di "sanzione senza illecito" (penale o amministrativo), dalla collocazione a dir poco problematica all'interno di un sia pur ampio diritto punitivo.

L'iter ermeneutico che ha riguardato la confisca attualmente prevista dall'art. 44, secondo comma del d.P.R. n. 380 del 2001 è ormai noto. A fronte di un indirizzo interpretativo sufficientemente consolidato che qualificava la confisca urbanistica come "sanzione amministrativa obbligatoria", indipendente non solo da una sentenza di condanna, ma anche dall'accertamento dell'elemento soggettivo del reato di lottizzazione abusiva, la giurisprudenza di Strasburgo, prima con la sentenza "Sud Fondi"³⁹ e poi con quella "Varvara"⁴⁰, ha ricondotto la misura in questione al novero delle "pene" ricavate da criteri sostanzialistico-funzionali⁴¹. Da questa premessa derivano, secondo la Corte europea, due conseguenze obbligate. La prima (per la verità non così scontata, stando ai precedenti orientamenti della Corte EDU) è quella per cui la "confisca-pena" può applicarsi solo sulla base di un giudizio di responsabilità formulato in riferimento tanto all'elemento oggettivo quanto a quello soggettivo del reato. La seconda, che della prima è il necessario completamento, è quella per cui la "confisca-pena" può essere applicata solo a seguito di una (non meglio precisata) sentenza di condanna.

Potrebbe forse discutersi la condivisibilità delle premesse relative alla natura giuridica della misura in questione, specie in considerazione dei toni asseritivi, a tratti apodittici, con i quali la Corte di Strasburgo ha affermato la natura sostanzialmente penale della confisca urbanistica: circostanza ancor più evidente nella "sentenza Varvara", posto che i giudici di Strasburgo sono intervenuti a seguito delle chiare

³⁷ Sufficiente in questa sede il rinvio a NICOSIA, *La confisca. Le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, 2012.

³⁸ Per tutti TRAPANI, voce *Confisca II) diritto penale*, in *Enc. giur.*, Vol. IV, Treccani, 1988, p. 1.

³⁹ Corte EDU, sez. II, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, ric. n. 75909/01, in *questa Rivista*, 16 maggio 2012, con nota di [BEDUSCHI, Confisca degli "ecomostri" di Punta Perotti: la Corte di Strasburgo condanna l'Italia a versare alle imprese costruttrici 49 milioni di euro a titolo di equa riparazione](#). Per la traduzione italiana, a cura del Ministero della Giustizia, v. www.giustizia.it.

⁴⁰ Corte EDU, sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09., in *questa Rivista*, 5 novembre 2013, con nota di [MAZZACUVA, La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 Cedu](#). La traduzione italiana, a cura del Ministero della Giustizia, è disponibile su www.giustizia.it.

⁴¹ Una più dettagliata ricostruzione, con tutte le doverose precisazioni e i necessari riferimenti, è offerta da [MANES, La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza](#), in *questa Rivista*, 13 aprile 2015.

resistenze mostrate dalla giurisprudenza italiana rispetto alla direzione indicata nel “caso Sud Fondi”⁴². Se tuttavia si conviene che, nell’ottica di un innalzamento del livello di garanzie⁴³, la premessa in questione non possa (o non debba) essere messa in discussione, la soluzione “convenzionalmente conforme” potrebbe essere sintetizzata dal seguente sillogismo: una pena può essere applicata solo a seguito dell’accertamento di un reato al completo dei suoi elementi costitutivi e questo accertamento deve essere contenuto in una sentenza di condanna; la confisca urbanistica è una pena; ergo la confisca urbanistica può essere disposta solo in presenza di una sentenza di condanna che accerti la responsabilità del destinatario della misura.

La Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi sulla questione con la sentenza n. 49 del 2015⁴⁴, non ha ritenuto di seguire simili cadenze sillogistiche. Come già avvenuto nel 2009⁴⁵, il Giudice delle Leggi conclude per l’inammissibilità delle questioni proposte, ma, a differenza della precedente occasione, non rinuncia a più esplicite considerazioni “di merito”⁴⁶. Volendo sintetizzare al massimo una motivazione per la verità assai più complessa⁴⁷, la Corte, pur non mettendo in discussione la natura “sostanzialmente penale” della confisca urbanistica, ritiene ammissibile che la “confisca-pena” resti sottoposta a uno statuto differente rispetto alle altre sanzioni penali e che, in particolare, possa applicarsi anche in assenza di una sentenza di condanna “in senso stretto”. Le conclusioni in questione sono motivate

⁴² Cass., sez. III pen., 4 febbraio 2013, n. 17066, in *Cass. pen.*, 2014, fasc. 10, pp. 3380 e ss., con nota di C. LIVERANI, *La confisca urbanistica tra legalità penale e principio di colpevolezza ex art. 7 CEDU*. Sui dubbi relativi alla natura giuridica della confisca urbanistica è sufficiente il rinvio alla *Opinione in parte concordante, in parte dissenziente del giudice Pinto de Albuquerque*, relativa alla già citata “sentenza Varvara”.

⁴³ Cfr. [Cass., sez. III pen., 30 aprile 2014, n. 20636](#), in *questa Rivista*, 22 maggio 2014, una delle due ordinanze che hanno rimesso la questione della confisca urbanistica alla Corte costituzionale (la seconda è quella di Trib. Teramo, 17 gennaio 2014, in *questa Rivista*, 8 giugno 2014, con nota di [GALLUCCIO, La confisca urbanistica ritorna alla Corte costituzionale](#)): la suprema Corte ha ipotizzato, in direzione esattamente speculare all’usuale equazione “natura penale = innalzamento del livello di garanzia”, che dalla qualificazione della confisca in termini di “sanzione penale” comporterebbe un’assoluta prevalenza del diritto di proprietà, con indebita compressione di altri diritti costituzionalmente garantiti (artt. 9, 32, 41 e 42 Cost.).

⁴⁴ Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, in [www.cortecostituzionale.it](#).

⁴⁵ Corte cost., 16 luglio 2009, n. 239, in [www.cortecostituzionale.it](#).

⁴⁶ Non si è mancato di ritenere che la pronuncia *de qua* assuma le vesti sostanziali di una sentenza interpretativa di rigetto: CIVIELLO, *La sentenza Varvara c. Italia “non vincola” il giudice italiano: dialogo fra Corti o monologhi di Corti?*, in *Arch. pen.*, 2015, fasc. 1, p. 10.

⁴⁷ Si trascureranno in questa sede le considerazioni relative al riferimento compiuto da parte della Corte alla giurisprudenza (vincolante per l’interprete solo in quanto) “consolidata” (punto 7 del Considerato in diritto). Per eterogenee valutazioni della pronuncia si rinvia a [VIGANÒ, La Consulta e la tela di Penelope. Osservazioni a primissima lettura su C. cost., sent. 26 marzo 2015, n. 49, Pres. Criscuolo, Red. Lattanzi, in materia di confisca di terreni abusivamente lottizzati e proscioglimento per prescrizione](#), in *questa Rivista*, 30 marzo 2015; [DI GIOVINE, Antiformalismo interpretativo: il pollo di Russell e la stabilizzazione del precedente giurisprudenziale](#), *ivi*, 12 giugno 2015; [PULITANÒ, Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015](#), *ivi*, 22 giugno 2015; [BIGNAMI, Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente](#), *ivi*, 30 marzo 2015. Sulla questione della “confisca senza condanna” si pronuncerà la Grande Camera della Corte EDU, investita della questione nel [Caso Hotel Promotion Bureau S.r.l. e a. c. Italia, ric. 34163/07](#), *ivi*, 26 marzo 2015.

precisando che il concetto di “condanna”, individuato dal giudice europeo quale necessario presupposto dell’applicazione di una “pena CEDU”, non vada inteso in un’accezione meramente formale, ma, piuttosto, valorizzando la sostanza della pronuncia che di volta in volta viene in considerazione. Alla nozione “non formale” di “pena” fa da *pendant* una nozione altrettanto “non formale” di “condanna”. La sentenza che accerta la prescrizione di un reato, in effetti, «non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità», che anzi si rende necessario qualora si tratti di disporre una confisca urbanistica⁴⁸. L’accertamento in questione ben potrebbe essere considerato sufficiente ai fini dell’applicazione di una “pena CEDU”, senza che dalla “sentenza Varvara” sia possibile estrarre il (differente) principio di diritto per cui l’applicazione della confisca urbanistica debba necessariamente seguire a una sentenza “formalmente” di condanna.

Considerazioni in larga parte analoghe sembrano valere anche per la posizione, rispetto alla confisca urbanistica, di soggetti terzi⁴⁹. A tal proposito, malgrado la questione resti spesso sullo sfondo, le maglie del sillogismo “convenzionalmente orientato” parrebbero ancor più evidentemente stringenti: la responsabilità penale è personale; la confisca urbanistica è una sanzione penale; *ergo* la confisca urbanistica non può applicarsi a soggetti che non siano gli autori del reato. La stessa distinzione tra terzi in buona fede e terzi in mala fede, a ben vedere, risulterebbe priva di giustificazione e di rilevanza, qualora il “terzo in mala fede” non abbia almeno concorso alla lottizzazione abusiva.

Anche in riferimento alla possibile operatività della confisca nei confronti di soggetti terzi la Corte costituzionale si rifugia però in una soluzione di stampo sostanziale, che, in definitiva, produce l’effetto di non mettere in discussione lo *status quo*: se il terzo di buona fede non può in alcun caso subire gli effetti della confisca, la mala fede dello stesso deve essere dimostrata, da parte della pubblica accusa, «attenendosi ad adeguati *standard* probatori e rifuggendo da clausole di stile che non siano capaci di dare conto dell’effettivo apprezzamento compiuto»⁵⁰.

L’impressione, detto altrimenti, è quella per cui la “pena CEDU” risulti caratterizzata da una disciplina autonoma, collocata a mezza via tra la pena formalmente qualificata come tale da parte del legislatore nazionale, e la sanzione

⁴⁸ In senso adesivo ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in www.rivistaaic.it, 2015, p. 2. Sugli aspetti problematici del preteso accertamento di responsabilità contenuto in una sentenza di non doversi procedere per estinzione del reato, invece, CIVIELLO, *La sentenza Varvara c. Italia*, cit., pp. 11-12, secondo il quale, *de iure condito*, l’intervenuta prescrizione del reato precluderebbe al giudice penale l’esercizio di «un potere di mero accertamento “ad altri fini” e, tanto più, ai fini dell’irrogazione di (altre) “pene” quale la confisca urbanistica».

⁴⁹ Sulla questione più diffusamente MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori. Un difficile bilanciamento di interessi*, in *questa Rivista*, 7 luglio 2015 e LIVERANI, *La confisca urbanistica tra legalità penale*, cit., pp. 3395 e ss.

⁵⁰ Corte cost., 14 gennaio 2015, n. 49, cit., punto 5 del *Considerato in diritto*.

(anche sostanzialmente) amministrativa⁵¹. Dalla nozione sostanzialistico-funzionale di “materia penale” si ricaverebbe uno statuto, anch’esso caratterizzato in senso sostanzialistico-funzionale, riferibile a una sanzione che, pur dovendo qualificarsi come “penale” in una prospettiva convenzionale e pur risultando applicata all’esito di un processo penale (a differenza di quanto avviene per le sanzioni CONSOB), non presuppone una sentenza di condanna in senso stretto, non risulta “travolta” dalla prescrizione di quel reato che pure ne costituisce il presupposto applicativo e può avere come destinatari anche soggetti che non siano almeno concorrenti nel reato “accertato”.

Nulla osta, in linea di principio, all’elaborazione di questa categoria intermedia, nell’ottica di una più coerente gradazione degli strumenti offerti dal diritto punitivo⁵². Le distinzioni a livello classificatorio, tuttavia, hanno un senso solo se e in quanto dalle stesse derivino distinzioni di disciplina apprezzabili e, soprattutto, chiaramente individuabili sul piano astratto. In caso contrario si corre il rischio di restare travolti da una poco “prevedibile” logica del caso per caso, suggerita, magari, dalle contingenze proprie di un settore caratterizzato dalla presenza di reati contravvenzionali e da tempi di prescrizione particolarmente esigui.

4. «C’è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d’antico».

Se, dunque, “europeizzazione” può far rima con “razionalizzazione” e se alcuni risultati in termini di semplificazione del sistema sanzionatorio possono già apprezzarsi sul piano applicativo, è innegabile che la nozione autonoma di materia penale rappresenti anzitutto un propulsore in grado di ravvivare il motore ormai immobile (non certo però in senso aristotelico) della penna legislativa. Una visione realistica e disincantata di quella crisi del Parlamento e della legge che a tratti, almeno per ciò che riguarda il diritto penale, parrebbe assumere la consistenza di uno stato vegetativo permanente, fa certo suonare come illuso e/o illusorio qualsivoglia appello a “riforme” che possano davvero meritare questo appellativo. Resta il fatto che la nozione autonoma di “materia penale”, pur imponendo per molti aspetti un’autentica “rivoluzione concettuale”, suggerisca anche il ritorno a un linguaggio fin troppo familiare al vocabolario del penalista nazionale e tradizionale. Il superamento dei “doppi binari” e, più in generale, l’esigenza di razionalizzazione del sistema sanzionatorio, vanno di pari passo con la valorizzazione dell’idea(le) del diritto penale come *extrema ratio* in funzione di garanzia, in grado di individuare un punto di virtuoso equilibrio tra le esigenze di un’emergenza (perenne) e quelle della “deflazione”, così efficacemente sintetizzate dal titolo di questo Convegno.

⁵¹ Cfr. DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo*, cit., p. 16, ad avviso della quale la confisca urbanistica resta, nella visione della Corte, «quantomeno un istituto anfibio (espressivo di una *species* minore di “pena”)».

⁵² DI GIOVINE, *Antiformalismo interpretativo*, cit., p. 17 osserva al riguardo come, anche concordando sul fatto che la confisca costituisca una pena e vada quindi attratta nell’alveo delle relative garanzie, non è ancora detto che rientri in quello delle *super-garanzie* penalistiche.

Attraverso il concetto di *extrema ratio*, in effetti, il diritto penale è chiamato a muovere non solo un “passo indietro”, recuperando il necessario approccio per principi invocato condivisibilmente dal Prof. Palazzo, ma anche un “passo in avanti”, assicurando il necessario apparato di garanzie all’interno dell’indistinto contenitore delle sanzioni amministrative e volgendo lo sguardo altresì ai luoghi di detenzione, intesi, al di là delle qualifiche formali, come tutti i luoghi in cui il soggetto è sottoposto a privazione della libertà personale.

Il tutto entro la cornice di un più ampio “diritto punitivo”, all’interno della quale l’innegabile e sempre più evidente “europeizzazione” del diritto penale si traduca in un convinto recupero dei capisaldi della tradizione liberale, in grado di ricondurre la poco rassicurante e troppo mutevole instabilità del dettaglio alla più solida e affidabile fissità del principio.