

PORTOGALLO: La dichiarazione di incostituzionalità del reato di arricchimento ingiustificato *

di Giovanni Vagli
(10 agosto 2015)

1.- La sentenza n. 377/2015 ha avuto luogo in seguito ad una richiesta di controllo preventivo inoltrata dal Presidente della Repubblica (PR) al Tribunale costituzionale (TC)¹.

Le norme di cui si è chiesta la verifica di incostituzionalità erano contenute nel Decreto n. 369/XII dell'Assemblea della Repubblica²; esse andavano ad inserire una nuova fattispecie normativa rispettivamente nel Codice penale e nella legge 16 luglio 1987, n. 34 e successive modifiche, relativa al regime dei reati di responsabilità dei titolari di cariche pubbliche.

Vediamo il contenuto delle norme in questione.

Nuova norma del Codice penale³:

Articolo 335.º-A Arricchimento ingiustificato

1- Chi, per sé o per interposta persona, fisica o giuridica, acquisisce, possiede e detiene patrimonio incompatibile con i propri redditi e beni dichiarati o che debbano essere dichiarati è punito con una pena detentiva sino a 3 anni.

2- Le condotte previste nel comma precedente costituiscono attentato contro lo Stato di diritto democratico, aggrediscono gli interessi fondamentali dello Stato, la fiducia nelle istituzioni e nel mercato, la trasparenza, la probità, l'idoneità relativa alla provenienza delle fonti di reddito e di patrimonio, l'equità, la libera concorrenza e l'uguaglianza di opportunità.

3- Agli effetti delle disposizioni del 1º comma, per patrimonio s'intende tutto l'attivo patrimoniale netto esistente nel Paese o all'estero, compreso il patrimonio immobiliare, di quote, azioni o parti sociali di capitale di società civili o commerciali, di diritti su barche, aeronavi o autoveicoli, portafogli di titoli, conti correnti bancari, applicazioni finanziarie equivalenti e diritti di credito ed anche spese effettuate per l'acquisizione di beni o servizi o relative liberalità effettuate nel Paese o all'estero.

4- Agli effetti del 1º comma, per redditi dichiarati o che debbano essere dichiarati s'intendono tutti i redditi lordi che constano nelle dichiarazioni presentate agli effetti fiscali, o che debbano constare in esse, ed anche i redditi ed i beni oggetto di qualunque dichiarazione o comunicazione obbligatoria ai sensi di legge.

5- Se il valore di incompatibilità di cui al 1º comma non eccede 350 salari minimi mensili⁴, la condotta non è punibile.

* Scritto sottoposto a *referee*.

¹ Ai sensi dell'art. 280, 1º comma, della Costituzione portoghese (CRP) e degli artt. 51, 1º comma, e 57, 1º comma, della legge n. 28/82 e successive modifiche (Organizzazione, Funzionamento e Processo del Tribunale costituzionale, abbreviato LOTC).

² L'Assemblea della Repubblica è il Parlamento portoghese; il Decreto citato nel testo è consultabile in <http://www.parlamento.pt>.

³ Traduzione nostra, come tutte le altre presenti nel testo.

⁴ In questo momento la retribuzione minima mensile portoghese è di 505,00 euro (attualizzazione effettuata tramite il Decreto-Legge del Ministero della Solidarietà, Lavoro e Previdenza Sociale n. 144/2014, che prevede che tale importo si mantenga sino al 31 dicembre 2015 [art. 1]).

6- Se il valore di incompatibilità di cui al 1° comma eccede 500 salari minimi mensili, la pena detentiva sarà da 1 a 5 anni.

Nuova norma della legge n. 34/87:

*Articolo 27-A
Arricchimento ingiustificato*

1- Il titolare di carica politica o di alta carica pubblica⁵ che, durante il periodo di esercizio delle funzioni pubbliche o nei tre anni successivi alla cessazione di tali funzioni, per sé o per interposta persona, fisica o giuridica, acquisisce, possiede o detiene patrimonio incompatibile con i propri redditi e beni dichiarati o che debbano essere dichiarati è punito con una pena detentiva sino a 5 anni.

2- [omissis]⁶.

3- [omissis]⁷.

4- [omissis]⁸.

5- Se il valore di incompatibilità di cui al 1° comma non eccede 100 salari minimi mensili, la condotta non è punibile.

6- Se il valore di incompatibilità di cui al 1° comma eccede 350 salari minimi mensili, la pena sarà da 1 a 8 anni.

2.- Le norme hanno un contenuto sostanzialmente analogo, con l'unica differenza consistente in pene più gravi per i titolari di carica pubblica o politica, per i quali, inoltre, la comminazione sarebbe avvenuta in condizioni di incompatibilità reddituale più ristrette.

L'approvazione parlamentare di tali disposizioni è avvenuta nell'ambito di un programma politico specificamente rivolto a contrastare irregolarità di natura economica; in effetti, una norma simile era già stata adottata attraverso il Decreto n. 37/XII⁹, contemplante il reato di *arricchimento illecito*, che tuttavia aveva subito la bocciatura preventiva da parte dello stesso Tribunale costituzionale¹⁰.

Le differenze tra i due decreti vengono sommariamente elencate dallo stesso TC nella sentenza in causa: il Decreto n. 37/XII prevedeva l'introduzione di 3 tipologie legali di reato, mentre il Decreto n. 369/XII ne introduceva solo due, essendosi eliminata l'incriminazione in modo autonomo dei funzionari; il primo Decreto designava le nuove fattispecie come *arricchimento illecito*, il secondo come *arricchimento ingiustificato*; confrontando i due diversi reati si evince che è stato eliminato il riferimento all'assenza di origine lecita determinata, è stata tolta l'espressione «se pena più grave non possa essere applicata in virtù di altra disposizione legale», il concetto di *beni legittimi* è stato sostituito da quello di *beni dichiarati o che debbano essere dichiarati*; nel caso

5 L'elenco delle cariche politiche e pubbliche ai sensi della legge in questione viene fornito, rispettivamente, dagli articoli 2 e 3 della stessa legge, ai quali si rimanda.

6 Identico al 2° comma dell'art. 335-A c.p..

7 Identico al 3° comma dell'art. 335-A c.p..

8 Identico al 4° comma dell'art. 335-A c.p..

9 Consultabile al sito www.parlamento.pt.

10 Sentenza n. 179/2012 (tutte le decisioni del TC sono consultabili al sito www.tribunalconstitucional.pt).

dell'*arricchimento ingiustificato* il legislatore ha indicato i beni giuridici che intende proteggere; infine, è stato eliminato il comma, la cui epigrafe era «Prova», che stabiliva che «Compete al Pubblico Ministero, ai sensi del Codice di Procedura Penale, provare tutti gli elementi del reato di arricchimento illecito», di cui non rimane traccia alcuna nel Decreto più recente.

La dichiarazione di incostituzionalità del reato di *arricchimento illecito* si era fondata sui seguenti elementi: impossibilità di discernere alla base dell'incriminazione un bene giuridico chiaramente definito (con dignità penale); impossibilità di discernere la condotta concretamente proibita; violazione della presunzione di innocenza dell'imputato, derivante dal fatto che la struttura tipica delle norme approvate dal Parlamento conduceva alla presunzione di origine illecita dell'incompatibilità tra il patrimonio e il reddito; la fattispecie costituiva un reato sussidiario.

Gli argomenti utilizzati dal PR nell'istanza di ricorso sono stati sostanzialmente gli stessi utilizzati dal TC nella motivazione della sentenza che aveva dichiarato incostituzionale il reato di *arricchimento illecito*; per quanto il legislatore avesse operato alcune modifiche per il reato di *arricchimento ingiustificato*, la sostanza delle problematiche restava invariata: non veniva punita una condotta o una omissione, bensì una situazione di fatto, violandosi in tal modo il principio della legalità penale di cui all'art. 29 della Costituzione¹¹; le norme ponevano l'imputato nella posizione di dover provare la liceità dell'origine del patrimonio, il che non divergeva da quanto previsto per il reato di *arricchimento illecito*, in apparente violazione della garanzia costituzionale di non auto-incriminazione (*nemo tenetur se ipsum accusare*), il tutto aggravato dalla mancata espressa previsione di possibilità di tale prova; da tale tipologia penale risultava la presunzione della pratica di un reato ed anche l'inversione dell'onere della prova, in violazione del principio costituzionale della presunzione di innocenza¹²; inoltre, l'incriminazione per incompatibilità tra dichiarazione e patrimonio già vigeva nell'ordinamento portoghese, per cui diveniva incomprensibile, e incostituzionale, tale ridondanza normativa per violazione del principio di necessità di cui all'art. 18, 2° comma, CRP¹³.

3.- Il TC ha accolto gli argomenti del ricorso del PR, sebbene dando loro una forma più analitica.

Rifacendosi ad un'ampia giurisprudenza già emanata¹⁴, tale organo ha disquisito sul *principio di necessità della pena*, sostenendo che ai fini di conformità con la Costituzione una nuova tipologia di reato deve in primo luogo esprimere una fattispecie *degnata di tale tipo di tutela*; in secondo luogo il bene giuridico protetto *non deve ancora avere una tutela penalistica, necessitandone*

¹¹ Riteniamo che il PR abbia fatto specifico riferimento al 1° comma dell'articolo in questione, il quale recita «Nessuno può essere condannato penalmente se non in virtù di legge anteriore che dichiari punibile l'azione o l'omissione, né subire misure di sicurezza i cui presupposti non siano fissati in legge anteriore.» (sottolineatura nostra). Come viene evidenziato nell'istanza in questione, «il Diritto penale deve riflettersi e punire condotte o omissioni, ma mai stati o situazioni di fatto, poiché non esiste un Diritto penale del fatto».

¹² Art. 32, 2° comma, CRP.

¹³ «La legge può limitare i diritti, le libertà e le garanzie solo nei casi previsti dalla Costituzione, dovendo tali restrizioni limitarsi a quanto necessario per salvaguardare altri diritti o interessi costituzionalmente protetti.»

¹⁴ Le sentenze citate sono le seguenti: n. 25/84, n. 85/85, n. 347/86, n. 634/93, n. 650/93, n. 83/95, n. 211/95, n. 527/95, n. 1142/96, n. 274/98, n. 480/98, n. 108/99, n. 604/99, n. 312/00, n. 95/01, n. 99/02, n. 22/03, n. 295/03, n. 376/03, n. 494/03, n. 403/2007, n. 605/2007, n. 595/2008, n. 577/2011, n. 128/2012 e n. 105/2013.

l'instaurazione; in pratica, per approvare un nuovo reato «deve osservarsi una stretta analogia tra l'ordinamento assiologico costituzionale e l'ordinamento legale dei beni giuridici-penali»; inoltre, le norme penali nell'ambito delle quali non sia possibile «distinguere un bene giuridico-penale *chiaramente* definito» sono nulle, perché materialmente incostituzionali. Dato che costituisce il ramo giuridico che più limita i diritti e le libertà fondamentali, il Diritto penale ha la funzione di *ultima ratio*, ovvero deve intervenire al fine di proteggere beni giuridici solo laddove «non sia possibile ricorrere ad altre misure di politica sociale ugualmente efficaci, ma meno violente»; quindi, ai sensi dell'art. 18, 2° comma, CRP l'introduzione di norme penali deve essere «sempre *sussidiaria e frammentaria*» e deve essere evitata quando non sia sicuro che non sussistano altri mezzi di diversa natura meno gravosi per ottenere gli obiettivi che ispirano l'intervento del legislatore.

Intimamente connesso col *principio di necessità della pena* vi è quello di *legalità della pena* (e del reato), espresso nel brocardo latino *nullum crimen, nulla poena, sine lege praevia et certa*, espresso nell'art. 29, 1° comma, CRP.

La norma penale deve essere *certa*, ossia espressa con la massima chiarezza, in quanto «la punizione deve incidere su un comportamento specifico e sufficientemente descritto di un determinato agente, comportamento che si tradurrà in una certa e determinata azione o in una certa e determinata omissione, che a tale agente possano essere imputate.» Come lo stesso TC aveva già espresso nella sentenza n. 168/99, «verificare l'esistenza di una violazione del principio di tipicità, in quanto espressione del principio costituzionale della legalità, equivale a verificare la conformità della norma penale [applicabile] con il grado di determinazione esigibile, affinché essa possa adempiere alla sua funzione specifica, che è quella di orientare le condotte umane, prevenendo la lesione di beni giuridici rilevanti. Se la norma incriminatrice è incapace di definire con sufficiente chiarezza ciò che è o non è l'obiettivo della punizione, diviene costituzionalmente illegittima».

In conseguenza di ciò, «il legislatore che sceglie di fissare nuove tipologie penali – al fine di dare luogo ad una determinata politica penale – non può approvare tali norme in modo tale da presumersi il compimento del reato ... A ciò si oppone l'art. 32, 2° comma, CRP che accoglie il principio di presunzione di innocenza, principio che – sebbene protrato nelle regole processuali di proibizione di auto-incriminazione dell'imputato e dell'inversione dell'onere della prova – ha come primo destinatario non solo il legislatore delle norme processuali, ma innanzitutto, come nel caso di specie, ciò che definisce sostanzialmente le nuove tipologie penali».

Sulla base dei tre principi su espressi (necessità della pena, legalità della pena e presunzione di innocenza dell'imputato) il TC ha svolto la propria analisi di conformità con la Costituzione delle norme indicate all'inizio.

4.- Per quanto l'analisi sia stata svolta in modo separato per le due norme in causa, va sottolineato che la stessa ha avuto una maggiore estensione per l'art. 335-A c.p., dato che ha preceduto l'altra disposizione nella verifica effettuata dall'organo giurisdizionale di controllo, il quale ha poi sostanzialmente applicato gli stessi argomenti all'art. 27-A della legge n. 34/87, cui sono stati tuttavia dedicati alcuni passaggi specifici e inerenti alle differenze

di contenuto¹⁵. Pertanto, riteniamo che si possa fare un'unica esposizione delle motivazioni che hanno condotto il TC alla dichiarazione di incostituzionalità delle norme in esame.

Ciò che si evince *prima facie* dai testi in questione è che sia evidente che «il legislatore non ha adempiuto al dovere ... di identificare con la massima precisione ... il fatto volontario che considera punibile. La descrizione dell'illecito penale ... non si conforma ... con le esigenze derivanti dal principio costituzionale della *lex certa* ... in primo luogo, al considerare come punibile una mera variazione patrimoniale o un'incongruenza tra due grandezze – il patrimonio “detenuto” e quello soggetto a dichiarazione – non viene identificato il concreto “comportamento”, attivo o omissivo, al quale si associa il giudizio penale di demerito. L'esigenza derivante dall'art. 29, 1° comma, CRP, secondo il quale “nessuno deve essere giudicato se non in virtù di legge ... che dichiari punibile l'azione o l'omissione ...” non viene rispettata. Ciò che l'art. 335-A ... intende penalizzare si confonde con uno *stato di cose riferito ad una situazione oggettiva d'incompatibilità*. Di fronte a tale deficienza nella costruzione legislativa della tipologia, ... si resta ... senza sapere in cosa consiste, con il minimo di determinazione esigibile, il fatto volontario punibile, in modo che con la previsione penale si possano armonizzare i comportamenti dei cittadini. ... / ... in secondo luogo permangono incertezze e dubbi quanto al significato che deve essere attribuito ai requisiti dai quali dipende l'adempimento della tipologia penale, o, il che è la stessa cosa, le condizioni che debbono essere soddisfatte affinché, ritenendosi il reato perfetto, relativamente ad esso possa dedursi l'accusa. ... / Essendo due gli elementi dell'illecito – (i) il patrimonio acquisito, posseduto o detenuto; (ii) incompatibilità tra esso e quello soggetto a dichiarazione – sembra essere sicuro che il fulcro della censura penale si troverà nella verifica dell'“incompatibilità” tra le due grandezze. Avevamo già evidenziato questo punto. Nondimeno, ciò che adesso conviene notare è che non ci sono certezze in merito a ciò che si debba intendere per “incompatibilità”. Il TC prosegue poi affermando che «Dato che i lavori preparatori ... rivelano che il legislatore, che ha inteso approvare la tipologia penale dell'*arricchimento ingiustificato* in contrapposizione o per differenziarla rispetto alla precedente tipologia dell'*arricchimento illecito*, ha eliminato di proposito dai termini in cui descrive il nuovo illecito i riferimenti prima esistenti *all'assenza di origine lecita determinata dei beni e redditi* o ai *beni legittimi*, deve dirsi allora che la nuova tipologia di reato, delineata con maggiore ampiezza, si realizza con la mera verifica di un'incompatibilità quantitativa tra il patrimonio “detenuto” ed i beni “dichiarati” o che debbano esserlo. E ciò indipendentemente dai motivi, leciti o illeciti, che possano giustificare la citata variazione patrimoniale, dato che l'inclusione di questi elementi *valorativi* nella descrizione tipica di ciò che è ora incriminato è stata evitata di proposito. “Incompatibilità”, in questa accezione, sarebbe così un elemento tipico strettamente *descrittivo*.» Per di più, «Data l'ampiezza della disposizione, può succedere che la variazione patrimoniale verificata riveli una pratica illecita, che si traduce nella prestazione di dichiarazioni mendaci o senza corrispondenza con la realtà. Tuttavia, in questa situazione sarà una la censura che il “comportamento” tipico meriterà dal diritto e che si concretizzerà nella

¹⁵ Il TC ha evidenziato pure una differenza tra l'art. 27-A della legge n. 34/87 e gli altri reati di responsabilità *ivi* previsti: questi ultimi si riferiscono sempre e solo al periodo di esercizio della carica, l'art. 27-A fa invece riferimento pure ai tre anni successivi alla cessazione della stessa.

fattispecie del reato di frode fiscale (articoli 103 e 104 del Regime Generale delle Infrazioni Tributarie). Potrà anche succedere che, incluse nella tipologia dell'*arricchimento ingiustificato* descritto in modo così lato, si trovino variazioni patrimoniali che rivelino un aumento della ricchezza ottenuto mediante attività che, implicando corruzione, quale fenomeno lato di cattura privata di beni che dovrebbero essere usufruiti dalla comunità, ledano il "valore" della fiducia, così come il legislatore lo ha tracciato identificando le ragioni che, a suo avviso, giustificerebbero l'incriminazione. Ma l'intenso giudizio di demerito che in questo caso l'"azione" meriterà dal diritto potrà già decorrere, per esempio, dalla fattispecie del reato di riciclaggio (art. 368-A del Codice penale).»

Tutti gli esempi su citati servono al TC per dimostrare come «all'eterogeneità delle situazioni di vita che potranno essere comprese nella lata disposizione dell'art. 335-A, 1° comma, corrisponderanno distinti giudizi di demerito giuridico. L'illegittimità di tutte queste situazioni in un'unica e indifferenziata reazione del diritto – dotata di un'intensità che è propria dell'intervento penale – rende essa pure incomprensibile il senso dell'incriminazione. Così, anche per questo motivo la norma incriminatrice non riesce a definire in cosa consiste l'oggetto della punizione con la chiarezza che esige l'art. 29, 1° comma, CRP.»

Infine, il TC sostiene che «tutto indica che si considererà *consumato* il reato al verificarsi di questi due elementi: da una parte, il patrimonio detenuto, posseduto o acquisito; dall'altra, l'incompatibilità tra esso e quello soggetto a dichiarazione. ... Presumendosi in tal modo il compimento del reato, ricadrà sull'agente l'onere di giustificare la verificata variazione patrimoniale, nell'ambito del processo instaurato contro di lui. E ciò significa che, nella formulazione della tipologia criminale e nel modo in cui essa è stata costruita, è stato contraddetto il principio di presunzione di innocenza (art. 32, 2° comma, CRP), inteso nella sua dimensione sostanziale quale vincolo per il legislatore penale.»

5.- Sono state presentate da parte di 5 giudici¹⁶ le rispettive opinioni concorrenti, dalle quali tuttavia non si estrapolano interessanti argomenti di riflessione; in generale si può dire che, pur concordando essi col valore incostituzionale delle disposizioni analizzate, a loro parere non è stata evidenziata in modo sufficiente la differenza intercorrente tra le due norme, in particolare per ciò che concerne la distinta posizioni giuridico-sociale tra privati, cui si riferisce l'art. 335-A c.p., e titolari di cariche pubbliche o politiche, cui invece si riferisce l'altra norma, per i quali, in virtù di un dovere di pubblicità dei redditi, una discrepanza tra quanto dichiarato o dichiarabile e quanto effettivamente posseduto, detenuto o acquisito, costituiva un valore rilevante. Solo in un caso si è ritenuto violato il mero principio di presunzione di innocenza, ma non gli altri, in quanto l'"epurazione" normativa effettuata rispetto al precedente reato di *arricchimento illecito* avrebbe eliminato gli altri difetti presenti al relativo interno¹⁷.

6.- Ciò che si può ricavare da questa decisione è che il Parlamento portoghese sia impegnato in una politica tesa a combattere con ogni mezzo i

¹⁶ I giudici costituzionali in causa sono i seguenti: Maria Lúcia Amaral e Pedro Machete (che hanno presentato insieme un'unica dichiarazione), Lino Rodrigues, Fernando Vaz Ventura e Carlos Fernandes Cadilha.

¹⁷ Di tale avviso è stato C. Fernandes Cadilha.

proventi illeciti, non solo al fine di incrementare le entrate dello Stato, ma anche di eliminare, o quanto meno ridurre, gli abusi di chi si trova in una posizione di vantaggio, in virtù della carica politica o amministrativa occupata. Tuttavia, questa politica appare alquanto confusa, senza una definizione adeguata alla funzione che invece dovrebbe assumere alla luce di un così importante ruolo; in tal modo, riesce solo a produrre norme che ricalcano contenuti già previsti da altre disposizioni, senza riuscire a creare fattispecie penalistiche nuove, degne di tale funzione. Per giunta, sembra dimenticarsi dell'importanza di altri principi costituzionali, tra questi in primo luogo quello della presunzione di innocenza, che costituiscono un cardine dell'ordinamento democratico. Il legislatore sembra dare un'importanza eccessiva alle esigenze politico-economiche del Paese a scapito dei diritti dei cittadini in un ambito così importante come quello costituito dalla materia del Diritto penale.

A tal fine, è da apprezzare non solo l'operato del Tribunale costituzionale, quale garante di tali principi fondamentali, ma anche di altri organi politici, come, nel caso di specie, il PR, senza la cui sensibilità ed attività non sarebbe possibile arrivare a questi risultati, in quanto, non dimentichiamoci, il TC non gode di nessun potere di iniziativa processuale d'ufficio.

La sinergia tra vari e distinti organi dello Stato ha permesso ancora una volta la salvaguardia di principi costituzionali fondamentali, il cui rispetto a volte pare costituire un mero "optional", soprattutto in specifici momenti di crisi economico-istituzionali; il valore della Costituzione deve invece essere assoluto e non piegarsi a mere esigenze contingenti e temporanee, che rischierebbero di renderla un puro accessorio normativo, privandola di tutta la sua importanza garantistica.