

INDICE

	pag.
Introduzione	6
 <u>Capitolo I "La confisca <i>in codice</i> ed <i>extra codicem</i>"</u> 	
1. La confisca nell'art. 240 c.p.	12
1.1. Premessa	12
1.2. La confisca facoltativa	13
1.2.1. Gli <i>instrumenta sceleris</i> : è escluso il reato colposo?	15
1.2.2. La confisca del prodotto e del profitto e il nesso di pertinenzialità	19
1.3. La confisca obbligatoria	21
1.3.1. L'avverbio "sempre" e il necessario presupposto della sentenza di condanna	25
1.3.2. (segue) La confisca e l'estinzione del reato, in particolare l'amnistia	26
1.4. La tutela del terzo e il concetto di appartenenza	30
1.5. Può una cosa essere pericolosa?	33
2. Alcune ipotesi speciali di confisca	35
2.1. La confisca <i>ex art. 416 bis</i> comma 7 c.p	37
2.2. La confisca per il reato di contrabbando	39
2.3. La confisca e la lotta all'abusivismo edilizio	44
2.4. La confisca tra oscillanti istanze di sicurezza stradale	48
3. La confisca per equivalente: uno strumento elastico contro la criminalità del profitto	54
3.1. La prima ipotesi: la confisca per equivalente nel delitto d'usura	58
3.2. L'art. 322 <i>ter</i> c.p.	59
3.2.1. L'art. 322 <i>ter</i> e i reati tributari	66
3.3. Un punto fermo: la necessaria sussidiarietà della confisca di valore...	67
3.4. ... e una questione aperta: sono compresi i vantaggi immateriali?	69

4. La confisca nella responsabilità amministrativa da reato degli enti	72
4.1. <i>Nettoprinzip</i> o <i>Bruttoprinzip</i> ? (rinvio)	75
5. La confisca per sproporzione: quando le mafie si vincono (soprattutto) da un punto di vista economico	76
5.1. Dalle ceneri dell'art. 12 <i>quinquies</i> d.l. n. 306/1992	79
5.2. Dal reato di sospetto (o sospetto di reati) alla "pena" del sospetto	81
5.3. I presupposti applicativi della misura	83
5.4. L'eclissi del nesso di pertinenzialità	87
5.5. Le novità del decreto sicurezza del 2008	90
6. La confisca di prevenzione (antimafia)	92
6.1. Il sistema pre-riforma 2008-2009	94
6.1.1. I destinatari della misura	94
6.1.2. I presupposti applicativi della misura	95
6.1.3. La questione del "defunto" e altre simili pulsioni verso l'oggettivizzazione della confisca di prevenzione	98
6.2. Il sistema post-riforma 2008-2009: il definitivo (?) affrancamento delle misure cautelari reali da quelle personali	101
6.2.1. I destinatari della misura	102
6.2.2. I presupposti applicativi della misura	103
6.3. Ulteriori novità	108
6.3.1. L'introduzione di una forma di confisca per equivalente	108
6.3.2. Il sistema delle presunzioni nei confronti dei terzi	109
7. La confisca nel Codice Antimafia	110

Capitolo II "La natura giuridica della confisca: un Giano (più che) bifronte"

1. Perché classificare	115
2. Sanzione penale, sanzione amministrativa	119
3. Cosa distingue pena, misura di sicurezza, misura di prevenzione. Sul perché dell'istituzione del doppio binario, in breve	125

4. Lo statuto speciale della confisca. Critica alla qualificazione legislativa come misura di sicurezza	134
5. Il patriarca è ormai tramontato: le tendenze nella legislazione <i>extra art. 240</i>	141
6. La qualificazione della giurisprudenza: <i>tertium genus</i> o <i>tertium non datur</i> ?	152
7. La prudenza della Corte costituzionale	159
8. Il nuovo ruolo della Corte e.d.u.	168
8.1. Perché anche la CEDU?	168
8.2. La nozione di sanzione penale	175
8.3. La confisca nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo	179
9. Alcune considerazioni finali	183

Capitolo III "I diritti fondamentali di fronte alla confisca"

0. Introduzione: quando l'unione fa la forza	189
1. Il diritto di proprietà (art. 42 Cost., art. 1 Prot. 1 CEDU): il figlio di un dio minore	194
1.1. Funzione sociale, utilità pubblica, interesse generale: la violabilità del diritto di proprietà	196
1.2. La confisca <i>versus</i> il diritto di proprietà: le indicazioni della giurisprudenza ordinaria, costituzionale, convenzionale sul <i>fair balance</i> tra diritto di proprietà e contrasto della criminalità	201
1.3. Due punti fermi per una possibile composizione del conflitto	207
2. Il principio d'irretroattività delle pene	211
2.1. L'art. 25 co. 3 Cost (e l'art. 200 c.p.)	211
2.2. Le conseguenze della qualificazione della confisca sulla sua applicazione retroattiva	217
2.3. L'art. 7 CEDU e il caso <i>Welch</i>	222
2.4. La <i>ratio</i> di garanzia del principio d'irretroattività. Conclusioni	225
3. Il principio di personalità della responsabilità penale	228

3.1. La responsabilità per fatto proprio nella Costituzione e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 27 co. 1 Cost., art. 6 § 2 CEDU)	228
3.2. Il principio di personalità nell'art. 240 c.p.	232
3.3. Tra opportuna diffidenza e necessario garantismo	235
3.4. La confisca sanzione "reale" e la tutela del terzo in buona fede tra italianità e internazionalità	240
3.5. In particolare il caso del contrabbando. Responsabilità oggettiva o agevolazione colposa?	243
4. Il principio di colpevolezza: la sua necessità...	252
4.1. ...e il suo faticoso riconoscimento: nella Costituzione (art. 27 co. 1 e 3 Cost.)...	255
4.2. ...e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6 § 2 CEDU)	260
4.3. Colpevolezza e confisca nel nuovo corso della Corte europea: la sentenza <i>Sud Fondi</i>	262
5. Il principio di proporzionalità delle pene	267
5.1. Premessa: il principio di proporzione in generale	267
5.2. Il principio di proporzione in campo penale (artt. 3 e 27 co. 1 e 3 Cost.)	270
5.3. Breve introduzione ai rapporti tra confisca e principio di proporzionalità delle pene	276
5.4. Confisca per equivalente, concorso di persone nel reato e proporzionalità delle pene	277
5.5. Confisca al lordo o confisca al netto?	284
6. L'aggressione ai patrimoni illecitamente accumulati <i>versus</i> personalità, colpevolezza, proporzionalità delle pene	297
7. La presunzione d'innocenza (art. 27 co. 2 Cost e art. 6 § 2 CEDU)	314
7.1. <i>Nulla poena sine iudicio</i> ovvero non c'è confisca senza condanna (definitiva?)	315
7.1.2. Alcune considerazioni <i>de iure condendo</i>	327
7.1.3. La nuova confisca di prevenzione	329
7.2. <i>In dubio pro reo</i>	332
7.2.1. La posizione di dottrina, Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo	333

7.2.2. L'onere della prova e la confisca (<i>in dubio contra reum?</i>)	339
7.2.3. Conclusioni	346

Appendice: "Uno sguardo all'Europa"

1. L'interesse per la confisca nelle fonti internazionali	350
2. Le decisioni-quadro relative alla confisca	353
3. Differenze e analogie tra le confische europee e quelle italiane	361
4. Dal terzo pilastro al diritto dell'Unione: dove ci porta Lisbona?	372

Conclusioni "Il volto costituzionale delle pene sotto il bisturi dell'efficienza" (quando le garanzie sovranazionali possono salvare la faccia)	378

Bibliografia	387

INTRODUZIONE

L'articolo che il codice penale dedica all'istituto della confisca chiude il I libro, consacrato, come noto, ai reati in generale. Essa è quindi collocata in fondo alla parte generale della sistematica penale, all'interno del Titolo VIII, dedicato alle misure di sicurezza, ossia a istituti che, nonostante siano stati e siano tuttora oggetto di un intenso dibattito dottrinale, non hanno mai riscosso particolare successo, al di là delle discussioni teoriche. E tra le misure di sicurezza, la confisca è disciplinata per ultima, preceduta anche dalla cauzione di buona condotta, l'altra misura di sicurezza patrimoniale.

La collocazione nel codice del 1930 non corrisponde all'importanza assunta da quest'istituto nel dibattito dottrinale più recente, negli intenti di politica criminale del legislatore e nell'applicazione quotidiana del diritto. Non si vuole dire con questo che dalla collocazione di un istituto si possano desumere considerazioni sul suo valore, ma se si considera tanto la posizione quanto la disciplina codicistica della confisca, non se ne può che arguire che le maglie in cui è stata compressa sono anguste. E da quest'angustia la confisca non ha fatto altro che fuggire nella legislazione *post* 1930: essa ha col tempo rotto le catene che le assegnavano un ruolo assai riduttivo nel contrasto alla criminalità, per diventare uno degli strumenti principali e più efficienti con cui combattere alcune fenomenologie criminali. In particolare, la confisca è uno degli strumenti più importanti con cui contrastare le forme di criminalità economica, dal momento che incide sul movente principale che le spinge a delinquere, vale a dire il conseguimento di un profitto illecito, e tra esse in particolare la criminalità d'impresa – quella propria delle persone giuridiche – e la criminalità organizzata. Nei confronti di quest'ultima si può dire davvero che la confisca, molto più delle pene personali, è lo strumento in grado di sradicarla (proprio perché lo fa economicamente): la vita del "mafioso" è appetibile anche perché costituisce una valida alternativa fatta di ricchezza, potere e considerazione sociale in contesti in cui l'alternativa lecita è tutt'altro che invitante, quando non assente o, in ogni caso, difficoltosa. Più che la reclusione del singolo mafioso, che verrà presto rimpiazzato da un nuovo affiliato, è l'espropriazione dei beni mafiosi che

priva di attrattiva la strada dell'illegalità perché fa svanire il sogno fatto di ricchezza, potere e considerazione sociale.

Nell'uscire dall'angolo, però, quest'istituto ha sostanzialmente stravolto la sua fisionomia originaria (secondo qualcuno tornando all'antico), cambiando faccia più volte, arricchendosi di costituenti e finalità insperati. Questo ha portato talvolta la confisca a stridere con le garanzie che proteggono l'individuo in campo penale, poiché l'arricchimento di nuovi costituenti e finalità deve fare i conti con la fisionomia originaria dell'istituto, che resta ancorata alla collocazione codicistica e che non può essere sottoposta a continue e divergenti tensioni senza contrastare con i principi fondamentali del diritto penale

Queste sono le ragioni che hanno portato alla scelta del tema del presente lavoro. Si tratta infatti di un istituto che, se si guarda alla parte generale del codice, non merita generalmente più di due pagine nella manualistica; ma che, se si allarga lo sguardo alla parte speciale e alla legislazione *extra codicem*, si fa ben notare tanto è frequente e tanto è pieno di spunti riflessivi interessanti che segnano la distanza dal modello originario e ne modificano la natura giuridica di misura di sicurezza; e nel segnare la distanza dal modello, le nuove confische talvolta si dimenticano di rispettare i *diritti fondamentali* dell'individuo in campo penale. Questi attriti con le garanzie individuali non possono essere ignorati basandosi sulla riduttiva collocazione e considerazione tradizionale della confisca, ma devono essere esaminati con attenzione alla luce delle modificazioni che comportano sulla natura giuridica dell'istituto e vista la frequenza con cui quest'istituto è applicato dalla giurisprudenza e con cui comincia ad attirare l'attenzione delle Corti che tutelano i diritti individuali.

Il lavoro sarà così suddiviso.

Nel **primo capitolo** si esporranno acriticamente le ipotesi più significative di confisca presenti nel nostro ordinamento, soffermandoci in particolare sugli aspetti più interessanti e controversi rispetto ai quali più si discute sulla loro conformità ai principi fondanti del diritto penale. Si partirà da un'analisi della confisca come disciplinata dall'art. 240 c.p., il quale detta la disciplina generale dell'istituto che deve essere conosciuta per comprendere le distanze che la legislazione speciale segna rispetto a essa (par. 1). Si passerà poi a esaminare alcune ipotesi speciali di confisca

(par. 2) che, pur non troncando del tutto ogni legame con la confisca di parte generale, presentano alcuni elementi differenziali che ne mutano sostanzialmente la natura e che verranno ripresi e accentuati nelle ipotesi che vaglieremo in seguito. Nel paragrafo successivo si presenterà la confisca di valore (par. 3), una forma d'ablazione che comincia a essere presente nel nostro ordinamento con una certa frequenza, oggetto di interesse da parte delle fonti internazionali ed europee (che hanno invitato i legislatori nazionali ad adottarla) vista l'elasticità con cui consente di contrastare la criminalità del profitto. Poi, passeremo a esaminare la confisca prevista nel sistema di responsabilità da reato degli enti (par. 4): anche qui si trova la confisca di valore, ma soprattutto sono previste diverse ipotesi d'ablazione, con finalità e presupposti diversi e, circostanza questa da sottolineare fin d'ora, la confisca è annoverata esplicitamente tra le sanzioni principali applicabili agli enti. Nel paragrafo seguente si vaglierà la confisca allargata definitiva (par. 5), una delle forme più interessanti d'ablazione, data la sua abissale distanza col modello e visto il ruolo preminente (che mal s'attaglia con la riduttiva classificazione come misura di sicurezza) da essa assunto nel contrasto alla criminalità organizzata. Il paragrafo successivo sarà dedicato a un'ipotesi tutta italiana di confisca (par. 6), quella di prevenzione, che s'inserisce nel sistema della prevenzione *ante delictum* e segna la sua differenza con tutte le altre ipotesi osservate finora, per la mancanza di uno degli ultimi *trait d'union* rimasti alle altre forme, quello di avere la condanna per un reato come presupposto indefettibile. Infine, si getterà uno sguardo sulla disciplina della confisca – in particolar modo quella di prevenzione – come disciplinata dal Codice antimafia (par. 7), recentemente entrato in vigore.

Dopo questo *excursus*, nel **capitolo secondo** si affronterà la *vexata quaestio* della natura giuridica della confisca; quest'istituto, relegato dagli autori del codice tra le misure di sicurezza, presenta già nella sua versione codicistica degli elementi che lo allontanano, e di molto, dalle altre misure di sicurezza (par. 4). E questa distanza è cresciuta fino a farsi incolmabile nelle ipotesi successive, nelle quali la confisca vira (o torna) decisamente verso il suo archetipo sanzionatorio. La discussione sulla natura giuridica della confisca non vuole essere un mero esercizio di stile: dalla sua qualificazione come misura di sicurezza o come pena discendono importanti conseguenze, circa la necessità che anch'essa rispetti le prescrizioni che s'impongono

al legislatore – perché a imporsi sono i diritti individuali in campo penale protetti da tali prescrizioni – quando introduce sanzioni penali. Si cercherà anzitutto di cogliere quali siano le differenze – in termini di teoria della pena – tra misure di sicurezza e pene, per comprendere poi se la confisca s'avvicini più alle une o alle altre (par. 2 e 3). Si è scelto di presentare distintamente le posizioni dei tre attori nazionali (dottrina – par. 5 – giurisprudenza ordinaria – par. 6 – Corte costituzionale – par. 7) ossia di non trattare la posizione dei tre distinguendo – come d'abitudine – a seconda delle diverse ipotesi di confisca, perché nelle posizioni assunte da ciascun attore su ogni e diversa ipotesi di confisca, è possibile cogliere un elemento comune che caratterizza l'atteggiamento complessivo di ciascuno di fronte al problema della classificazione: più spregiudicata la dottrina, utilitaristica la giurisprudenza ordinaria, più timorosa la Corte costituzionale. Il capitolo concluderà con l'entrata in scena della Corte europea dei diritti dell'uomo (par. 8). Questo per due ordini di ragioni: da un lato, perché anche la Convenzione europea contiene delle norme che regolano la potestà punitiva dello Stato, e dal momento che essa ha un rango sovraordinato rispetto alle leggi ordinarie, le norme penali devono rispettare anche le prescrizioni stabilite da questa in campo penale; quindi anche la Corte europea ha voce in capitolo. Dall'altro lato, perché l'atteggiamento della Corte e.d.u teso a garantire effettività ai diritti stabiliti dal testo soggetto alla sua cura è quello che si è finora dimostrato più attento a far affiorare la vera natura giuridica della confisca qualora una classificazione truffaldina mascherasse una violazione delle garanzie individuali.

Infine il **capitolo terzo** sarà dedicato ai complicati rapporti tra la confisca e i principi fondamentali che regolano le sanzioni penali. Tali principi saranno esposti tanto nella loro versione costituzionale quanto nella loro versione convenzionale e si cercherà di cogliere quale delle due versioni assicuri, rispetto alla confisca, la massima garanzia per l'individuo. Si è scelto però di partire da un'analisi del diritto di proprietà (par. 1), per chiarire che, quando con la confisca si viola uno di quei principi fondamentali, e quindi si applica illegittimamente una sanzione penale, si restringe illegittimamente il diritto di proprietà che, per quanto diritto comprimibile, è e resta un *diritto individuale fondamentale*. Si tratterà del principio d'irretroattività delle pene (par. 2) e dei principi che fondano l'individualità della responsabilità penale – personalità (par. 3), colpevolezza (par. 4), proporzionalità (par. 5) –

trattandone congiuntamente per quanto riguarda le confische allargate (par. 6). Si concluderà con la presunzione d'innocenza (par. 7), come regola di trattamento e di giudizio.

In corso d'opera si è scelto di inserire un'**appendice** che tocchi la confisca come disciplinata nelle fonti europee: questo per cogliere come il modello italiano si distacchi da quello comune agli altri Stati membri, tenendo conto che i poteri legislativi dell'Unione europea sono destinati ad aumentare molto e a farsi più vincolanti per gli Stati membri. Inoltre, il paragone con l'Europa è molto proficuo perché – considerando che le decisioni-quadro europee stabiliscono requisiti e garanzie minimi – aiuta a evidenziare le mancanze in termini di rispetto dei diritti individuali della legislazione italiana in materia di confisca.

CAPITOLO I

LA CONFISCA IN CODICE ED EXTRA CODICEM

SOMMARIO: 1. La confisca nell'art. 240 c.p. – 1.1. Premessa. – 1.2. La confisca facoltativa. – 1.2.1. Gli *instrumenta sceleris*: è escluso il reato colposo? – 1.2.2. La confisca del prodotto e del profitto e il nesso di pertinenzialità – 1.3. La confisca obbligatoria. – 1.3.1. L'avverbio "sempre" e il necessario presupposto della sentenza di condanna. – 1.3.2. (segue) La confisca e l'estinzione del reato, in particolare l'amnistia. – 1.4. La tutela del terzo e il concetto di appartenenza. – 1.5. Può una cosa essere pericolosa? – 2. Alcune ipotesi speciali di confisca. – 2.1. La confisca ex art. 416 *bis* comma 7 c.p. – 2.2. La confisca per il reato di contrabbando. – 2.3. La confisca e la lotta all'abusivismo edilizio. – 2.4. La confisca dell'autoveicolo tra oscillanti istanze di sicurezza stradale. – 3. La confisca per equivalente: uno strumento elastico contro la criminalità del profitto. – 3.1. La prima ipotesi: la confisca per equivalente nel delitto d'usura. – 3.2. L'art. 322 *ter* c.p. – 3.2.1. L'art. 322 *ter* e i reati tributari. – 3.3. Un punto fermo: la necessaria sussidiarietà della confisca di valore... – 3.4. ...e una questione aperta: sono compresi i vantaggi immateriali? – 4. La confisca nella responsabilità amministrativa da reato degli enti. – 4.1 *Nettoprinzip* o *Bruttoprinzip*? (rinvio) – 5. La confisca per sproporzione: quando le mafie si vincono (soprattutto) da un punto di vista economico. – 5.1. Dalle ceneri dell'art. 12 *quinquies* d.l. n. 306/1992 – 5.2. Dal reato di sospetto (o sospetto di reati) alla "pena" del sospetto. – 5.3. I presupposti applicativi della misura. – 5.4 L'eclissi del nesso di pertinenzialità. – 5.5. Le novità del decreto sicurezza del 2008. – 6. La confisca di prevenzione (antimafia). – 6.1. Il sistema pre-riforma 2008-2009. – 6.1.1. I destinatari della misura. – 6.1.2. I presupposti applicativi. – 6.1.3. La questione del "defunto" e altre similari pulsioni verso l'oggettivizzazione della confisca di prevenzione. – 6.2. Il sistema post-riforma 2008-2009: il definitivo (?) affrancamento delle misure cautelari reali da quelle personali – 6.2.1. I destinatari della misura – 6.2.2. I presupposti applicativi – 6.3. Ulteriori novità – 6.3.1. L'introduzione di una forma di confisca per equivalente. – 6.3.2. Il sistema delle presunzioni nei confronti dei terzi – 7. La confisca nel Codice Antimafia.

1. La confisca nell'art 240 c.p.

1.1. Premessa

Se si dovesse cercare di dare una definizione unitaria dell'istituto della confisca nel diritto penale, l'unica classificazione capace di comprendere sotto di sé le varie apparizioni di quest'istituto, sarebbe quella che la qualifica come ablazione coattiva operata dallo Stato dei beni appartenenti ad un soggetto e variamente collegati ad un reato¹.

Definizione questa, priva di un utile apporto data la sua genericità, se si risolve nel concentrarsi sull'elemento patrimoniale del suo oggetto, sul soggetto attivo e su quello passivo dell'ablazione, e con un volatile richiamo all'occasione della sua irrogazione, senza meglio specificare finalità e caratteristiche. Nozione questa però che si rende obbligata se si considera, come ha notato parte della dottrina "che al termine confisca corrisponde ormai un significato normativo sensibilmente variegato, che investe un fascio d'istituti sempre meno riducibili a un comune denominatore, specie se si appunta l'attenzione sulle finalità della sanzione"².

Troppi e troppo disomogenei sono, infatti, gli interventi legislativi che, innestandosi sul ceppo dell'art 240 cod. pen., hanno variamente plasmato la confisca per scopi assai diversi, per poter tentare di ricondurne i vari esempi sotto l'egida protettiva, ma estremamente pericolosa (data la sua refrattarietà all'osservanza dei principi costituzionali) della misura di sicurezza, per non rischiare di incorrere in un tentativo di "frode dell'etichette"³.

Ciò non toglie però, che sia necessario, prima di esaminare le ipotesi di confisca emerse nella legislazione *extra codicem* e non solo, fornire un quadro il più

¹ MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, Torino, 1981, p. 385; GRASSO G., *Sub art 240 in Commentario sistematico al codice penale*, a cura di ROMANO-GROSSI-PADOVANI, Milano, 1994; GATTA G., *Sub art 240*, in *Codice penale commentato*, a cura di MARINUCCI G., DOLCINI E., Milano 1999; FURFARO S., *La confisca*, in *Dig. pen. aggiorn. 2005*, Torino, 2005, p. 202; e per un discorso analogo, ma non riservato all'ambito penalistico, v. IACCARINO C.M., *La confisca in diritto amministrativo*, Bari, 1935, p. 79.

² ALESSANDRI A., *La confisca nel diritto penale*, da *Digesto*, Torino, p. 31; vedi anche FURFARO S., *La confisca*, cit., p. 201, per il quale "soltanto ove si accantoni l'occasione e si consideri puramente l'effetto, la confisca appare un istituto unitario".

³ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p.31; GRASSO G., *Sub art 240*, cit.; FURFARO S., *Confisca per equivalente, responsabilità degli enti e parametri operativi*, in *Dir proc. pen. 2007*, p. 973.

possibile completo della confisca prevista dall'art. 240 c.p. e qualificata come misura amministrativa di sicurezza; prima di poter cogliere i tentativi di fuga dal modello, è difatti necessario avere una salda conoscenza del modello da cui si fugge.

1.2 La confisca facoltativa

Il primo comma dell'art. 240 c.p. prevede anzitutto la confisca facoltativa "delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto". La facoltatività di questa forma d'ablazione è evidenziata dall'utilizzo del verbo potere, che indica una facoltà il cui esercizio è rimesso alla valutazione discrezionale del giudice.

I presupposti della confisca facoltativa sono di duplice ordine⁴:

- a. ex art. 240 com. 1 c.p., la necessaria presenza di una condanna, in forma di sentenza, perché il comma 2 dell'art. 460 c.p.p. consente la confisca in caso di decreto penale solo nei casi di cui al comma 2 dell'art. 240 c.p;
- b. ex art. 240 com. 3 c.p., la non appartenenza del bene da confiscare a persona estranea al reato⁵.

E' discusso se possa essere individuato un terzo presupposto nella pericolosità della cosa. Tale ulteriore requisito si renderebbe necessario, pur nel silenzio dell'art. 240 c.p., in ossequio alla disciplina comune a tutte le misure di sicurezza⁶.

L'art. 202 c.p. stabilisce infatti che "le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose", senza distinzione tra personali e patrimoniali, e nel caso della confisca, trattandosi di misura che colpisce una cosa – e indirettamente una persona cui la cosa appartiene – la pericolosità andrebbe valutata in relazione alla cosa.

⁴ Adottano tale bipartizione MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale, p.te generale, II ed.*, Milano, 2006, p. 599.

⁵ Sul punto si veda *infra*, par. 1.4.

⁶ Preferiscono una tripartizione, inserendo il requisito della pericolosità, tra gli altri: DE MARISCO A., *Commento all'art 240 c.p.*, in *Codice penale illustrato* a cura di CONTI U., vol I, Milano, 1934, p. 965; GRASSO G., *Sub art 240*, cit., p. 528; MANZINI V., *Trattato di diritto penale italiano*, cit., p. 386.

A giudizio di chi scrive, sembra preferibile una bipartizione piuttosto che una tripartizione; non solo e non tanto dal momento che la pericolosità sembra più essere una qualità della cosa che una condizione di applicabilità, ma soprattutto – lo si vedrà meglio nel prosieguo⁷ – poiché si tratta di concetto assai ambiguo, che cede inevitabilmente il passo a valutazioni sulla pericolosità sociale e può mascherare la natura sanzionatoria della misura.

S'introdurrebbe così un presupposto i cui contorni sono incerti, e forse sarebbe più corretto riferirsi apertamente alla pericolosità della persona, più che a una assai discussa pericolosità della cosa.

Comunque, tanto in giurisprudenza⁸ quanto in dottrina⁹, si sottolinea la necessità che il giudice, nel disporre la confisca, motivi adeguatamente circa la pericolosità della cosa in relazione al giudizio prognostico sul futuro comportamento del reo, cioè su quell'idea che la *res* se lasciata nella disponibilità del condannato possa costituire per lui un incentivo alla commissione di ulteriori reati¹⁰.

L'obbligo di motivazione assolve difatti una funzione di garanzia indefettibile per il condannato, perché riconnesso a un potere giudiziale esercitato con una discrezionalità che il legislatore non si premura di vincolare a canoni normativi, non essendo rinvenibile nell'art 240 né altrove nel codice alcuna indicazione circa i criteri ai quali il giudice debba ancorare la sua valutazione sulla confiscabilità del bene, lasciando così ampi spazi alla creazione giurisprudenziale per quanto riguarda il concetto di pericolosità, neanche ancorato al tradizionale paradigma dell'art. 133 c.p. da cui attingere per definire la pericolosità sociale¹¹.

⁷ *Infra*, par. 1.5.

⁸ Cass. pen., sez. V, 4 novembre 1980, La Barbera, in *Cass. pen.*, 1982, p. 69; Cass. pen., sez. III, 21 dicembre 1990, Scuffo, in *Giur. it.*, 1992, II, c. 504.

⁹ FIORAVANTI L., *Brevi riflessioni in tema di confisca facoltativa*, in *Giur. it.*, 1992, II, c. 504; GATTA G., *Sub art. 240*, cit. p. 1416.

¹⁰ E' questa l'idea, ripresa e accolta dalla dottrina maggioritaria, espressa nella *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, I, p. 245, sulla quale vedasi più analiticamente *infra* par. 1.5.

¹¹ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 16.

1.2.1 Gli *instrumenta sceleris*: è escluso il reato colposo?

La prima tipologia di beni su cui può cadere il provvedimento di confisca, sono le cose che servirono o furono destinate alla commissione del reato, quelle cose che, con espressione risalente, sono definite il "corpo del reato"¹². Si tratta in altre parole degli strumenti dell'illecito penale.

Per cose che "servirono" a commettere il reato devono intendersi le cose effettivamente utilizzate dal reo per la commissione dell'illecito; per cose che "furono destinate" a commettere il reato devono intendersi quelle cose che sarebbero dovuto essere utilizzate nella commissione dell'illecito, ma per una qualsiasi ragione, dipendente o non dipendente dalla volontà del soggetto attivo, non furono utilizzate, e ciò tanto che si versi in ipotesi di delitto tentato quanto che si tratti di reato consumato¹³.

Tra gli *instrumenta sceleris* e il reato deve sussistere un nesso strumentale di stretta causalità, nel senso che essi devono costituire la *condicio sine qua non* del reato, cioè quegli strumenti che si siano rivelati necessari per la realizzazione del reato nella forma voluta dall'agente¹⁴.

Tale rapporto di stretta causalità tra la *res* e il reato si rivela necessario per adeguatamente valorizzare il concetto di pericolosità della cosa che, come vedremo nel prosieguo¹⁵, si dimostra estremamente vago nei suoi contorni; deve sussistere un "asservimento effettivo tra cosa e reato nel senso che la prima deve risultare oggettivamente collegata al secondo da un nesso strumentale che riveli effettivamente la possibilità futura del ripetersi di un'attività punibile"¹⁶, nel senso quindi che lo strumento del reato, se lasciato nella disponibilità del reo, possa per lui costituire un rafforzamento del convincimento a commettere ulteriori reati, in quanto

¹² FLORIAN E., *Trattato di diritto penale, p.te generale*, II, Milano, 1934, p. 957.

¹³ Le due definizioni sono unanimemente accolte in dottrina; si vedano tra i tanti: DE MARSICO A., *Commento*, cit., p. 964.; MANZINI V., *Trattato*, cit., pp. 387–388.

¹⁴ GATTA G., *Sub art. 240*, cit, p. 1417; GRASSO G., *Sub art. 240.*, cit. p. 526; GULLO D., *La confisca*, in *Giust. pen.*, 1981, II, c. 45.

¹⁵ V. *infra* par. 1.5.

¹⁶ Cass. pen., 19 marzo 1986, in *Rep. giur. it.*, 1987, voce "Confisca", n. 6.

tale strumento si sia dimostrato indispensabile alla realizzazione dell'illecito penale e possa essere riutilizzato in futuro a tal fine¹⁷.

Parte della dottrina propone una concezione ancora più rigorosa, ricollegando il mezzo alla tipicità del fatto di reato e richiedendo una "diretta strumentalità lesiva"¹⁸ rispetto al bene giuridico tutelato, nel senso che esso "deve costituire un mezzo per realizzare un elemento costitutivo del fatto tipico, come potrebbe essere un'arma rispetto alla violenza nel reato di rapina"¹⁹.

Tale orientamento merita, a giudizio di chi scrive, condivisione, poiché consentirebbe di evitare un allargamento indefinito della confisca a tutta quella serie di cose che si siano rivelate causalmente condizionanti rispetto al reato come verificatosi e voluto dall'agente, e poiché può essere visto come un'applicazione al nostro campo del *principio di offensività*: sarebbe possibile l'ablazione solo di quelle cose che si siano dimostrate *lesive* rispetto al bene giuridico tutelato e sembrano pertanto *pericolose*, nel senso che da esse, e dall'utilizzo che possa farne in futuro il reo, ci si possa attendere una lesione dello stesso bene giuridico o di beni giuridici affini.

In giurisprudenza tuttavia, a fronte di decisioni che accolgono il nesso di strumentalità nella versione della *condicio sine qua non*²⁰, si rinvencono anche sentenze che accolgono una versione molto più *leggera* di questo rapporto di causalità, nel senso che si ritengono confiscabili non solo le cose legate al reato da un rapporto di indispensabilità oggettiva, ma anche le cose semplicemente agevolatrici della condotta del reo, che gli abbiano reso più facile commettere l'azione criminosa²¹.

¹⁷ MANTOVANI F., *Diritto penale, p.te generale*, V ed., Padova, 2008, p. 838; FIORAVANTI L., *Brevi riflessioni*, cit., c. 506

¹⁸ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 28.

¹⁹ MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, p. 119.

²⁰ Cass. pen., sez. IV, 24 settembre 1994, n° 10106, Violato, in *Riv. pen.*, 1995, II, p. 1096, estremamente chiara sul punto, laddove afferma che "il concetto di cose che servirono a commettere il reato ai sensi dell'art. 240 comma primo deve essere inteso come implicante un rapporto causale diretto ed immediato tra cose ed il reato nel senso che la prima risulti indispensabile per l'esecuzione del secondo".

²¹ Cass. pen., sez. VI, ud. 2 marzo 1989, Rivoli ed altro, in *Riv. pen.* 1990, p. 447, dove invece si afferma che "la confisca [...] tende a prevenire la commissione di altri reati sottraendo, alla disponibilità del colpevole, cose che, se rimanessero in suo possesso, potrebbe agevolarlo nel realizzare nuovi fatti criminosi".

Tale linea interpretativa, che è da rifuggire data la vaghezza delle conclusioni cui essa porta (vaghezza pericolosa perché legata a un potere giudiziale, lo ricordo, che è discrezionale ma che non si vuole essere creativo) può trovare riscontro favorevole in dottrina in quell'opinione che ritiene confiscabile "tutto ciò che, di fatto o nel semplice programma del colpevole, ha avuto nella economia del reato importanza strumentale"²².

Paradigmatico il caso dell'autovettura utilizzata dallo spacciatore per realizzare la sua attività criminosa: in una sentenza, più risalente, essa è confiscata perché rende più facile ed insidioso l'esercizio della turpe attività²³; in altre, più recenti, essa è considerata non confiscabile, in quanto strumento di occasionale agevolazione del reato, a meno che non vi sia un rapporto stabile con l'attività criminosa, rinvenibile ad esempio nel fatto che essa sia stata appositamente modificata per il trasporto degli stupefacenti²⁴.

In dottrina si rinviene un'opinione favorevole ad un allargamento dei beni confiscabili non tanto in virtù della loro funzione meramente agevolatrice e non strettamente condizionante rispetto al reato, ma in riferimento al momento consumativo del reato stesso²⁵. Tale autore ritiene siano strumenti nel senso di cui all'art. 240 co. 1 c.p. non solo quelli usati per realizzare il reato rispetto al suo momento di consumazione, ma anche quelli adoperati nelle fasi della condotta extrareato, purché essa abbia una stretta e diretta connessione causale con la consumazione del reato. L'autore fa l'esempio della moto utilizzata dal ladro per fuggire dopo lo scippo, e la ritiene confiscabile²⁶.

Alla luce dell'orientamento suesposto che valorizza il principio di offensività, è preferibile ritenere che in tal caso la moto non sarebbe confiscabile perché non ha contribuito alla realizzazione di un elemento del fatto tipico di rapina e non si dimostra direttamente lesiva verso il bene giuridico protetto, cioè il patrimonio²⁷.

²² DE MARSICO A., *Commento*, cit., p. 964.

²³ Cass. pen., sez. IV, 1989, Rivoli, cit.

²⁴ V. la giurisprudenza richiamata alle note n. 22, 23, in LUNGHINI G., MUSSO L. *La confisca nel diritto penale*, da *Corriere del Merito*, 2008, p. 11.

²⁵ SPIZUOCO R., *L'interpretazione dell'art 240 c.p. e la pericolosità*, in *Giust. pen.* 1972, II, c. 382

²⁶ *Ibidem*, c. 383.

²⁷ MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 119.

Il tenore letterale dell'art. 240 com. 1 c.p., là dove si riferisce alle cose che "servirono" o alle cose che "furono destinate", ha fatto ritenere alla dottrina maggioritaria che la confisca in tal caso non possa essere disposta in relazione ai reati colposi²⁸; questo perché le due espressioni su riportate sottintenderebbero una utilizzazione o una predisposizione in chiave finalistica delle cose, che non potrebbe essere rinvenuta nel reato colposo, dove il reo né "si serve" né "destina" alcunché, essendo estranea all'agente ogni consapevolezza sul fine della propria azione, che altrimenti ci si troverebbe di fronte ad un reato doloso.

Altri hanno rilevato che comunque, anche a voler ammettere che il dato testuale, soprattutto nell'utilizzo del verbo *servire*, non escluda radicalmente l'ammissibilità della confisca rispetto ai reati colposi, mancherebbero dei parametri affidabili che consentano di limitare la confisca ai "mezzi di estrinsecazione materiale del deficit oggettivo di diligenza"²⁹ e che l'istituto della confisca sarebbe stato pensato in riferimento ai reati dolosi, per cui estenderne l'applicazione a quelli colposi costituirebbe una forzatura³⁰.

A quest'opinione prevalente si è obiettato che, se sicuramente il verbo *destinare*, implica un utilizzo in chiave teleologica, altrettanto non è da dirsi per quanto riguarda il verbo *servirsi*, che indica semplicemente un effettivo utilizzo, ed è compatibile con un utilizzo colposo della cosa³¹.

Altra dottrina ha adottato una prospettiva originale³², mettendo in evidenza come proprio in relazione al reato colposo si può realizzare quella pericolosità del rapporto reo-cosa che la confisca richiede³³, pericolosità che quindi deriverebbe dal *deficit* di diligenza, prudenza, perizia dell'agente nell'utilizzo della cosa, *deficit* palesatosi nel verificarsi del reato che renderebbe quindi evidente l'incapacità dell'agente di utilizzare la cosa senza recare danno ad altri e che farebbe temere che

²⁸ GATTA G., *Sub art. 240*, cit., p. 1417; GRASSO G., *Sub art. 240*, cit., p. 527; GULLO D., *La confisca*, cit., c. 45; MANZINI V., *Trattato*, cit., p. 387; MASSA M., *La confisca*, da *Enciclopedia del diritto*, VIII ed., Milano, 1961, p. 985.

²⁹ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p.29

³⁰ *Ibidem*.

³¹ SPIZUOCO R., *L'interpretazione*, cit., c. 382

³² MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 127.

³³ Su tale rapporto, v. *infra* par. 1.4.

costui, se lasciato nella disponibilità della cosa, potrebbe commettere ulteriori illeciti penali colposi data la sua inaffidabilità³⁴.

1.2.2. La confisca del prodotto e del profitto e il nesso di pertinenzialità

La seconda tipologia di beni su cui può cadere il provvedimento di confisca discrezionalmente disposto dal giudice, è rappresentata da quelli che ne costituiscono il prodotto o il profitto. La dottrina è unanime nel definire il "prodotto" come il risultato materiale dell'azione criminosa, cioè le cose che attraverso di questa sono state create, trasformate, adulterate o acquistate (si fa l'esempio della moneta ottenuta mediante la falsificazione)³⁵; il "profitto" viene definito come il vantaggio economico ricavato per effetto della commissione del reato³⁶. Se unanimi sono tali due definizioni, anche in giurisprudenza³⁷, particolarmente discussa è la questione del nesso di derivazione che deve legare il profitto al reato.

Ci si chiede se tale legame, altresì detto *nesso di pertinenzialità*, debba essere limitato, secondo l'orientamento più restrittivo³⁸, alle utilità economiche immediatamente ricavate dal reato, ammettendosi al massimo un solo rapporto di scambio tra l'utilità diretta e il vantaggio mediamente ottenuto³⁹ (si fa l'esempio del denaro ottenuto dalla vendita delle auto rubate); o se invece possa estendersi, secondo l'orientamento meno restrittivo, anche a tutte le utilità economiche

³⁴ L'A. cit. alla nota 32 fa un interessante esempio concernente l'omicidio colposo relativo a guida imprudente.

³⁵ Cito solo due tra gli autori più risalenti v. DE MARSICO A., *Commento*, cit., p. 964; ma soprattutto, v. MANZINI V., *Trattato*, cit. p. 388, poiché è la definizione da quest'A. presentata quella più ripresa dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

³⁶ In dottrina v. ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 29; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., SS. UU., dep. 17 ottobre 1996, n° 9149, Chabni, in *Cass. pen.*, 1997, p. 971.

³⁷ Cass. pen., SS. UU. Chabni, cit.; Cass. pen., SS. UU., ud. 15 dicembre 1992, Bissoli, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1388; Cass. pen., SS. UU., 28 aprile 1999, Bacherotti, in *Foro it.*, 1999, II, c. 571; Cass. pen., SS. UU., 25 ottobre 2005, n° 41936, Mucci, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1382; Cass. pen., SS. UU., 6 marzo 2008, n° 10280, Miragliotta, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1295; Cass. pen., SS. UU., 2 luglio 2008, n° 26654, Impregilo e altri, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1263; Cass. pen., SS. UU., dep. 6 ottobre 2009, n° 38691, Caruso.

³⁸ FURFARO S., *La confisca*, cit., p. 207; GATTA G., *Sub art. 240*, cit., p. 1417; GRASSO G., *Sub art. 240*, cit. pp. 527–528; MANZINI V., *Trattato*, cit., pp. 388–389.

³⁹ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 29; critica tale orientamento LOTTINI R., in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1303, sostenendo che o si adotta una nozione di profitto ristretta, limitata a quello immediato, oppure ampia, rispetto alla quale la limitazione al primo rapporto di scambio appare arbitraria.

comunque derivanti dal reato, anche indirettamente⁴⁰ (si fa l'esempio del canone di locazione ottenuto dall'appartamento acquistato con la somma rubata).

Tale ultimo orientamento sembrerebbe suffragato dalla *Relazione ministeriale sul progetto del codice penale*, secondo la quale "non può limitarsi, nel caso di condanna, la confisca alle cose che sono il prodotto del reato, sussistendo uguale motivo di applicabilità del provvedimento riguardo al profitto, ottenuto mediante l'azione criminosa. Le utili trasformazioni dell'immediato prodotto del reato, gli impieghi redditizi del denaro di provenienza delittuosa non debbono né possono impedire che al colpevole venga sottratto ciò che era precisamente obiettivo del disegno criminoso e che egli sperava di convertire in mezzo di maggior lucro e di illeciti guadagni"⁴¹.

Alla luce di un'interpretazione storica del termine controverso, che mette in luce la volontà del legislatore, sarebbe quindi possibile disporre la confisca non solo dei c.d. surrogati del profitto, cioè di tutte le utilità economiche in cui questo sia stato trasformato anche oltre il primo rapporto di scambio⁴², ma anche dei vantaggi economici tratti dai reimpieghi del profitto e del suo surrogato.

Recentemente sono state chiamate a pronunciarsi le sezioni unite della Suprema Corte, che, nella sentenza 10280/2008, Miragliotta, hanno accolto l'orientamento meno restrittivo, affermando che "qualsiasi trasformazione che il denaro illecitamente conseguito subisca per effetto di investimento dello stesso deve essere considerata profitto del reato quando sia collegabile causalmente al reato stesso ed al profitto immediato – il danaro – conseguito e sia soggettivamente attribuibile all'autore del reato, che quella trasformazione abbia voluto"⁴³; questo perché "il bene frutto dell'investimento del denaro frutto dell'illecita condotta, siccome univocamente collegato all'esecuzione del crimine mantiene l'idea e costante l'attrattiva del reato in misura maggiore e più a lungo di quanto

⁴⁰ FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, p. 39; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., pp. 122 ss., la quale, pur favorevole a tale linea interpretativa, ammette la necessità di un intervento legislativo che sancisca l'applicabilità della confisca anche alle utilità medio tempore acquisite, per evitare un incremento della discrezionalità del giudice e rispettare il principio di legalità (ci si chiede allora perché venga sposato tale orientamento, ma la ragione verrà chiarita nel prosieguo).

⁴¹ *Rel. min.*, cit., I, p. 280.

⁴² In riferimento al quale tutti gli autori ne ammettono la confiscabilità.

⁴³ In *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1295, con nota di LOTTINI R.

continuerebbe a fare il denaro stesso", con ciò ricollegandosi alla nota espressione contenuta nella *Relazione ministeriale*⁴⁴.

Le sezioni unite giustificano la loro decisione sostenendo che l'orientamento restrittivo non è compatibile con la *ratio* dell'istituto, che è quella di rendere l'illecito penale improduttivo, e così scoraggiare la commissione di ulteriori illeciti; la funzione general-preventiva, afferma la Cassazione, "non può essere frustrata da un'interpretazione restrittiva dell'art. 240"⁴⁵.

La questione merita particolare attenzione, in primo luogo poiché dall'adozione dell'una o dell'altra prospettiva deriva un'estensione del confiscabile, estensione che deve essere ben ponderata, perché riconnessa a un potere *discrezionale* del giudice, del quale il legislatore non stabilisce i confini. Si tratta di considerazioni analoghe a quelle fatte precedentemente in materia di strumenti del reato, e questo dimostra come il discorso sia assai più ampio, legato in generale al rapporto cosa-reato (si tratti di nesso di *pertinenzialità* o di *strumentalità*) e al concetto di *pericolosità* della *res* che da tale legame deriva.

In secondo luogo, perché l'orientamento estensivo adottato dalle sezioni unite giustifica le conclusioni cui perviene con ragioni di politica criminale, astrattamente condivisibili, ma potenzialmente confliggenti col principio di tassatività; e perché l'alleggerimento del nesso di *strumentalità-pertinenzialità* è un indice dell'accentuazione del profilo punitivo e di prevenzione generale della confisca⁴⁶.

1.3 La confisca obbligatoria

Il secondo comma dell'art. 240 c.p. prevede la confisca delle cose che costituiscono il prezzo del reato e delle cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione, l'alienazione delle quali costituisce reato.

⁴⁴ *Rel. min.*, I, p. 245.

⁴⁵ Cass. pen., SS. UU., Miragliotta, cit.

⁴⁶ Sul punto v. FURFARO S., *La confisca*, cit., p. 207; tali due ultime questioni saranno ampiamente trattate nel cap. II, ma anticipo che la giustificazione che la sentenza citata fornisce all'orientamento meno restrittivo, stride con la finalità che dovrebbe essere propria della confisca, cioè quella di *prevenzione speciale*.

Si tratta di confisca obbligatoria, cioè non rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, ma da costui necessariamente disposta quando ne ricorrano i presupposti.

Per "prezzo" del reato deve intendersi la somma o altra utilità economica, data o promessa per indurre, determinare o istigare altri a commettere un reato, un fattore quindi che incide sulla motivazione a delinquere, e che necessariamente postula un concorso morale nell'illecito⁴⁷. Il legislatore opera in tal caso una presunzione assoluta di pericolosità della cosa, ritenendo che se all'autore del reato viene lasciato il vantaggio economico sulla spinta del quale egli ha agito, ciò può costituire uno stimolo per lui a commettere altri reati, in quanto manifestazione dell'idea che il crimine paga.

L'ablazione delle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione, alienazione costituisce reato, altresì dette *cose intrinsecamente criminose*, si giustifica perché costituiscono una "proiezione del regime giuridico di una cosa"⁴⁸.

Relativamente alle cose intrinsecamente criminose, si distinguono⁴⁹:

- a. cose la cui fabbricazione, uso, porto, etc. è vietata in modo assoluto, poiché sempre costituente reato, e la prova della cui illiceità è *in re ipsa*, verificabile attraverso una semplice sussunzione nella categoria vietata⁵⁰;
- b. cose la cui fabbricazione, uso, porto, etc. è vietata in modo relativo, poiché può essere autorizzata in via amministrativa o può comunque considerarsi lecita al verificarsi di determinate condizioni, circostanze che il giudice dovrà verificare attraverso elementi del caso concreto⁵¹, cioè in relazione alla persona che le ha nel caso di specie fabbricate, usate, prodotte, etc.

⁴⁷ Tale definizione è pacifica tanto in dottrina quanto in giurisprudenza; in dottrina, v. per tutti MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, cit., p. 599; in giurisprudenza, v. Cass. pen. SS. UU, 1992, Bissoli, cit.

⁴⁸ GRASSO G., *Sub art 240*, cit., p. 525.

⁴⁹ Anche tale distinzione, rilevante per l'eccezione di cui all'ultimo comma dell'art. 240 c.p., è pacifica in dottrina: v. GATTA G., *Sub art. 240*, cit., p. 1421.

⁵⁰ SABATINI G., *Ancora sui rapporti tra amnistia e confisca*, in *Giust. pen.*, 1947, II, c. 562

⁵¹ *Ibidem*.

La confisca delle cose intrinsecamente criminose è possibile anche se non vi sia stata sentenza di condanna, come esplicitamente prevede l'ultima parte del n. 2 del comma 2 dell'art. 240⁵²; unica eccezione è prevista dal comma quarto, ossia quando la cosa appartenga a persona estranea al reato e la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione, l'alienazione possano essere autorizzati in via amministrativa⁵³.

Diversamente, presupposto della confisca del prezzo del reato, dovrebbe essere la pronuncia di condanna – la questione è in realtà controversa⁵⁴ – in forma di sentenza o di decreto ex art. 460 co. 2 c.p.p., ed eccezione alla confiscabilità è che, ai sensi del comma 3, la cosa non appartenga a persona estranea al reato⁵⁵. Dato che chi ha promesso o dato tale prezzo sarà necessariamente un concorrente nel reato ai sensi dell'art. 110 c.p., tale eventualità si verificherà quando tale utilità economica sia sottratta, carpita od estorta ad un terzo estraneo al reato dall'istigatore e da costui promessa o data all'autore del reato⁵⁶.

Particolarmente discussa nella prassi è stata la distinzione tra prezzo e profitto del reato. Non si tratta di una disputa meramente terminologica, ma dagli importanti risvolti applicativi, anzitutto perché la confisca del primo è obbligatoria, e quella del secondo facoltativa; secondariamente, perché l'art. 445 c.p.p., nella sua versione originaria, consentiva, in caso di applicazione della pena su richiesta della parte la confisca, del prezzo, e non del profitto, oltretutto delle cose intrinsecamente criminose⁵⁷.

La questione si è posta in giurisprudenza soprattutto per quanto riguarda i reati caratterizzati da prestazioni sinallagmatiche, nei quali, a seconda dell'angolo visuale dal quale ci si pone, la stessa utilità economica può essere astrattamente

⁵² Sul punto v. par. 1.3.2.

⁵³ La dottrina maggioritaria ritiene che queste due condizioni debbano concorrere per poter evitare la confisca; *contra* MELCHIONDA A., *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di confisca*, in *Riv.it. dir.proc. pen.*, 1977, p. 334, il quale ritiene la locuzione "e" che lega i due termini disgiuntiva e che pertanto si tratti di due condizioni alternative. Egli sostiene che tale soluzione sarebbe più aderente al principio di pericolosità della cosa, che sarebbe esclusa tanto in caso di appartenenza della cosa a persona non legata al reato, quanto in caso di *res* passibile di autorizzazione amministrativa.

⁵⁴ Questo l'orientamento della dottrina e giurisprudenza prevalenti, ma v. analiticamente par. 1.3.1.

⁵⁵ Sul concetto di appartenenza e di estraneo al reato, v. *infra* par. 1.4.

⁵⁶ MANZINI V., *Trattato*, cit., p. 391

⁵⁷ Il legislatore con la l. 12/2003 ha esteso la confisca in caso di patteggiamento anche alle ipotesi di confisca facoltativa, prima non prese in considerazione, così reagendo alle critiche della dottrina, tra cui v. MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit. p. 108.

considerata tanto come prezzo quanto come profitto⁵⁸ (tipico il caso del denaro dato e ottenuto per la cessione di stupefacenti).

La Corte di Cassazione, nel 1992, con la sent. Bissoli⁵⁹ prese posizione di fronte all'orientamento giurisprudenziale che consentiva, in caso di sentenza ex art. 444 c.p.p. la confisca anche del profitto, affermando che ai sensi dell'art. 445 c.p.p. poteva essere consentita solo la confisca del prezzo⁶⁰.

Tale conclusione si rendeva necessaria secondo le sezioni unite:

- a. per un argomento di ordine letterale, dato l'art. 445 avrebbe fatto testualmente riferimento alla confisca "nei casi previsti dall'art. 240 comma 2 c.p.";
- b. per un argomento di ordine sistematico, dal momento che il c.d. "patteggiamento" è rito istituito con disposizioni a carattere premiale, (intese a favorire la diffusione di tale rito alternativo e temperare la rinuncia da parte dell'imputato al diritto di difendersi provando), di cui l'art. 445 c.p.p. sarebbe un esempio e la possibilità di disporre, comunque, la confisca obbligatoria, costituirebbe un'eccezione alla regola premiale da interpretarsi restrittivamente, a pena di sacrificare le finalità dell'istituto stesso.

Per quanto riguarda la qualificazione della somma di denaro ottenuta per la cessione di stupefacenti, la medesima sentenza ne afferma la qualificazione in termini di profitto, e non di prezzo⁶¹, il quale ai fini della confisca è da intendersi come "fattore che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l'interessato a commettere il reato"⁶², e non come corrispettivo per l'acquisto di un bene, in senso civilistico⁶³.

⁵⁸ LUNGHINI G., MUSSO L., *La confisca*, cit., p.12; FORNARI L. *Criminalità del profitto*, cit., pp. 32 ss.

⁵⁹ Cass. pen. SS. UU., ud. 15 dicembre in *Cass. pen.*, 1993, p. 1388, con nota di D'ANDRIA M.

⁶⁰ Tali conclusioni sono, a giudizio di chi scrive, da condividersi, perché rispettose del principio di legalità, valido anche per le misure di sicurezza, ex art. 25 comma 3 Cost; ma sul punto v. *infra* cap. III.

⁶¹ L'orientamento è poi confermato da ulteriori arresti delle Sezioni Unite: Cass. pen., SS. UU., dep. 17 ottobre 1996, n. 9149, Chabni, in *Cass. pen.*, 1997, p. 971.

⁶² *Ibidem*, p. 975.

⁶³ Sul punto v. FORNARI L., *Criminalità del profitto*, cit., p. 35: "quando la preventiva promessa dell'utilità crea in chi mira a conseguire l'arricchimento il necessario impulso a risolversi all'attività criminosa, il *quantum* corrispondente alla promessa, conferito indipendentemente prima o dopo l'esecuzione della pretazione, meglio rientra nella nozione di "prezzo" del reato; quando, invece,

La distinzione tra profitto e prezzo, a proposito della facoltatività della confisca del primo e della obbligatorietà di quella del secondo, è a tutt'oggi fortemente criticata in dottrina⁶⁴. Si ritiene che nei confronti della criminalità c.d. economica, che agisce in vista di un profitto, spesso trasformato per spezzare il nesso di pertinenzialità ed evitare così la confisca, la facoltatività e la necessaria derivazione causale rispetto al reato costituiscano un limite all'operatività di quest'istituto, amputandone le potenzialità repressive e general-preventive⁶⁵.

Sotto questa luce vanno lette le conclusioni della sentenza Miragliotta delle Sezioni unite sopra citata che, accogliendo l'orientamento meno restrittivo circa l'interpretazione del termine "profitto", richiedono comunque un'attribuzione soggettiva dello stesso al condannato e un nesso di derivazione rispetto al reato⁶⁶.

1.3.1. L'avverbio "sempre" e il necessario presupposto della sentenza di condanna

Controverso in dottrina e giurisprudenza è stato il significato da attribuire all'avverbio "sempre".

La dottrina maggioritaria ritiene che tale avverbio valga ad evidenziare l'obbligatorietà della confisca di cui al secondo comma e a precludere ogni libero apprezzamento del giudice sul punto, contrapponendovi il verbo "potere" utilizzato dal primo comma per indicare la facoltatività della confisca lì prevista e la relativa valutazione discrezionale dal giudice, fermo restando il presupposto necessario della condanna per quanto riguarda la confisca del prezzo⁶⁷.

l'esecuzione della prestazione tesa all'illecito utile economico non assume tipicamente interesse solo per un partner contrattuale definito, ma è idonea a trovare riconoscimento presso un mercato [...], il guadagno ottenuto da chi presta il bene o il servizio, confrontandosi con una domanda preesistente, ben può definirsi profitto, per nulla rilevando un'eventuale promessa precedentemente effettuata".

⁶⁴ Principalmente, v. gli autori citati alla nota 40.

⁶⁵ V. *infra*, cap. II.

⁶⁶ Cass. pen. SS. UU., n. 10280/2008, Miragliotta, cit.

⁶⁷ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 19; BERNIERI G., *Alcuni cenni sulla confisca nel nuovo codice*, in *Riv. pen.*, 1931, I, p. 521; GATTA G., *Sub art. 240*, cit., p. 1421; MARINUCCI G.-DOLCINI E., *Manuale*, cit., p. 599.

Un altro autore, aderente alle conclusioni su riportate, ha affermato che l'avverbio "sempre" in tal caso consentirebbe "una confisca del prezzo del reato anche dopo la sentenza di condanna"⁶⁸.

A fronte di tali opinioni, strettamente aderenti al dettato letterale dell'art. 240 e che valorizzano l'espressione "anche se *non* è stata pronunciata condanna", prevista solo per le cose intrinsecamente criminose dal numero 2 del comma 2 dell'art. 240 c.p., altra autorevole dottrina ha sostenuto invece che l'avverbio "sempre" in tal caso varrebbe a rendere obbligatoria la confisca del prezzo anche in assenza di condanna⁶⁹.

Tale conclusione si rende necessaria, secondo tale orientamento, perché sarebbe antigiusdiziale ed immorale ammettere che l'istigato, non punibile per qualsiasi causa, possa godersi il denaro che abbia ricevuto per commettere il reato.

La Suprema Corte è stata chiamata a pronunciarsi sul punto e ha accolto l'orientamento restrittivo⁷⁰, affermando che "la formula normativa "è sempre ordinata" di cui al comma 2 dell'art. 240 c.p. si contrappone a quella "può ordinare" di cui al primo comma, fermo rimanendo il presupposto "nel caso di condanna" fissato dallo stesso primo comma ed esplicitamente derogato solo con riferimento alle cose di cui al n. 2 del secondo comma"⁷¹.

1.3.2. (segue) La confisca e l'estinzione del reato, in particolare l'amnistia

La questione che ho esposto in precedenza, e che investe la condanna quale presupposto della confisca facoltativa e del prezzo, e le sorti di tale istituto in caso di estinzione del reato anche relativamente alle cose intrinsecamente criminose, merita di essere integrata. Essa non può essere compresa difatti facendo esclusivo riferimento all'avverbio "sempre" e all'espressione "anche se non è stata pronunciata condanna" e non può essere risolta se non considerando la disciplina generale prevista dall'art. 210 c.p. per quanto riguarda gli effetti dell'estinzione del reato (e

⁶⁸ GRASSO G., *Sub art. 240*, cit., p. 532.

⁶⁹ DE MARSICO A., *Commento*, cit., p. 966; MANZINI V., *Trattato*, cit., p. 391.

⁷⁰ Cass. pen., SS. UU., 25 marzo 1993, n° 5, Carlea; Cass. pen., SS. UU., 10 luglio 2008 (dep. 15 ottobre 2008), n° 38834, De Maio, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1393, con nota di IELO P.

⁷¹ Cass. pen., SS. UU. n° 38834/2008, De Maio, cit.

della pena) sulle misure di sicurezza in genere, e l'eccezione a tale disciplina, posta dall'art. 236 c.p. relativamente alla confisca⁷².

Alla luce del combinato disposto degli artt. 236 e 210 c.p., parrebbe pertanto che l'estinzione del reato non precluda la possibilità di irrogare la confisca, e tale considerazione è stata assunta a sostegno di quella tesi – pure autorevolmente sostenuta⁷³ – propensa a considerare possibile sempre, anche in caso di estinzione del reato, non solo la confisca delle cose intrinsecamente criminose, ma anche quella del prezzo.

A tale opinione si è ribattuto che così argomentando si sposerebbe un'*interpretatio abrogans* dell'art. 240, laddove prevede la confisca delle sole cose intrinsecamente criminose in assenza di condanna⁷⁴; il combinato disposto degli artt. 236 e 210 c.p. non potrebbe che essere interpretato a conferma di quanto già affermato dall'art. 240 comma 2 n. 2, e la condanna sarebbe presupposto necessario tanto della confisca facoltativa quanto di quella obbligatoria del prezzo⁷⁵. Sarebbe così correttamente intesa la distinzione tra confisca obbligatoria e confisca facoltativa, che è cosa diversa rispetto a quella tra confisca subordinata alla condanna e confisca indipendente rispetto alla stessa⁷⁶, e su tale posizione sembra anche orientata la giurisprudenza di legittimità più recente⁷⁷.

⁷² Sulla questione dell'isolamento e della specialità della disciplina della confisca rispetto alle altre misure di sicurezza, quale indice della sua inesatta collocazione codicistica, v. *infra* cap. II.

⁷³ FROSALI R.A., *Sistema penale italiano, P.te prima, Diritto penale sostanziale*, vol. III, p. 582, Torino, 1958; GUARNERI G., *La confisca (diritto penale)*, in *Nov. dig. pen.*, Torino, 1957, oltre agli autori precedentemente citati alla nota 69.

⁷⁴ SERIANNI V., *La confisca e le cause di estinzione del reato con particolare riguardo all'amnistia*, in *Riv. ital. dir. pen. proc.*, 1969, p. 974.

⁷⁵ Questa la posizione della dottrina prevalente; v. gli autori citati alla nota 67, oltre a: CACCIAVILLANI I., GIUSTOZZI R. *Sulla confisca*, in *Giust. pen.*, II, 1974, c. 472; GRASSO G., *Sub art. 240*, cit., p. 535; GULLO D., *La confisca*, cit., c. 47 ss.; MASSA M., *La confisca (dir. e proc. pen.)*, da *Enciclopedia del diritto*, VIII ed., Milano, 1961, p. 986, nota 15, dove è svolto un interessante collegamento tra la pericolosità della cosa e cause estintive del reato, sul quale vedasi *infra* par. 1.6

⁷⁶ SANSÒ L., *I rapporti tra l'amnistia e la confisca regolata dal c.p. e dalle leggi speciali*, estr. da *Riv. pen.*, luglio 1951, fasc. 7, p. 5. Il sistema, propone BERNIERI G., *Alcuni cenni*, cit., p. 521, potrebbe essere così ricostruito: a) confisca facoltativa delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, del prodotto o del profitto solo in caso di condanna; b) confisca obbligatoria del prezzo solo se è pronunciata condanna; c) confisca obbligatoria, anche se non è pronunciata condanna, delle cose intrinsecamente criminose.

⁷⁷ Cass. pen. SS. UU., n° 38834/2008, De Maio, cit.

La questione che ha maggiormente interessato in passato la dottrina è però quella riguardante i rapporti tra l'estinzione del reato per amnistia e la confisca delle cose intrinsecamente criminose, per le quali la condanna non è necessaria.

Intendo riferirmi all'amnistia *propria*, non a quella *impropria*, giacché la prima, ex art. 151 c.p. "fa cessare l'esecuzione della condanna e delle pene accessorie", tra le quali non è ricompresa la confisca, che oltretutto, essendo istantanea nella sua applicazione, è già stata interamente eseguita, sicché "una successiva causa di estinzione non potrebbe operare su effetti ormai esauriti definitivamente"⁷⁸. La questione dunque si pone perché l'amnistia propria preclude al giudice anche il potere di accertare se il fatto costituisca reato, cioè se la fabbricazione, uso, porto, detenzione, alienazione della cosa confiscanda costituisca nel caso concreto reato.

Come ha acutamente notato autorevole dottrina⁷⁹, la questione si pone in relazione alle cose solo relativamente criminose, perché in relazione alle cose assolutamente criminose, la cui fabbricazione, uso, porto, etc. costituisce *inderogabilmente* reato, l'accertamento è di agevole soluzione (si afferma che la prova è nella cosa stessa) e un'eventuale loro restituzione costituirebbe la premessa per l'automatica commissione di un altro reato⁸⁰.

A fronte di autori che ritengono la confisca possibile solo in tale ultimo caso⁸¹, altri sostengono – e sono la maggioranza⁸² – che potrà essere disposta la confisca delle cose anche solo relativamente criminose se la prova che il fatto costituisce reato preesiste all'intervento della causa estintiva, restando preclusa per effetto dell'amnistia ogni indagine ulteriore.

⁷⁸ SANSÒ L., *I rapporti*, cit., p. 4.

⁷⁹ CASALINUOVO A., *La confisca obbligatoria in rapporto all'estinzione del reato per amnistia*, in *Arch. pen.*, 1947, II, p. 204.

⁸⁰ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 20.

⁸¹ CACCIAVILLANI I., GIUSTOZZI R., *Sulla confisca*, cit., c. 474.

⁸² Cito solo due autori che si sono occupati nello specifico del problema, e le cui opinioni sono riprese dalla dottrina successiva: CASALINUOVO A., *La confisca obbligatoria*, cit., p. 205; SABATINI A., *Ancora sui rapporti*, cit., c. 563. Merita interesse per la sua originalità e l'attenzione al diritto di difesa, l'opinione di GRASSO G., *Sub art. 240*, cit., p. 537, il quale afferma che anche quest'ultima sarebbe soluzione non soddisfacente "perché al verificarsi della causa estintiva l'indagato viene privato della possibilità di provare la propria innocenza, e cioè l'assenza di criminalità del fatto" e conclude che al sopraggiungere della causa estintiva, la confisca delle cose relativamente criminose non sarebbe ammissibile, salvo il caso in cui l'amnistia sopraggiunga nel corso del procedimento di cassazione rispetto alla confisca disposta in *prime cure*.

Parte della dottrina ha invece adottato una posizione opposta, sostenendo che in caso di cose assolutamente criminose "il fatto–reato agisce indipendentemente dal suo accertamento"⁸³, sopravvivendo ad ogni estinzione legale, con le conseguenze giuridiche che la legge riconnette alla sussistenza del reato, e non alla condanna, tra le quali è ricompresa la confisca *ex art. 240 comma 2 n. 2 c.p.* Contro tali considerazioni però, si può rilevare che un fatto non è mai reato di per sé, ma è reato in quanto è dichiarato tale a seguito di un accertamento, giacché la qualità di reato è una qualificazione giuridica, di un fatto che non è *ab origine* illecito nella realtà, ma lo diventa attraverso la sua sussunzione nella norma incriminatrice.

Della questione si è occupata anche la giurisprudenza: a fronte di decisioni nelle quali si ritiene che l'amnistia precluda indagini sul fatto⁸⁴ (con ciò che ne consegue per quanto riguarda la confisca), ve ne sono altre dove si afferma che "nel caso di estinzione del reato, la confisca è subordinata all'esistenza [...] del fatto costituente reato, accertamento che non trova ostacolo nell'art. 592 c.p.p., perché l'indagine da compiere non investe questioni relative all'azione penale, bensì l'applicazione di una misura di sicurezza, sottratta all'effetto preclusivo dell'amnistia"⁸⁵.

A quest'ultimo orientamento giurisprudenziale si è replicato che tra le questioni relative all'azione penale, il cui accertamento è precluso dall'amnistia, rientra *anche* la sussistenza del reato, presupposto necessario della confisca⁸⁶, e che il giudice non può contestualmente dichiarare estinto il reato e dichiararlo esistente ai fini della confisca⁸⁷.

⁸³ SCARDIA M., *Ancora in tema di rapporti tra confisca ed amnistia*, in *Riv. pen.*, 1948, p. 624.

⁸⁴ Cass. pen., sez. III, 9 aprile 1946, Fanelli, in *Giust. pen.* 1947, II, c. 562; Cass. pen. sez II, 9 agosto 1945, Schiaralli, in *Giust. pen.* 1947, II, c. 565; Cass. pen., sez. III, 18 ottobre 1966, Marchesi, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 1969, p. 974.

⁸⁵ Cass pen., SS UU., ud. 22 gennaio 1983, Marinelli, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1737; Cass pen., SS UU., dep. 26 aprile 1983, Costa, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1742.

⁸⁶ SERIANNI V., *La confisca e le cause*, cit., p. 979.

⁸⁷ SABATINI G., *Ancora sui rapporti*, cit., c. 563.

1.4. La tutela del terzo e il concetto di appartenenza

Come si è visto in precedenza, la circostanza che la cosa confiscanda appartenga a persona estranea al reato, impedisce la confisca facoltativa, quella obbligatoria del prezzo e quella delle cose relativamente criminose.

Tale regola è imposta anche dal principio di stretta legalità, valido anche per le misure di sicurezza ex art. 199 c.p. e 25 comma 2 Cost., che impongono di non applicare misure di sicurezza a persone non espressamente previste dal legislatore⁸⁸.

E' necessario allora precisare chi debba essere inteso quale "persona estranea al reato" e quale posizione giuridica soggettiva debba coincidere con "appartenenza".

Anzitutto, il momento per valutare l'appartenenza della cosa ad un terzo è quello in cui la confisca deve essere ordinata e non il momento di commissione del reato, perché ciò è più rispettoso del diritto del terzo che abbia acquistato in buona fede la cosa in epoca successiva al reato e più aderente a una concezione della pericolosità come rapporto reo-cosa, che verrebbe eliminata dall'atto dispositivo⁸⁹. Questo, a meno che la confisca non sia stata preceduta da un sequestro preventivo ex art. 321 comma 2 c.p.p., eseguito al fine di assicurare l'ablazione definitiva; in tal caso, avendo il sequestro l'effetto di congelare la situazione giuridica del bene, attraverso lo spossessamento del proprietario, il momento valutativo dell'appartenenza è quello di disposizione della misura cautelare⁹⁰.

Per estraneo al reato, secondo la dottrina più risalente deve intendersi non solo chi non sia concorso, con una condotta attiva od omissiva, nella commissione del reato, ma anche chi non abbia partecipato ad un reato teleologicamente connesso ex art. 61 n. 2 o comunque all'altro legato da un vincolo di accessorialità o consequenzialità⁹¹. Esempio classico di non estraneo sarebbe il ricettatore o favoreggiatore rispetto al reato presupposto, e tale orientamento sarebbe giustificato dal fatto che "la legge dica estranee anziché non partecipi"⁹², laddove se per

⁸⁸ GULLO D., *La confisca*, cit., c. 52; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 128.

⁸⁹ *Ex multis* v. ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 34; MANZINI V., *Trattato*, cit., p. 390.

⁹⁰ Per un'analisi del sequestro preventivo, v. GUALTIERI P., *Sub art. 321*, in *Codice di procedura penale commentato*, a cura di GIARDA A.-SPANGHER G., in particolare pp. 3862 ss.

⁹¹ DE MARSICO A., *Commento*, cit., p. 965; FROSALI R.A., *Sistema*, cit., p. 583; GUARNERI G., *La confisca*, cit., p. 42; MANZINI V., *Trattato*, cit., pp. 389,390.

⁹² DE MARSICO A., *Commento*, cit., p. 965.

"estraneo" avesse voluto intendere esclusivamente il non concorrente, avrebbe usato quell'espressione.

A tale opinione si è giustamente ribattuto che è dubbio che da una connessione materiale o causale "si possa inserire l'attività del ricettatore o favoreggiatore in un processo causale precedente, posto in moto da altri, così da far subire al ricettatore e al favoreggiatore le conseguenze di una condotta che non hanno esplicat[o]"⁹³.

La dottrina più recente pertanto, sostiene che non sia estraneo esclusivamente l'autore o il concorrente nel reato, poiché risulterebbe contrastante con il principio di *personalità* della responsabilità penale far subire ad un soggetto le conseguenze giuridiche di un fatto diverso da quello dallo stesso realizzato⁹⁴; al ricettatore non potrà essere confiscato il veicolo col quale ha commesso il reato di ricettazione per connessione col delitto di furto, del quale egli non è concorrente, potendo invece essere confiscato in relazione alla ricettazione.

La questione è particolarmente delicata, perché quest'orientamento, aderente al dettato costituzionale, può mostrare il fianco a manovre elusive da parte dell'autore del reato, il quale potrebbe cedere simulatamente il prezzo o il profitto a un terzo oppure utilizzare per commettere il reato un bene appartenente a un terzo, colluso o meno, così evitando la confisca⁹⁵.

La Corte Costituzionale⁹⁶, e la giurisprudenza più recente in concordanza con essa⁹⁷, introducono un elemento soggettivo nella nozione di estraneità, richiedendo anche la buona fede del terzo (ad esempio, in relazione all'acquisto del bene rubato)

⁹³ SANSÒ L., *La nozione di "estraneo al reato" ai sensi dell'art. 240 c.p.*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 196.

⁹⁴ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 35; CACCIAVILLANI I, GIUSTOZZI R., *Sulla confisca*, cit., c. 467; GATTA G., *Sub art. 240*, cit., p. 1419; GRASSO G., *Sub art. 240*, cit., p.530; MARINUCCI G.–DOLCINI E., *Manuale*, cit., p. 599; MASSA M., *La confisca*, cit., p. 983.

⁹⁵ ARDIZZONE U., *Confisca e diritto di proprietà di terzi sulla cosa*, in *Giust. pen.*, 1948, II, c.71 ss, il quale, in tema di contrabbando e confisca del mezzo di trasporto, giustifica il sacrificio del terzo per ragioni di politica criminale; LUNGHINI G., MUSSO L., *La confisca*, cit., p. 19; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 129.

⁹⁶ V. tra le tante, Corte Cost., sent. 1/1997.

⁹⁷ Cass. pen., sez. III, ud. 4 novembre 2008, n. 46012; Cass. pen. SS. UU, 28 aprile 1999, Bacherotti, in *Foro it.*, 1999, II, c. 571.

o l'assolvimento di un onere di vigilanza⁹⁸ (per quanto riguarda lo strumento del reato di proprietà del terzo, sottratto a costui).

Per quanto riguarda il concetto di "appartenenza", un primo orientamento ritiene che questo sia più ampio della nozione di proprietà⁹⁹, ricomprendendo i diritti reali di godimento o di garanzia su cosa altrui, e pertanto si afferma che "ogni qualvolta sulla cosa confiscanda esistano diritti appartenenti a persone estranee al reato a causa del quale è disposta la confisca, tali diritti debbono essere salvaguardati"¹⁰⁰, non escludendosi con ciò che non possano essere confiscati i diritti del reo sulla cosa.

Una seconda corrente di pensiero sostiene che l'appartenenza coincida con il diritto di proprietà e che solo tale diritto reale impedisca la confisca, anche se lo Stato acquista il bene gravato dagli stessi oneri che gravavano sul proprietario espropriato¹⁰¹.

Le due linee interpretative quindi, differenti nei presupposti, coincidono nell'esito, richiedendo entrambe il rispetto del diritto del terzo; questo principio è accolto dalle sezioni unite della Suprema Corte le quali, nella sentenza 28 aprile 1999, Bacherotti, hanno affermato che i diritti reali di garanzia di un terzo gravanti sul bene confiscato non vengono pregiudicati da tale provvedimento anche se il terzo abbia oggettivamente tratto vantaggio dal reato, purché provi di trovarsi in una situazione di buona fede e affidamento incolpevole¹⁰².

Il sistema così ricostruito pare essenzialmente corretto:

- a. perché attento al principio di personalità della responsabilità penale così da evitare una *responsabilità oggettiva* da diritto su cosa confiscanda;

⁹⁸ Critico ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 35; ma v. su questo discorso *infra* cap. III.

⁹⁹ In dottrina, v. CHIAROTTI F., *Il concetto di appartenenza nel diritto penale*, Milano, 1950, pp. 88 e ss., *Ibidem*, *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca*, in *Giust. pen.*, 1956, II, c. 636 ss; MASSA M., *La confisca*, cit., p. 983. In giurisprudenza, v. Cass. pen., SS. UU., 18 maggio 1994, Longarini, in *Foro it.*, 1995, c. 288; Cass. pen., sez. III, (ud. 24 marzo 1998) 12 maggio 1998, n. 5542, Galantino.

¹⁰⁰ CHIAROTTI F., *Il concetto*, cit., p. 100.

¹⁰¹ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 24; GATTA G., *Sub art. 240*, cit., 1417; GRASSO G., *Sub art. 240*, cit., p. 531; GUARNERI G., *La confisca*, cit., p. 42; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 129

¹⁰² In *Foro it.*, 1999, II, c. 571.

- b. perché valorizza il principio di pericolosità della cosa in quanto appartenente a una persona, neutralizzando il diritto della quale si assolve alla funzione preventiva della confisca, senza necessità di coinvolgere il diritto di un terzo¹⁰³;
- c. perché conforme ai principi di diritto privato in tema di espropriazione forzata, rispetto alla quale la confisca non è dissimile quanto agli effetti sulla sfera giuridica del proprietario espropriato. E' ormai pacifico presso la dottrina processualcivilistica che l'espropriazione (e così la confisca) è un acquisto a titolo *derivativo*, in cui la misura dell'acquisto dell'avente causa (qui, lo Stato) è determinata dalla misura del diritto che sulla cosa aveva il dante causa¹⁰⁴.

1.5. Può una cosa essere pericolosa?

Il concetto di pericolosità della cosa è fondamentale per comprendere l'istituto della confisca e per distinguerla da un'ablazione patrimoniale con finalità repressiva. Chi nega la possibilità di una sua teorizzazione, nega anche recisamente che la confisca possa mai avere la finalità preventiva che il codice vorrebbe attribuirle¹⁰⁵.

Per pericolosità deve intendersi ai nostri fini la probabilità che si verifichi un reato; se per prevenzione s'intende l'eliminazione delle cause del reato o la creazione di ostacoli al verificarsi dello stesso, la prevenzione in relazione alle cose pericolose consisterà nell'eliminazione di una cosa in quanto causa del reato¹⁰⁶.

Questo sembra essere anche il concetto di partenza del legislatore, il quale giustifica l'introduzione della confisca poiché tende alla "eliminazione di cose che,

¹⁰³ Sul punto, v. *infra* par. seguente.

¹⁰⁴ Rimando sul punto, poiché non è oggetto della presente trattazione, a LUISO F.P., *Diritto processuale civile, volume III, Il processo esecutivo*, Milano, 2009, pp. 157 ss.

¹⁰⁵ "Dire che esiste una confisca preventiva solo perché il c.p., inesattamente, ha collocato la confisca tra le misure di sicurezza,, che hanno carattere preventivo; dire che la confisca discende da un esame di pericolosità della cosa solo perché le misure di sicurezza personali derivano dalla pericolosità delle persone [...], significa accostare l'inaccostabile e porta a tale confusione e groviglio di concetti per cui si perdono, in indagini superflue, i caratteri netti ed i contorni dell'istituto". Così ARDIZZONE U., *Confisca e diritto*, cit., c. 82.

¹⁰⁶ Per il concetto di pericolosità, naturale e giuridica, in relazione alla cosa, v. IACCARINO C.M., *La confisca*, cit., p. 17-78.

provenendo da fatti illeciti penali, o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, mantengono viva l'idea e l'attrattiva del reato"¹⁰⁷.

Tuttavia, la dottrina è divisa sul concetto di pericolosità della cosa, intesa come probabilità del verificarsi di ulteriori reati, probabilità tratta dal fatto che la cosa è in vario modo connessa a un reato già verificatosi.

L'unico punto sul quale sembra esserci concordia è che per le cose assolutamente vietate (la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione, alienazione è *sempre* vietata) sia corretto parlare di pericolosità in sé, in quanto cose inderogabilmente destinate a commettere o costituire reato¹⁰⁸.

Sul prezzo, sul prodotto, sul profitto sugli strumenti e sulle cose solo relativamente vietate però le opinioni non sono unanimi.

Parte della dottrina, riprendendo l'espressione di un autorevole commentatore secondo il quale nella confisca "dalle cose la pericolosità passa al soggetto"¹⁰⁹, intende la pericolosità non come attitudine della cosa a creare un danno¹¹⁰, ma come possibilità che la cosa, qualora lasciata nella disponibilità del reo, costituisca per lui stimolo o agevolazione a commettere ulteriori illeciti¹¹¹.

Tale affermazione sembra ammettere che una cosa non è mai di per sé pericolosa, ma è pericolosa in relazione all'utilizzo che di questa può farne un soggetto o all'influenza che su di questo può avere la cosa stessa; e da tale concetto relazionale, altra parte della dottrina argomenta la fondamentale ambiguità del concetto di pericolosità della cosa, dato che il legislatore non stabilisce a quali condizioni una cosa possa essere considerata pericolosa e che quindi sfocia in considerazioni attinenti alla personalità del condannato¹¹².

¹⁰⁷ *Rel. min.*, cit., p. 245.

¹⁰⁸ V. per tutti FURFARO S., *La confisca*, cit., p. 204.

¹⁰⁹ BETTIOL-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale*, cit., p. 990, che così traduce l'idea espressa dalla *Relazione ministeriale*.

¹¹⁰ Come, secondo questo orientamento, intendeva MANZINI V., *Trattato*, cit., p. 383, il quale nega la pericolosità in relazione alle cose, tranne quelle assolutamente criminose.

¹¹¹ Aderiscono a tale orientamento, tra gli altri: CACCIAVILLANI I., GIUSTOZZI R., *Sulla confisca*, cit., c. 463; GUARNERI G., *La confisca*, cit., p. 40; GULLO D., *La confisca*, cit. c. 42 (il quale fa riferimento al proverbio "l'occasione fa l'uomo ladro" e afferma che per eliminare la possibilità di delinquere è necessario stroncare l'occasione); MASSA M., *La confisca*, cit., p. 983.

¹¹² ALESSANDRI A., *La confisca*, p. 14; FIORAVANTI L., *Brevi cenni*, cit., c. 506; FROSALI R.A., *Sistema*, cit., p. 447 (il quale parla di pericolosità direttamente delle cose, ma in realtà fondata sul concetto normale di pericolosità sociale); FURFARO S., *La confisca*, cit., p. 202; GRASSO G., *Sub art. 240*, cit., p. 523.

La pericolosità, si conclude, è sempre pericolosità di un soggetto, seppure in relazione a un oggetto; da queste argomentazioni, parte della dottrina nega la finalità preventiva della confisca e ne considera inesatta la sistemazione codicistica tra le misure di sicurezza¹¹³, ma di questo tratteremo nel capitolo II.

2. Alcune ipotesi speciali di confisca

Come emerso dalle pagine precedenti, gli aspetti più critici della confisca prevista nella parte generale del codice penale, sono:

- a. l'altalenanza tra applicazione obbligatoria e facoltativa della misura, posto che c'è stata e c'è tuttora una tendenza soprattutto giurisprudenziale a considerare obbligatori casi di confisca che il legislatore vorrebbe facoltativi;
- b. il nesso di pertinenzialità–strumentalità tra la cosa e il reato, che se inteso in modo stretto è suscettibile di sacrificare istanze pur legittime di politica criminale;
- c. il necessario presupposto della condanna – quale esito di un processo durante il quale si dimostra al di là di ogni ragionevole dubbio la colpevolezza dell'imputato – che legittima l'ablazione;
- d. la tutela dei diritti dei terzi – corollario del principio di personalità della responsabilità penale – a volte osservata con circospezione per le elusioni all'applicazione dell'istituto di cui può essere il veicolo.

Non a caso, è proprio su questi aspetti controversi che insisterà il legislatore quando introdurrà nuove ipotesi di confisca, che non si distaccano però del tutto dall'istituto di riferimento previsto dall'art. 240 c.p., il quale mantiene una funzione di suppleanza, tanto "regolatrice", per quanto riguarda la disciplina applicativa non espressamente stabilita dalle ipotesi speciali, quanto "operativa", essendo talvolta applicabile la confisca *ex art. 240* se quella speciale non può operare.

¹¹³Chiarissimo ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 17: "Le cose in sé – pare banale dirlo – non possono avere alcun potere di rinforzo se non in relazione allo specifico, concreto orientamento psicologico e comportamentale del soggetto. Ed allora la cosiddetta pericolosità oggettiva [...] è in fondo tributaria, seppur genericamente, [...] della pericolosità personale: emerge, nel complesso, una nozione ibrida, inafferrabile, disposta a riempirsi di scelte fortemente soggettive, intuitive, che costituiscono collaudati veicoli di infiltrazioni repressive".

Saranno altre le misure a distinguersi nettamente dalla confisca classica, ma di queste tratteremo in seguito¹¹⁴.

Già in queste prime ipotesi però, il legislatore mostra la sua insofferenza per il rigido modello dell'art. 240 c.p. e per le regole che esso impone, creando un "binario parallelo"¹¹⁵ a esso, quasi che, ogni qualvolta una regola si mostri non malleabile oltre misura – o forse sarebbe meglio dire *inderogabile* per il suo contenuto di garanzia – secondo i fini che il legislatore stesso si prefigge, esso ricorra *sic et simpliciter* a creare nuove regole più consone ai suoi fini¹¹⁶.

Sopra tutte, torna prepotentemente la questione del concetto di pericolosità, dal momento che la legge comincia a prevedere sempre più ipotesi di confisca obbligatoria, cioè di pericolosità presunta *iuris et de iure*. Ma, come si è evidenziato in precedenza nel paragrafo 1.5., il concetto di pericolosità della cosa è evanescente, e si confonde per non dire coincide con quello di pericolosità sociale che postula necessariamente – in quanto pericolosità di un soggetto – una valutazione soggettiva, e non può mai essere presunta¹¹⁷.

L'incremento delle ipotesi di confisca obbligatoria inoltre infiamma il dibattito sulla natura giuridica della confisca, già acceso in relazione all'art. 240, spingendo quest'istituto sempre più verso il *genus* delle pene¹¹⁸; la stessa Corte costituzionale aveva del resto avuto modo di affermare, già nel 1974, che "l'applicazione dell'istituto della confisca obbligatoria [...] snatura il carattere della

¹¹⁴ V. *infra* par. 3 e ss.

¹¹⁵ L'espressione è di FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, p. 233.

¹¹⁶ Il riferimento, se non è chiaro, è al dilemma del c.d. "doppio binario", del quale tratteremo brevemente nel cap. II.

¹¹⁷ Così anche DIES R., *La confisca del veicolo prevista dall'art. 186, commi 2 e 7, cod. str., tra disorientamenti interpretativi e caos normativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 2040.

¹¹⁸ Oltre ai quattro casi espressamente analizzati – la confisca per il delitto di associazione mafiosa, par. 2.1; la confisca per il reato di contrabbando, par. 2.2; la confisca per il reato di lottizzazione abusiva, par. 2.3; la confisca per il reato in guida in stato di ebbrezza e alterazione da stupefacenti – si ricordino tra le altre: la confisca del denaro e degli strumenti destinati al gioco d'azzardo *ex art.* 722 c.p.; la confisca nei confronti delle associazioni terroristiche, *ex art.* 270 *bis* c.p., estesa anche agli "impieghi"; la confisca *ex art.* 446 in caso di condanna per uno dei delitti di cui agli artt. 439, 440, 441, 442 c.p.; la confisca in tema di immigrazione clandestina prevista dall'art. 12 d.lgs. 286/1998; la confisca nella legislazione sui rifiuti in generale (d.lgs. 152/2006) e in particolare per "l'emergenza Campania" (d.l. 172/2008, conv. in l. 210/2008); e altre ancora.

misura di sicurezza così come è strutturata e introdotta nel codice vigente e ne fa uno strumento anomalo di ambigua collocazione giuridica"¹¹⁹.

Ma su questi temi torneremo anche in seguito; esamineremo qui di seguito alcune ipotesi speciali di confisca, necessariamente limitate nel numero per ragioni di spazio, ma significative, perché in esse affiorano i problemi sopra evidenziati e sono state – e alcune di esse sono tuttora – al centro di un acceso dibattito in dottrina e giurisprudenza.

2.1. La confisca ex art. 416 bis comma 7 c.p.

La l. 646/1982, introducendo nel nostro ordinamento il delitto di associazione per delinquere di tipo mafioso, ha previsto, nei confronti dei condannati per tale reato, la confisca obbligatoria "delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego".

Due le novità rispetto all'art. 240 c.p. :

- a. l'obbligatorietà dell'ablazione si estende agli strumenti del reato, al prodotto e al profitto;
- b. è espressamente prevista la confisca degli impieghi, cioè delle utilità economiche in cui sia stato trasformato l'originario prezzo, prodotto, profitto.

Per quanto riguarda la novità *sub a.*, la dottrina unanimemente sottolinea come l'obbligatorietà della confisca anche al di là dello steccato posto dall'art. 240 – il cui oggetto siano quindi cose che non sono intrinsecamente criminose e non costituiscono il prezzo del reato – ne accentui il carattere afflittivo e la finalità general-preventiva¹²⁰. Essa viene considerata pena accessoria piuttosto che misura di

¹¹⁹ Corte cost., sent. 229/1974.

¹²⁰ Cito solo gli autori che si sono occupati di quest'ipotesi di confisca in particolare, dal momento che analoghi rilievi sono svolti da altri autori riferendosi ad altre ipotesi o in generale: FIANDACA G., *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982 n. 646*, in *Leg. pen.*, 1983, p. 267; GIALANELLA A., *Patrimoni di mafia*, Napoli, 1998, p. 38; INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996, p. 89; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 446; PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, p. 232; SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997, p. 187; TURONE G., *Problematiche giuridiche attinenti alla dimensione economica delle associazioni mafiose*, in *Quaderni del csm*, I, 1999, p. 8, in www.csm.it

sicurezza, perché svincolata da una valutazione della pericolosità della cosa per l'influenza che questa può avere su un soggetto – volendo accogliere la tradizionale nozione relazionale di pericolosità –, necessaria se si vuole rispettare la funzione di prevenzione speciale tradizionalmente riconosciuta alla confisca, e possibile solo attraverso una valutazione del giudice *ex art. 202, 203 c.p.*¹²¹.

A fronte di quest'opinione, la Cassazione è ferma nel considerarla misura di sicurezza patrimoniale, rispettando la qualificazione operata dal legislatore cui il *nomen confisca* rinvia¹²².

Per quanto riguarda la novità della confiscabilità degli impieghi, essa si ricollega alla circostanza aggravante a effetto speciale prevista dal precedente comma 6, e cioè all'attività di riciclaggio – ossia al riutilizzo dei proventi dell'illecito in attività lecite¹²³; tale novità è tesa ad evitare che tale reimpiego in altra attività o comunque la trasformazione in altra utilità economica, recidendo il nesso di derivazione della cosa dall'illecito, impediscano la confisca.

Si tratta di una preoccupazione particolarmente avvertita nei confronti della criminalità organizzata, che, in quanto forma di criminalità anche economica, ha nel profitto uno dei suoi obiettivi principali e nel suo reinvestimento, in attività lecite o illecite, uno dei suoi *modus operandi* tipici¹²⁴; si accolgono così le perplessità sollevate da larga parte della dottrina, circa la strettezza del filtro di derivazione causale del profitto dall'illecito e la possibilità che questa strozzi l'esigenza di recuperare le ricchezze ingiustamente accumulate¹²⁵.

E' comunque necessario, affinché si possa procedere all'ablazione, che l'accusa dimostri la correlazione – vuoi nel senso di derivazione, per quanto concerne prezzo, prodotto, profitto, vuoi nel senso di strumentalità, per quanto riguarda le cose che "servirono" o "furono destinate" – tra il bene da confiscare e il

¹²¹ A meno che non si voglia accogliere l'assunto per il quale il "mafioso" è sempre pericoloso. Questo dimostra come torni alla ribalta il concetto di pericolosità, che forse è il cuore del problema sulla natura giuridica della confisca.

¹²² Cass. pen. SS. UU., 26 ottobre 1985, Piromalli, in *Giur. it.*, 1986, II, c. 209.

¹²³ MACRÌ C., MACRÌ V., *La legge antimafia*, Napoli, 1982, pp. 42, 43.

¹²⁴ Si veda TURONE G., *Problematiche giuridiche*, cit., p. 1.

¹²⁵ Il discorso è stato svolto *supra* ai par. 1.2.2. e 1.3., e avrà come naturale esito l'istituzione della confisca per equivalente, che tratteremo al par. 3.

reato, perché la misura non si estende a beni che non abbiano tale rapporto, dimostrato, con il delitto associativo¹²⁶.

Nei primi commenti al comma 7 dell'art. 416 *bis*, sono stati mossi dubbi sull'effettiva portata applicativa di questa nuova forma di confisca obbligatoria, anche degli "impieghi", dal momento che il profitto sembrerebbe derivare non tanto dal reato-mezzo (l'associazione mafiosa), quanto piuttosto dal reato-fine (ad es., l'usura e l'estorsione), nei confronti del quale sarebbe possibile solo la confisca "classica", che non permette la confisca degli impieghi e che è obbligatoria in un ambito più ristretto¹²⁷; e questo sarebbe confermato dalla scarsa applicazione della norma¹²⁸. Si ribatte a quest'opinione che poiché i reati-fine sono compiuti all'interno dell'associazione criminosa, quanto conseguito diviene profitto anche del delitto associativo, e dev'essere confiscato anche in relazione al reimpiego¹²⁹.

2.2. La confisca per il reato di contrabbando

Nei confronti del reato di contrabbando, il legislatore si mostra inflessibile. L'art. 116 l. n. 1424/1940¹³⁰ prima dei ripetuti interventi della Corte costituzionale – e delle modifiche legislative che tali interventi richiesero – fino alla trasfusione nell'attuale art. 301 t.u.l.d., d.P.R. n. 43/1973¹³¹, si rivelava particolarmente incline a sacrificare il diritto di proprietà dei terzi su beni variamente collegati al reato di

¹²⁶ BRUNO L.G., *Il contrasto all'illecita accumulazione della ricchezza: dal sistema antiriciclaggio alle forme di confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 357; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 444. Si sottolinea quindi la diversità di tale forma di confisca con la confisca c.d. allargata e con la confisca di prevenzione, che verranno trattate in appositi paragrafi.

¹²⁷ FIANDACA G., *Commento*, cit., p. 268.

¹²⁸ GIALANELLA A., *Patrimoni*, cit., p. 39.

¹²⁹ MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 446; PALAZZO F., *La recente legislazione*, cit., p. 233.

¹³⁰ Che sostituiva l'art. 108 del t.u. del 1896, il quale, come riformulato dalla l. n. 2676/1928, non rispettava assolutamente il diritto sul bene da confiscare del terzo estraneo al reato, ed era perciò criticato in dottrina, ad es. da NUVOLONE P., *Presunzione di colpa nella confisca dei mezzi di trasporto non appartenenti all'esecutore del contrabbando?*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1940, I, p. 392. Tale autore propugnava una lettura della norma, e in particolare del termine "esecutore", orientata al rispetto del principio di personalità della responsabilità penale.

¹³¹ Sul quale v. PRONTERA S., *Sub art. 301*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO F.–PALIERO C.E., Padova, 2007. p. 810.

contrabbando, in virtù di esigenze di repressione dei reati e di tutela dell'interesse finanziario dello Stato, che trovavano eco favorevole in parte della dottrina¹³².

La disciplina della confisca prevista dall'art. 301 t.u.l.d. si differenzia tuttora rispetto a quella generale dell'art. 240:

- a. per essere obbligatoria, circostanza questa resa evidente dall'utilizzo nel primo comma della locuzione "è sempre";
- b. per essere prevista anche nei confronti di una *res* particolare e tipica del reato di contrabbando, cioè ciò che ne è "l'oggetto";
- c. per non essere vincolata alla sentenza di condanna, anche se su questa questione non vi è uniformità di vedute, poiché parte della dottrina e la giurisprudenza maggioritaria giunge a questa soluzione per l'utilizzo dell'espressione "nei casi di contrabbando"¹³³, mentre altra parte ritiene che, non espressamente derogando sul punto l'art. 301 all'art. 240, valga in questo caso la disciplina generale e il necessario presupposto della sentenza di condanna¹³⁴;
- d. per l'affievolita tutela offerta al terzo estraneo al reato, anche a seguito delle modifiche legislative e degli interventi del giudice delle leggi.

E' quest'ultima per l'appunto la questione più controversa.

L'art. 301 prevedeva nella sua formulazione originaria¹³⁵ – e sul punto altro non era che una trasposizione dell'art. 116 l.d. – un richiamo all'art. 240 e al rispetto della posizione del terzo estraneo al reato, esclusivamente in relazione ai mezzi di trasporto utilizzati per compiere l'illecito penale; il silenzio in relazione al prodotto, al profitto, al prezzo, all'oggetto e agli altri strumenti del reato, era inteso come sintomo della *voluntas* del legislatore di confiscare tali cose anche se appartenenti a terzi estranei e di reprimere in modo particolarmente energico il fenomeno del contrabbando.

¹³² ARDIZZONE U., *Confisca e diritto di proprietà*, cit., c. 81 e ss.

¹³³ VINCIGUERRA S., *I delitti doganali, p.te generale*, Milano, 1963, p. 382; PRONTERA S., *Sub art. 301*, cit., p. 812.

¹³⁴ SANSÒ L., *La confisca nel diritto penale finanziario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1949. p. 395; si ripropone anche per quest'ipotesi speciale il dibattito già visto *supra* per l'istituto di parte generale, che comporta notevoli riflessi sulla presunzione d'innocenza, esaminati *infra* nel cap. III.

¹³⁵ Prima cioè degli interventi della Corte costituzionale, esaminati *infra*.

Quest'intento repressivo si traduceva però in un sacrificio del diritto di proprietà del terzo e in una lesione del principio di *personalità* della responsabilità penale, poiché faceva subire a un soggetto estraneo al reato le conseguenze giuridiche – nella specie, la confisca – di un'azione cui non aveva preso parte. Inoltre, e su questa conclusione concordava anche quella parte della dottrina che legittimava il sacrificio della posizione giuridica del terzo per le esigenze di prevenzione generale connesse al contrabbando¹³⁶, ciò sbilanciava la confisca verso il *genus* "pena" e l'allontanava dalla finalità preventiva delle misure di sicurezza¹³⁷.

Ed è anche da questa distanza rispetto alla disciplina dell'art. 240 che ha preso le mosse la Corte costituzionale, la quale ha progressivamente ricondotto la confisca per il reato di contrabbando al rispetto dell'art. 27 comma 1, con esiti però non pienamente soddisfacenti per quanto riguarda il rispetto di altri principi costituzionali.

Con la sentenza 229/1974 innanzitutto, la Corte dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 116 comma 1 l.d. – trasfuso poi nell'attuale art. 301 – nella parte in cui impone la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, anche nell'ipotesi di loro appartenenza a persone estranee al reato, alle quali non sia imputabile un difetto di vigilanza sull'utilizzazione illecita della cosa¹³⁸.

Per quel che ci interessa, la sentenza della Corte costituzionale argomenta che se è lecito prevedere delle cose che devono essere necessariamente confiscate, a chiunque appartengano, in ragione della loro illiceità assoluta per condizioni intrinseche alle cose stesse – è il caso dell'art. 240 comma 2 n. 2 – altrettanto non può dirsi per cose che non sono criminose *ab origine*, ma lo diventano allorquando vengono utilizzate o destinate a commettere un reato, perché in tal caso l'illiceità

¹³⁶ ARDIZZONE U., *Confisca e diritto di proprietà*, cit., c. 86.

¹³⁷ Tutto ciò, lo sottolineo nuovamente, all'interno di un mai sopito dibattito sulla natura giuridica della confisca, e di una lontananza rispetto al paradigma delle misure di sicurezza che la previsione codicistica dell'art. 240 presenta di per sé.

¹³⁸ Oltre che, per illegittimità consequenziale ex art. 27 l. 87/1953, dell'art. 87 comma 1, l. 17 luglio 1942, n. 907 (legge sul monopolio dei sali e dei tabacchi).

deriva da una qualificazione giuridica – e cioè l'essere la cosa strumento del reato – alla quale il terzo può essere assolutamente estraneo¹³⁹.

La Corte così conclude: "perché la confisca obbligatoria delle cose appartenenti a persone estranee al contrabbando non configuri, a carico di queste, una mera responsabilità oggettiva, in base alla quale, per il solo fatto della appartenenza ad essi delle cose coinvolte, subiscano conseguenze patrimoniali in dipendenza dell'illecito finanziario commesso da altri, occorre che sia rilevabile nei loro confronti un *quid* senza il quale, il reato, pur nella inconsapevolezza di questo, non sarebbe avvenuto o comunque non sarebbe stato agevolato. Occorre, in conclusione, che emerga nei loro confronti almeno un difetto di vigilanza"¹⁴⁰.

Con le stesse argomentazioni, la Corte costituzionale dichiara nel 1976, con la sent. n. 259, l'illegittimità costituzionale dell'art. 116 comma 1 l.d. e dell'art. 301 d.P.R. 43/1973 nella parte in cui non prevedono l'esclusione della confisca delle cose oggetto di contrabbando, che siano state illegittimamente sottratte a terzi, quando tale sottrazione risulti giudizialmente accertata.¹⁴¹

L'ultimo intervento della Corte riguarda il caso in cui il terzo abbia acquistato un bene, oggetto di contrabbando, ignorando senza colpa l'illecita introduzione di esso nel territorio dello Stato. Con la sent. n. 1/1997 viene dichiarata l'illegittimità costituzionale dell'art. 301 comma 1, d.P.R. n. 43/1973, come modificato dall'art. 11 della l. 30 dicembre 1991, n. 413, nella parte in cui non consente alle persone estranee al reato di provare di aver acquistato la proprietà delle cose ignorando senza

¹³⁹ La questione è sollevata in riferimento all'art. 3 Cost, alla luce della diversa disciplina che l'art. 116 prevedeva per gli automezzi e per gli strumenti in generale, facendo discendere irragionevolmente, secondo il giudice *a quo*, il rispetto della posizione del terzo dalla natura dell'oggetto della confisca; in riferimento all'art. 27 Cost., poiché, in totale spregio del principio di personalità della responsabilità penale, dal fatto di reato altrui sorgerebbero conseguenze pregiudizievoli per l'estraneo; in riferimento all'art. 42 comma 2 Cost, perché la confisca si tradurrebbe in un trasferimento coattivo di beni allo Stato senza indennizzo.

¹⁴⁰ Corte cost., sent. 229/1974, pt. 3 del considerato in diritto, in *Dir. prat. tribut.*, 1975, II, p. 59.

¹⁴¹ Nel caso da cui prende le mosse l'intervento della Corte, la confisca aveva portato ad esiti quantomeno paradossali; si trattava infatti di alcune pellicce, le quali, illecitamente sottratte in Svizzera e poi illecitamente introdotte in Italia, erano state prima sequestrate e poi confiscate in quanto "oggetto" di contrabbando. In relazione alla sottrazione illecita, si veda in dottrina SANSÒ L., *La confisca nel diritto penale finanziario*, cit., il quale, a p. 399, oltre a sostenere che in tal caso mancherebbe comunque la ragione di temere una collusione del terzo col reo – essendo il furto giudizialmente accertato – afferma che il diritto alla restituzione della cosa è sorto in capo al derubato prima dell'introduzione illecita nello Stato, e la cosa va restituita.

colpa l'illecita immissione sul mercato¹⁴².

Tale decisione si pone in linea di continuità con le due sentenze sopra citate, delle quali riprende le argomentazioni, aggiungendovi un elemento interessante. Infatti si afferma correttamente che la posizione del terzo in buona fede "è da ritenere protetta dal principio della tutela dell'affidamento incolpevole, che permea di sé ogni ambito dell'ordinamento giuridico e dal quale scaturisce anche la regola generale di circolazione dei beni mobili nel nostro sistema giuridico"¹⁴³; premessa più che corretta, se solo la conclusione non desse adito a qualche sospetto, laddove si afferma che l'interesse finanziario dello Stato può ricevere una tutela privilegiata nei confronti del terzo sul piano processuale.

Si smentisce nell'applicazione pratica ciò che si è appena affermato sul piano teorico: "può quindi risultare non irragionevole una deroga al principio vigente in materia di acquisti di beni mobili secondo il quale la buona fede è generalmente presunta"¹⁴⁴, e tale inversione dell'onere della prova, secondo parte della dottrina – giustificata dal particolare regime giuridico della cosa "oggetto" di contrabbando – non comporterebbe una responsabilità penale per fatto altrui¹⁴⁵.

Se le sentenze appena passate in rassegna sono da condividersi, perché introducono l'art. 27 comma 1 in un ambito prima a questo sconosciuto, autorevole dottrina vi ha mosso critiche¹⁴⁶, sottolineando come il requisito della pronuncia giudiziale introdotto dalla Corte con la sentenza del 1976 possa rappresentare "una presunzione di non estraneità al reato della persona derubata, analoga ad una presunzione di colpevolezza e a discapito della precedenza che dovrebbe spettare ai diritti di proprietà e di libertà di fronte ad una situazione di loro possibile compromissione"¹⁴⁷.

Analoghi rilievi possono essere mossi, e sono mossi in dottrina, per quanto riguarda l'inversione dell'onere della prova in capo al terzo¹⁴⁸. Non è la prima volta,

¹⁴² In *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 150.

¹⁴³ Corte cost., n. 1/1997.

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ Così VENEZIANI P., *Terzo estraneo al contrabbando: un nuovo limite per la confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 821.

¹⁴⁶ VASSALLI G., *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, in *Giur. cost.*, 1977, I, pp. 416 ss.

¹⁴⁷ *Ibidem*, p. 425.

¹⁴⁸ MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 138.

né sarà l'ultima, che ci troveremo di fronte a questo stratagemma processuale in relazione alla confisca. Stratagemma insidioso, perché può consentire l'introduzione di presunzioni di colpevolezza non manifeste, ma più difficili da superare; su questo torneremo nel capitolo III.

L'art. 301 d.P.R. 43/1973, come riformulato dalla legge 30 dicembre 1991, n. 413, dispone nella sua versione attuale: "1. Nei casi di contrabbando è sempre ordinata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono l'oggetto ovvero il prodotto o il profitto. 2. Sono in ogni caso soggetti a confisca i mezzi di trasporto a chiunque appartenenti che risultino adatti allo stivaggio fraudolento di merci ovvero contengano accorgimenti idonei a maggiorarne la capacità di carico o l'autonomia in difformità delle caratteristiche costruttive omologate o che siano impiegati in violazione alle norme concernenti la circolazione o la navigazione e la sicurezza in mare. 3. Si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale se si tratta di mezzo di trasporto appartenente a persona estranea al reato qualora questa dimostri di non averne potuto prevedere l'illecito impiego anche occasionale e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza [...]".

Per quanto riguarda i perduranti profili d'incostituzionalità della norma, si veda il capitolo III.

2.3. La confisca e la lotta all'abusivismo edilizio

La confisca come strumento di repressione del fenomeno degli abusi edilizi – vera e propria piaga nel nostro paese – si dimostra particolarmente interessante.

Non solo perché questa *sanzione* è stata di recente oggetto di un importante intervento da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁴⁹, nel caso *Sud Fondi s.r.l. c. Italia*¹⁵⁰, che tratteremo più avanti, nel capitolo II.

L'interesse è risvegliato anche – e soprattutto, per quel che riguarda la presente sezione – perché particolarmente significativa è la genesi storica di questa forma d'ablazione.

¹⁴⁹ Così è stata qualificata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

¹⁵⁰ Corte EDU, sez. II, *Sud Fondi s.r.l. et al. c. Italia*, sent. 20 gennaio 2009.

Non si tratta di voler ricostruire un quadro storico della repressione dell'abusivismo edilizio; l'intento sincero è quello di cercare di chiarire le finalità di politica criminale perseguite dal legislatore, le quali sono necessarie per cogliere la *ratio* di questa particolare forma di confisca.

Negli anni sessanta-settanta, in concomitanza con il c.d. "miracolo economico", si verificò in Italia una vera e propria speculazione edilizia, spesso abusiva, facilitata dal fatto che le autorità amministrative centrali e locali non si premurarono né di controllare né di reprimere il fenomeno¹⁵¹.

A fronte di questo fatto, la giurisprudenza di merito¹⁵², per sua collocazione geografica attenta al territorio, reagì con decisione pur in assenza di uno strumento giuridico per il caso specifico – posto che le leggi urbanistiche dell'epoca, prevedevano poteri di demolizione e acquisizione gratuita di immobili e terreni al patrimonio del comune, esclusivamente in capo al sindaco¹⁵³ – ricorrendo alla confisca *ex art. 240 comma 1* – in quanto "prodotto" del reato – oppure *ex art. 240 comma 2 n. 2* – in quanto cose la cui fabbricazione costituisce reato – e questa posizione fu condivisa da parte della dottrina¹⁵⁴.

E' interessante notare come tale interventismo giudiziale venisse motivato da un lato con l'esigenza di reprimere un fenomeno preoccupante – ponendo l'accento sulla funzione sanzionatoria della confisca – rispetto al quale le miti pene principali si dimostravano inadeguate, dall'altro con la necessità di reagire all'inerzia delle autorità amministrative competenti, reazione giustificata dal fatto che "il procedimento penale [...] è assistito dal principio di priorità, che vuol dire prevalenza e precedenza del processo penale nei rapporti con le altre forme di tutela"¹⁵⁵.

¹⁵¹ Sul punto, v. GINSBORG P., *Storia d'Italia dal dopoguerra a oggi*, Torino, 1989, p. 334 ss.

¹⁵² *Ex multis*, Pretura di Napoli, 14 maggio 1975, in *Riv. giur. edil.*, 1975, p. 549; si legga l'accorato scritto di AMODIO M., *Lottizzazione abusiva e confisca*, in AA. VV., *Sanzioni e sanatoria nella nuova urbanistica*, Padova, 1985, p. 163, per cogliere le ragioni che spingevano a quest'intervento.

¹⁵³ La situazione è anzi "aggravata" dal fatto che la l. n. 10/1977, all'art. 15, prevede che l'ordinanza di acquisizione del sindaco vada vidimata e resa esecutiva dal pretore territorialmente competente, quindi già regolava, assegnandogli un compito ridotto, il ruolo dell'a.g.o.

¹⁵⁴ ANNUNZIATA M., *La repressione giudiziaria delle costruzioni abusive*, in *Riv. giur. edil.*, 1975, p. 549.

¹⁵⁵ Pretura di Napoli, 14 maggio 1975, cit., p. 552.

Illustri autori si mostrarono particolarmente critici nei confronti di quest'orientamento¹⁵⁶, non solo perché non rispettoso del principio di separazione delle competenze tra autorità giudiziaria e autorità amministrativa, ma anche perché contrario al principio di *sussidiarietà*, che impone che lo strumento penale – data la sua afflittività – venga concepito e utilizzato esclusivamente come *extrema ratio*, cioè quando gli altri strumenti d'intervento di cui l'ordinamento dispone, meno afflittivi per la sfera giuridica privata del loro destinatario, siano inefficaci¹⁵⁷.

La Corte di cassazione si mostrò decisamente contraria alla confisca disposta in sede penale¹⁵⁸, sostenendo che la legge riservava espressamente tale potere all'autorità amministrativa e che i due provvedimenti non potessero cumularsi; si realizzò una vera e propria spaccatura all'interno della giurisprudenza, poiché ciò che i giudici di merito disponevano, i giudici di legittimità cassavano.

Con la l. 28 febbraio 1985 n. 47 il legislatore interviene nella diatriba, avallando la posizione della giurisprudenza di merito¹⁵⁹; l'art. 19 della citata legge – il cui contenuto è oggi riproposto dall'art. 44 d.P.R. 380/2001 – prevedeva al comma 1 che "la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva, dispone la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite"¹⁶⁰.

La giurisprudenza ricorre oggi sistematicamente all'utilizzo di questa disposizione, che però non ha mancato di destare perplessità¹⁶¹. E' interessante

¹⁵⁶ GROSSO C.F., *Abusi edilizi: il nodo delle sanzioni penali*, in AA. VV., *Sanzioni e sanatoria nella nuova urbanistica*, Padova, 1985, pp. 50 ss.; FIANDACA G., TESSITORE G., *Diritto penale e tutela del territorio*, in AA. VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984, p. 86.

¹⁵⁷ Tra l'altro, nel secondo scritto citato alla nota precedente, si mette in luce come l'intervento del giudice penale si possa dimostrare anche controproducente, deresponsabilizzando ulteriormente la p.a. rispetto al suo potere-dovere d'intervenire, e si evidenzia come un'articolazione della tutela penale orientata su un intervento residuale, presupponga una notevole fiducia nei poteri di controllo della pubblica amministrazione.

¹⁵⁸ *Ex multis*, Cass. pen. sez. III, 24 marzo 1972, Rossi, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 831.

¹⁵⁹ Si noti tra l'altro come tale intervento, all'interno della logica condonatoria che ispira tutto il provvedimento, è suscettibile di sanare di fronte ai giudici di legittimità le confische disposte precedentemente, dal momento che la confisca, se inquadrata tra le misure di sicurezza, è passibile d'applicazione retroattiva.

¹⁶⁰ La misura quindi non riguarda tutto il campo dell'abusivismo edilizio, ma solo quello della lottizzazione, che pur ne costituisce l'area maggiore; v. ANNUNZIATA M., *Sequestro e confisca di immobili abusivi*, in *Giur. it.*, 1987, II, c. 121.

¹⁶¹ Tribunale di Roma, 17 aprile 1985, in *Giur. it.*, 1987, II, c. 121; Cass. pen., sez. III, 7 luglio 2004 (dep. 4 ottobre 2004), n. 38730, Vittorioso, in *Giur. it.* 2005, p. 1911; Cass. pen., sez. III, ud. 2 febbraio 2011, n. 6267.

notare come l'utilizzo ne venga giustificato con le stesse ragioni – di repressione dei reati e di supplenza rispetto all'inerzia amministrativa – che venivano addotte in assenza di questa norma.

Ma la questione più interessante è un'altra: secondo la giurisprudenza maggioritaria almeno sino a qualche anno fa¹⁶² e parte della dottrina¹⁶³, si tratterebbe di misura che, unanimemente qualificata come *sanzione amministrativa accessoria reale*¹⁶⁴:

- a. è obbligatoria, per l'utilizzo del verbo "dispone";
- b. può essere disposta anche nei confronti del terzo estraneo al reato, e in particolare dell'acquirente dell'immobile abusivo non consapevole della sua illiceità;
- c. è indipendente dalla sentenza di condanna, e in particolare può essere disposta non solo in caso di estinzione del reato, ma anche quando non sia provato o non sussista l'elemento soggettivo dell'illecito penale, e ciò sarebbe testimoniato dal fatto che la norma richiede che il giudice accerti esclusivamente la sussistenza della lottizzazione abusiva, e quindi il reato nel suo elemento materiale.

A giudizio di chi scrive, le conclusioni *sub* b. e c., possono essere adeguatamente comprese solo se si ha ben presente la genesi storica e la *ratio* di questa forma di confisca, introdotta per dirimere una controversia e per supplire a un'inerzia, assegnando al giudice penale compiti di tutela del territorio non suoi, rispetto ai quali, nell'ottica del legislatore, non è necessario che vi sia stato un reato, ma è sufficiente che si sia verificata una lottizzazione abusiva, che è ciò che il legislatore intende controllare per i fini di pianificazione urbanistica prefissati¹⁶⁵.

Dire questo però, non vale a giustificare la norma; anzi *a fortiori*, per riassegnare al giudice penale i suoi compiti, tra cui quello di repressione dei reati, è necessario ricondurre il sistema a coerenza, e richiedere che il reato sussista in tutti i suoi elementi oggettivi e soggettivi.

¹⁶² *Ibidem*.

¹⁶³ VINCIGUERRA S., *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1912.

¹⁶⁴ Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2011, n. 6267; sul punto v. *infra*, cap. II, par. 6.

¹⁶⁵ Si v. PANZARASA M., *Confisca senza condanna?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1687.

La questione è articolata: tocca il presupposto della sentenza di condanna, che – lo abbiamo visto in precedenza – è discusso e a volte dimenticato; tocca principi, quali quello di *colpevolezza*, di rango costituzionale e convenzionale; è stata recentemente interessata da un intervento della Corte e.d.u.¹⁶⁶. Ne tratteremo pertanto più ampiamente in un capitolo *ad hoc*.

2.4. La confisca dell'autoveicolo tra oscillanti istanze di sicurezza stradale

Negli ultimi anni, il legislatore si è occupato assiduamente dei reati di guida sotto l'effetto di alcool e di sostanze stupefacenti, previsti rispettivamente dall'art. 186 cod. str e dall'art. 187 cod. str.

Il decreto legge 3 agosto 2007, n. 117, convertito con modificazioni con la l. 2 ottobre 2007, n. 160, ha modificato l'art. 186 cod. str., introdotto dalla l. 1 agosto 2003, n. 214 – che aveva reso penalmente rilevante la guida in stato di ebbrezza – prevedendo una partizione del reato, prima unico, in tre ipotesi autonome, distinte per la gravità della violazione, basata a sua volta sulla quantità di alcool riscontrata nel sangue (> 0,5 g/l; > 0,8 g/l; > 1,5 g/l). Inoltre la contravvenzione di rifiuto di sottoposizione all'accertamento alcolimetrico viene depenalizzata e trasformata in illecito amministrativo, con sanzione pecuniaria e sanzioni amministrative accessorie della sospensione della patente e del fermo dell'autoveicolo¹⁶⁷.

Non pago il legislatore è intervenuto un anno dopo con il d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con la l. 24 luglio 2008, n. 125, non solo inasprendo il trattamento sanzionatorio principale degli illeciti di seconda e terza fascia previsti dall'art. 186 cod. str., ma anche prevedendo per l'ipotesi più grave di guida in stato d'ebbrezza la confisca del veicolo. In aggiunta, con la legge di conversione, il rifiuto di sottoporsi al test alcolimetrico viene paragonato alla più grave ipotesi di guida in stato di ebbrezza per quanto riguarda le sanzioni ricollegate.

¹⁶⁶ Sentenza Sud. Fondi s.r.l. c. Italia, cit.

¹⁶⁷ Il difetto principale di questa normativa era la depenalizzazione del rifiuto di sottoporsi al test, che era la fattispecie punita meno severamente, offrendosi così al guidatore un valido motivo per opporre il rifiuto.

L'ultimo intervento (l. n. 120 del 29 luglio 2010), seguito a un'importante sentenza della Corte costituzionale¹⁶⁸, ha nuovamente modificato gli artt. 186, 187 cod. str., introducendo una nuova fattispecie di reato all'art. 186 *bis* cod. str. e ha riplasmato la disciplina della confisca.

Con il "pacchetto sicurezza" del 2008, quindi, il legislatore introduceva per il caso di guida sotto l'effetto di bevande alcoliche *ex art.* 186 comma 2, lett. c), cod. str. e di guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti *ex art.* 187 cod. str., la confisca dell'autoveicolo ai sensi dell'art. 240 comma 2 c.p., salvo che esso appartenesse a persona estranea al reato.

Tale forma di confisca si caratterizzava:

- a. per essere un altro caso di confisca obbligatoria, stante il rinvio al secondo comma;
- b. per essere applicabile in caso di condanna, di applicazione della pena su richiesta delle parti e anche – per esplicita previsione normativa – se fosse stata disposta la sospensione condizionale della pena.

Il richiamo al secondo comma dell'art. 240 era inteso, in dottrina¹⁶⁹ e in giurisprudenza¹⁷⁰, non riferito alla categoria delle cose intrinsecamente criminosi, tra le quali l'autoveicolo non sarebbe potuto rientrare, ma all'obbligatorietà del provvedimento, posto che senza tale rinvio il veicolo sarebbe stato ricondotto alle cose indicate nel primo comma la cui confisca è solo facoltativa.

Non si sarebbe trattato cioè, di una pericolosità assoluta, ma di "una *res* da considerarsi pericolosa solo in relazione a quel soggetto trovato in (grave) stato d'ebbrezza"¹⁷¹; il che – è di tutta evidenza – si poneva in evidente contrasto con la espressa compatibilità della confisca con la sospensione condizionale della pena¹⁷² e faceva assumere alla confisca *de qua* caratteri e finalità di *sanzione*.¹⁷³

¹⁶⁸ Corte cost., 196/2010.

¹⁶⁹ AMATO G., *Carattere sanzionatorio e obbligatorietà assottigliano le motivazioni del giudice*, in *Gui. dir.*, 2009, n. 19, p. 78.

¹⁷⁰ Cass. pen., sez. IV, 30 marzo 2009 (ud. 11 febbraio 2009), n. 13831, Fumagalli, in *Gui. dir.*, 2009, n. 19, p. 74.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 75.

¹⁷² Fondata su una prognosi negativa di pericolosità; il discorso sarà ampiamente svolto al cap. II.

¹⁷³ AMATO G., *Carattere sanzionatorio ed obbligatorietà*, cit., p. 78.

Quanto appena detto non poteva non avere – ed effettivamente aveva – importanti risvolti su un'altra questione assai discussa: quella dell'applicazione retroattiva della confisca.

Il discorso sarà svolto in altra parte del presente lavoro, ma per quel che qui interessa, basti notare che, rinviando l'art. 186 cod. str. alla confisca codicistica, tale rinvio poteva essere inteso anche alla disciplina codicistica delle misure amministrative di sicurezza, che ha nel principio di applicabilità retroattiva posto dall'art. 200 c.p. primo comma uno dei suoi tratti distintivi.

Della questione si era occupata la Corte di cassazione, la quale si era espressa quasi sempre a favore dell'applicazione della confisca anche a fatti accaduti prima dell'entrata in vigore della novella del 2008¹⁷⁴.

Questa posizione mal si conciliava con la natura sanzionatoria della confisca *de qua*, poiché se il principio di retroattività può essere giustificato per quanto riguarda le misure di sicurezza¹⁷⁵, va decisamente respinto per quanto riguarda i provvedimenti a carattere repressivo.

Sono state chiamate a intervenire – a brevissima distanza tra loro – le Sezioni unite della Corte di cassazione e la Corte costituzionale; le prime, sulla qualificazione giuridica della confisca per il caso di rifiuto del test alcolimetrico, la seconda sull'applicazione retroattiva dell'ablazione per la più grave ipotesi di reato *ex art. 186*. Due questioni distinte, ma intimamente connesse, le cui soluzioni si completano a vicenda.

La Suprema Corte, nella sent. n. 23428/2010, Caligo¹⁷⁶, ha preso posizione sulla *querelle* riguardante la natura giuridica della confisca prevista dall'art. 186 comma 7 (rifiuto del test), ma poiché quest'ultimo rinvia alla confisca *ex art. 186* comma 2 lett. c), le Sezioni unite si sono pronunciate indirettamente anche sulla natura giuridica di quest'ultima.

¹⁷⁴ Cass. pen., sez IV, 12 agosto 2009, n. 32932, Simioni; Cass. pen., sez IV, 5 marzo 2009, n. 9986, P.G. in proc. Favè; Cass. pen., sez IV, n. 38179, Meschieri; *contra* Cass. pen., sez. IV, 12 agosto 2009, n. 32916, Ponzoni.

¹⁷⁵ Questa è una domanda – non un'affermazione – cui si cercherà di dare una risposta (negativa, relativamente alla confisca) nel cap. III.

¹⁷⁶ Cass. pen., SS. UU., 18 giugno 2010, n. 23428, Caligo.

Tutto nasce dall'utilizzo di una preposizione, "della", che coordinando la confisca alla sospensione della patente – definita "sanzione amministrativa accessoria" – sottintenderebbe tale qualificazione anche per la confisca.

Questa ricostruzione è respinta:

- a. per argomenti di ordine *letterale*, quali l'uso dell'espressione "sanzione amministrativa" al singolare e non al plurale, uso che sarebbe stato necessario se il legislatore avesse voluto riferirsi anche alla confisca;
- b. per argomenti di ordine *sistematico*, dato il parallelismo istituito tra la confisca di cui al comma 7 e quella prevista dal comma 2 lett. c), posto che il richiamo all'art. 240 contenuto nel comma 2 non è un richiamo alla natura del provvedimento, ma solo alla sua obbligatorietà; posto che l'espressa previsione della possibilità di irrogare la confisca in caso di sospensione condizionale della pena sarebbe inutile se si trattasse di misura di sicurezza – poiché la sospensione condizionale già non si estende alla confisca misura di sicurezza – ma è necessaria trattandosi di pena accessoria, come nel caso;
- c. per la *ratio* complessiva dell'incriminazione legislativa del fenomeno del *drive drinking*, il cui tormentato percorso legislativo è un chiaro indice della volontà del legislatore di individuare lo strumento giuridico più idoneo ad arrestare tale fenomeno, punendo severamente il colpevole e parificando il rifiuto del test alla più grave ipotesi di reato, al fine di evitare elusioni ai controlli.

Secondo le Sezioni unite, le confische previste dai commi 2 e 7 andrebbero pertanto entrambe qualificate come sanzioni penali accessorie¹⁷⁷.

La Corte costituzionale invece nella sent. 196/2010¹⁷⁸ ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 186 comma 2 lett. c), nella parte in cui,

¹⁷⁷ Con ciò che ne consegue soprattutto – che è tra l'altro la questione che dà luogo all'intervento delle SS. UU. – per quanto riguarda la possibilità di disporre il sequestro preventivo *ex art. 321 comma 2 c.p.p.* preordinato alla confisca penale, che non sarebbe stato irrogabile qualora la misura fosse stata qualificata come amministrativa.

contendendo un rinvio all'art. 240 c.p., consente l'applicazione retroattiva della confisca, con ciò ponendosi in contrasto con l'art. 117 comma 1 Cost, per violazione quale parametro interposto dell'art 7 C.E.D.U.¹⁷⁹

Il giudice *a quo* nell'ordinanza di rimessione affermava che tale forma di confisca, lungi dal "soddisfare un bisogno di natura cautelare", realizzerebbe "una funzione sanzionatoria e meramente repressiva"; e ciò sarebbe testimoniato dal fatto che la misura sarebbe applicabile anche quando il veicolo sia incidentato e inutilizzabile – e pertanto privo di attuale pericolosità oggettiva – e inoltre non impedirebbe l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, e quindi non scongiurerebbe il rischio di recidiva¹⁸⁰.

L'iter argomentativo seguito dal giudice delle leggi è interessante per una duplice ragione:

- a. da un lato, perché si ricollega alla giurisprudenza costituzionale che ha affermato la natura multiforme della confisca¹⁸¹ – che può assumere diverse connotazioni secondo la finalità per cui è predisposta – e che ha distinto la pena dalla misura di sicurezza in base alla finalità perseguita¹⁸² – repressiva l'una, preventiva l'altra – pur se rientranti ambedue all'interno della stessa categoria di *sanzione*;
- b. dall'altro – e soprattutto – perché vi è un giusto richiamo alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo relativamente all'art. 7 CEDU e all'autonoma nozione di *sanzione* – orientata dal fondamentale principio di effettività della tutela – da quella Corte elaborata¹⁸³.

¹⁷⁸ V. i commenti a tale sentenza di ABBADESSA G., *Guida in stato di ebbrezza e divieto di applicazione retroattiva della confisca del veicolo*, 2010, in www.penalecontemporaneo.it e di AMATO G., *Un'illegittimità costituzionale derivata dal contrasto con la regola generale della Convenzione europea*, in *Gui. dir.*, 2010, n. 27, p. 67, il quale ritiene che l'intervento della Corte costituzionale sia stato superfluo, essendo possibile alla luce del diritto vivente un'interpretazione costituzionalmente orientata.

¹⁷⁹ Sul ruolo della CEDU e della giurisprudenza della Corte e.d.u nel nostro ordinamento torneremo nel capitolo II, par. 8.

¹⁸⁰ Tale rilievo può essere mosso a tutti gli strumenti del reato di facile reperibilità.

¹⁸¹ Corte cost., sent. n. 29 del 1961.

¹⁸² Corte cost., sent. n. 53 del 1968.

¹⁸³ Corte EDU, Welch c. Regno Unito, sent. 5 febbraio 1995.

Si tratta di questioni – quella della qualificazione e quella del ruolo svolto dalla Corte europea – che saranno trattate più avanti, quando ci occuperemo della natura giuridica della confisca¹⁸⁴.

La Corte concludeva con una declaratoria d'illegittimità perché "tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto"¹⁸⁵, e cioè "ogni intervento sanzionatorio, il quale non abbia prevalentemente la funzione di prevenzione criminale [...] è applicabile soltanto se la legge che lo prevede risulti già vigente al momento della commissione del fatto sanzionato"¹⁸⁶.

Il quadro sarebbe a questo punto apparso chiaro, se il legislatore non fosse nuovamente intervenuto a rimestare le acque. Con la legge 120/2010 – tra le altre novità – è stato espunto dall'art. 186 il riferimento all'art. 240 c.p.¹⁸⁷ ed è stato introdotto un nuovo art. 224 *ter* cod. str, cui l'art. 186 comma 2 lett. c), nella parte relativa alla confisca, rinvia "ai fini del sequestro".

La novella ha creato non pochi disordini: il punto è che tale articolo al primo comma definisce la confisca come "sanzione amministrativa accessoria", così contraddicendo l'orientamento espresso qualche mese prima dalle Sezioni unite con la sentenza Caligo e dalla Corte costituzionale.

Nulla quaestio, se solo il definire la confisca come *amministrativa* non impedisse il sequestro *penale ex* art. 321 comma 2 c.p., con notevoli problemi per quanto riguarda la competenza oggi – a disporre la confisca e il sequestro – tra giudice penale e autorità amministrativa, e relativamente alla sorte dei sequestri penali disposti sotto la disciplina previgente, posta l'assenza di una disciplina transitoria *ad hoc* e dato che il mutamento di natura della sanzione – da penale ad amministrativa – impedirebbe, per il principio d'irretroattività fatto proprio anche dal diritto punitivo amministrativo all'art. 1 l. 689/1981, di applicare retroattivamente la *nuova* confisca amministrativa.

¹⁸⁴ Cap. II, e per i riflessi che la qualifica ha sui diritti fondamentali, cap. III.

¹⁸⁵ Corte cost., sent. n. 196/2010.

¹⁸⁶ *Ibidem*, e tali conclusioni sono pienamente condivisibili, ma perché allora non estenderle ad altre forme di confisca?

¹⁸⁷ Soluzione cui si era già giunti, per quanto riguarda il principio d'irretroattività, con la sentenza della Corte costituzionale.

La questione non può essere sciolta in poche battute, e poiché non tocca precipuamente il tema del presente scritto, mi sia consentito rinviare ad altri lavori, più completi e autorevoli¹⁸⁸.

Ci si chiede però se quest'interventismo compulsivo del legislatore sia giustificato dalla pressante necessità di cambiare normativa ogni anno circa – o quanto meno calibrato sulle sue conseguenze applicative – o se invece non sia meglio *deficere quam abundare*.

Il vero problema è che questo caos farraginoso ricade sul cittadino, che si trova di fronte a norme che non gli forniscono regole di comportamento chiare, e che non sa più parametrare le proprie azioni sulle responsabilità che queste comportano: come si può pretendere un comportamento ligio, se non si pretende anche un comportamento chiaro?

3. La confisca per equivalente: uno strumento elastico contro la criminalità del profitto

Nelle pagine precedenti¹⁸⁹, si è visto che particolarmente controversa è stata la distinzione tra la nozione di profitto e quella di prezzo¹⁹⁰, e tale controversia si deve all'insofferenza manifestata da parte della dottrina¹⁹¹ e della giurisprudenza¹⁹² di fronte alla diversità di regime – obbligatorio l'uno, facoltativo l'altro – tra la confisca del prezzo e quella del profitto.

¹⁸⁸ DIES R., *La confisca del veicolo prevista dall'art. 186, commi 2 e 7, cod. str., tra disorientamenti interpretativi e caos normativo*, in *Resp. civ. e prev.* 2010, p. 2034; DIES R., *La riforma del reato di guida in stato di ebbrezza e successione di leggi (penali e non) nel tempo: i primi arresti della giurisprudenza di legittimità e di merito*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it; contra PADULA L., *Sequestro e confisca dopo la riforma del codice della strada nell'alternanza fra giurisdizione e politica giudiziaria*, 2011; VIGANÒ F., GATTA G., *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? Riflessi sostanziali e processuali*, 2010, entrambi in www.penalecontemporaneo.it

¹⁸⁹ V. par. 1.3

¹⁹⁰ Si vedano i ripetuti interventi delle Sezioni Unite citati alla nota 37, e si osservi come la Cassazione, ogni qual volta tocchi, seppure *a latere*, la distinzione tra prodotto, profitto, prezzo, si senta in obbligo di ribadire il fondamento.

¹⁹¹ FORNARI L., *Criminalità del profitto*, cit., pp. 36 ss.; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit, p.

¹⁹² Emblematica la questione, cui si è accennato in precedenza, della classificazione della somma ottenuta a seguito della vendita di sostanze stupefacenti.

L'origine di tale differenziazione potrebbe essere rinvenuta nella circostanza che il legislatore del 1930 non si trova a dover fronteggiare assiduamente forme di criminalità sistematicamente orientate al fine di lucro¹⁹³ – la c.d. *criminalità del profitto* o *economica* – e giudica con maggior severità chi – facilmente corruttibile – sia mosso al reato dalla promessa di un'utilità economica, nel linguaggio della legge il prezzo¹⁹⁴.

A ciò si aggiunga che nella visione tradizionale del codice Rocco, il profitto s'identifica con il bene sottratto, violentemente o fraudolentemente, a una persona, e a questa va restituito, l'obbligo restitutorio prevalendo su quello espropriativo, ed è tendenzialmente la vittima di conseguenza ad agire per sottrarre al reo il vantaggio di tipo patrimoniale tratto dal reato; ciò non può avvenire per quanto riguarda il prezzo, perché questo non può essere restituito a colui che l'ha dato o promesso, trattandosi di concorrente – in forma quanto meno morale – nel reato, e in tal caso quindi ben può – anzi deve – intervenire lo Stato, attraverso la confisca¹⁹⁵.

Tale visione tradizionale però vale fintanto che il sistema penale non si riempia di reati *victimless*, in cui non essendoci vittima, non può esserci azione civile, o fino a che non diventi sempre più pressante l'esigenza di difendere interessi pubblici¹⁹⁶ e un profitto vi sia, ma a danno dello Stato, con eguale necessità di ablazione.

In tal caso l'obbligatorietà della confisca anche del profitto diventa una necessità.

Altra questione discussa – come si è visto – riguarda il nesso di pertinenzialità¹⁹⁷, cioè il vincolo di derivazione causale che deve legare il profitto al reato da cui è tratto: derivazione *diretta*, nel senso che sono confiscabili solo le utilità economiche immediatamente tratte dal reato, o derivazione anche *indiretta*,

¹⁹³ Si v. FORNARI L., *Criminalità del profitto*, cit., p. 26.

¹⁹⁴ A indicazione di questo assunto può essere preso quanto affermato dal MANZINI, se non altro per vicinanza storica al legislatore, a p. 391 del suo *Trattato*, cit.: "Sarebbe invero antigiuridico e immorale ammettere che, ad es., il sicario o il corruttore, non punibile per qualsiasi causa, possa godersi il denaro ch'egli ebbe per commettere il fatto obiettivamente delittuoso".

¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹⁹⁶ ALESSANDRI A., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, III, a cura di DOLCINI E., PALIERO C.E., Milano, 2006, p. 2108.

¹⁹⁷ V. par. 1.2.2.

consentendo l'ablazione anche delle utilità mediatamente tratte, cioè reimpieghi e surrogati?

Se si accetta la validità dogmatica del concetto di pericolosità della *res* in quanto correlata a un reato, tale concetto evapora se si consente la confisca del *tantundem* non legato al reato; ma la possibilità che il profitto sia sottratto all'ablazione attraverso sapienti *camouflages* rende necessario introdurre nell'ordinamento strumenti meno plastici della confisca "qualificata", secondo una tendenza riscontrabile in altri ordinamenti e nelle fonti internazionali¹⁹⁸.

Ecco quindi l'introduzione anche nel nostro ordinamento della confisca *per equivalente* o *di valore*, di uno strumento cioè che, qualora non sia rinvenibile nella sfera patrimoniale del condannato l'originario bene o utilità economica tratta dal reato (che dovrebbero essere oggetto di confisca), consente l'ablazione del *tantundem*, cioè di beni o utilità per un valore corrispondente a quelli originari; misura accompagnata dall'esclusione della discrezionalità del giudice in relazione alla confisca del profitto, ora resa obbligatoria¹⁹⁹.

Si tratta di istituto che riceve il plauso della dottrina²⁰⁰, data la sua "elasticità"²⁰¹ e l'incisività con cui consente di fronteggiare la criminalità del profitto

¹⁹⁸ La quasi totalità degli autori che si è occupata di confisca di valore e delle problematiche da essa poste, trae spunti per le sue riflessioni da analoghi o comparabili istituti presenti in altri ordinamenti, quali il *Verfall* tedesco, il *criminal forfeiture* americano e il *confiscation order* inglese. Si è particolarmente occupata di comparatistica MAUGERI A.M. in *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 487; ID., *Le moderne sanzioni*, cit.; ID., (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008; ID., *Le sanzioni patrimoniali tra garanzie ed efficienza (Le "ipotesi particolari" nella recente legislazione)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 817.

¹⁹⁹ Oltre ai casi analizzati nel prosieguo, ricordo per completezza altre due forme di confisca per equivalente. Anzitutto quella prevista per i reati societari dall'art. 2641 c.c., sulla quale v. ALESSANDRI A., *La confisca*, ne *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI A., Milano, 2002, p. 104; BARAZZETTA A., *La confisca nei reati societari (art. 2641)*, ne *I nuovi reati societari. Diritto e processo*, a cura di GIARDA A., SEMINARA S., Padova, 2002, p. 185; FOFFANI L., *Sub art. 2641 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO F., PALIERO C.E., Padova, 2003, p. 1923; MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2007, p. 21.

In seconda battuta, la confisca per i reati di abuso di informazioni privilegiate e manipolazione del mercato, ex art. 187 *sexies*, introdotto dall'art. 9 l. 62/2005, per la quale v. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., p. 340.

Si ricordino anche: art. 600 *septies* (in tema di delitti contro la personalità individuale), art. 648 *quater* (in tema di riciclaggio), art. 474 *bis* (in tema di contraffazione di segni distintivi).

²⁰⁰ Non si rinviene difatti un'opinione contraria alla sua istituzione, le discussioni incentrandosi sulla sua disciplina applicativa.

²⁰¹ Così BALDUCCI P., *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 230.

(ma non solo, poiché la forma di confisca per equivalente non si applica, come si vedrà, solo a ciò che è qualificabile come profitto), ribadendo con forza l'assunto per il quale "il delitto non paga".

Il termine criminalità del profitto ricomprende al suo interno una galassia di fenomeni, variegati e che scoloriscono l'uno nell'altro²⁰²; a grandi linee, si può dire che sotto la comune etichetta rientrano tanto la *criminalità organizzata* – la quale, attraverso la commissione istituzionale dell'illecito, mira, tra le altre cose, all'arricchimento e all'insinuazione nei gangli dell'economia lecita – quanto la *criminalità d'impresa* – la quale all'interno di un'attività imprenditoriale lecita, occasionalmente deborda nella commissione di illeciti – entrambe accomunate dal fine di profitto.

Sono forme di delinquenza cui non è estraneo un approccio economicamente razionale all'illecito secondo un bilancio costi–benefici²⁰³ (si sconfinava nell'illecito perché "costa" meno rispetto a rimanere nel lecito, e il costo è qui rappresentato dalla temibilità – in termini di gravezza e di probabile applicazione – della sanzione), per cui non è irragionevole – anzi è molto funzionale – imporre comunque al reo quei costi con strumenti più duttili²⁰⁴.

Poiché "la modernità delle forme illecite di produzione della ricchezza [...] ne consente agevolmente l'occultamento, la distrazione o semplicemente il reinvestimento in operazioni in cui non vi è traccia dell'origine macchiata dei beni"²⁰⁵, la confisca per equivalente insegue proprio quell'occultamento, quella distrazione, quel reinvestimento.

²⁰² Si vedano sul punto: ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 2005, pp. 535 ss; ALESSANDRI A., *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., pp. 2128; FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca*, cit., p. 16; FORNARI L., *Criminalità del profitto*, cit., p. 16.

²⁰³ Il discirsi vale soprattutto per la criminalità d'impresa. In dottrina si parla del reo quale *homo oeconomicus* e di *economical approach* al diritto. V. sul punto gli autori citati alla nota precedente, l'ultimo dei quali a p. 7 afferma: "partendo dal presupposto che i potenziali autori di reato sono persone regolarmente ispirate nelle loro scelte di comportamento dalla prospettiva della massimizzazione delle utilità, la minaccia di pena rappresenta [...] uno dei fattori che, incidendo sul calcolo dei costi, può influire sulla determinazione a provvedere a un'esigenza personale tramite la commissione di un reato".

²⁰⁴ Strumento prevalente di contrasto alla criminalità organizzata di stampo mafioso è per verità la c.d. confisca allargata ex art. 12 *sexies* d.l. n. 306 del 1992 – di cui si tratterà al par. 4 – piuttosto che la confisca di valore, che appare semplicemente istituto di più facile applicazione rispetto a quello previsto dall'art. 240.

²⁰⁵ VERGINE F., *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2006, p. 139.

3.1. La prima ipotesi: la confisca per equivalente nel delitto di usura

La prima ipotesi²⁰⁶ di confisca di valore viene introdotta in tema d'usura a opera della legge 7 marzo 1996, n. 108, che, modificando l'art. 644 c.p., introduce al comma 6 la confisca obbligatoria del prezzo o del profitto "ovvero di somme di denaro, beni ed utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona *per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari*", salva la parte che può essere restituita o data in risarcimento alla persona offesa dal reato²⁰⁷.

L'intento, perseguito anche dalla regola dell'obbligatorietà – che s'inserisce nella tendenza già osservata nella legislazione speciale di esaltare le finalità general-preventive della confisca²⁰⁸ – è quello di rendere l'illecito non remunerativo nel maggior numero di casi possibili, allontanandosi dalle rigide strettoie dell'art. 240.

Tale fine è perseguito allargando l'area di applicazione della confisca, dal punto di vista oggettivo ammorbidendo il nesso di pertinenzialità, dal momento che la confisca è resa possibile anche in relazione a "somme di denaro, beni ed utilità" che non hanno alcuna attinenza col delitto d'usura, purché di valore pari agli interessi o agli altri vantaggi o compensi usurari; dal punto di vista soggettivo, perché è sufficiente che il reo abbia la disponibilità di questi beni, anche per interposta persona, bastando pertanto una relazione di fatto col bene, al di là di una formalizzazione giuridica²⁰⁹.

²⁰⁶ Non si tratta in realtà del primo caso di applicazione di confisca di valore nel nostro paese, dato che l'art. 735 *bis* c.p.p., introdotto dall'art. 9, l. 382/1993, di ratifica della Convenzione di Strasburgo del 1990 sul riciclaggio e la confisca dei proventi da reato, prevede una forma di confisca per equivalente, in relazione però a provvedimenti di confisca stranieri. E' però la disciplina dell'usura a introdurre per la prima volta un potere autonomo del giudice italiano di conversione in equivalente dei proventi da reato. Su tale Convenzione vedi: SANTACROCE G., SANTACROCE M.C., *La legge italiana di ratifica ed esecuzione della Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi da reato: uno sguardo d'insieme*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 2839.

²⁰⁷ Cfr. in dottrina: BOCCAREDA BOY C., *Sub art. 644*, in *Codice penale commentato*, a cura di MARINUCCI G., DOLCINI E., Milano, 2006, p. 4683; MANNA A., *La nuova legge sull'usura*, Torino, 1997, p. 107; MANZIONE D., *Usura e mediazione creditizia*, Milano, 1998, p. 110; VERGINE F., *Confisca*, cit., p. 39.

²⁰⁸ V. tutte le ipotesi analizzate al par. 2.

²⁰⁹ Concordi sul punto BOCCAREDA BOY C., *Sub art. 644*, cit., p. 4683 e MANNA A., *La nuova legge*, cit., p. 108. Si dimostra contrario a interpretare così la norma MANZIONE D., *Usura e mediazione*, cit., il quale a p. 113, sostiene, a ragione, che già la disciplina dell'art. 240 consente di superare

Non solo; le potenzialità applicative sono ulteriormente aumentate dalla circostanza che il comma 6 prevede come presupposto non solo la sentenza di condanna, ma anche la sentenza *ex art.* 444 c.p.p.

Questa disposizione costituisce un tratto differenziale rispetto all'art. 240, in riferimento al quale l'art. 445 consentiva – fino alla riforma sul c.d. patteggiamento allargato del 2003, che ha esteso il rinvio contenuto nell'art. 445 a tutto l'art. 240 – la confisca in caso di sentenza "patteggiata", solo per le ipotesi contenute nel comma 2 di tale norma, quindi certamente non per quanto riguarda il profitto.

La giurisprudenza, ancorata alla qualificazione codicistica della confisca quale misura di sicurezza, ha classificato in tal senso anche questa forma per equivalente, "con la conseguenza che essa segue la disciplina prevista in via generale per tali istituti, in connessione con un giudizio di pericolosità con finalità preventive"²¹⁰ e ne ha consentito pertanto l'applicazione retroattiva.

3.2. L'art. 322 *ter* c.p.

Più di un decennio fa, all'esito di un periodo segnato in Italia dal dilagare del fenomeno corruttivo dei pubblici funzionari, autorevole dottrina auspicò l'introduzione di nuovi strumenti sanzionatori a carattere patrimoniale nel nostro ordinamento, riformando la confisca classica per superarne limiti e insufficienze²¹¹.

l'intestazione fittizia e che comunque il bene non può essere sottratto al suo legittimo titolare, anche se il condannato ne ha la disponibilità. Per l'A. l'espressione legislativa usata si risolverebbe in un diverso carico probatorio, laddove la relazione di fatto assumerebbe la veste di una presunzione di titolarità, mentre nell'art. 240 bisognerebbe dimostrare tanto la relazione di fatto quanto la fittizietà dell'intestazione.

²¹⁰ Cass. pen., sez. III, 13 maggio 2002, (ud. 5 aprile 2002), n. 18157, Strangiolini, in *Riv. pen.*, 2002, p. 912; tale affermazione stona con quanto comunemente sostiene la dottrina, e cioè che la confisca del *tantundem*, inerendo a cose che non postulano alcuna relazione col reato, prescinde dal concetto di pericolosità, con ciò che ne consegue in termini di qualificazione della misura (ma sul punto v. *infra* cap. II)

²¹¹ FIANDACA G., *Legge penale e corruzione*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 1. "Tangentopoli" segna radicalmente la politica italiana, oltretutto i rapporti tra politica e magistratura, e tutto il mondo giuridico si interroga costantemente in quegli anni su quali potessero essere le migliori modalità di contrasto al dilagare della corruzione; *ex multis*: PULITANO D., *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 3; SGUBBI F., *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 941; STELLA F. *La "filosofia" della proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 935.

L'intento da perseguire avrebbe dovuto essere quello di evidenziare la funzione di deterrenza – con la sottrazione del vantaggio economico tratto dal reato – e di compensazione – attraverso la rimozione di una situazione di arricchimento non conforme a diritto – della confisca; la strada indicata era quella di introdurre il principio della confiscabilità per equivalente²¹².

L'art. 3 l. 29 settembre 2000, n. 300, in attuazione della Convenzione OCSE di Parigi del 17.12.1997 relativa alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, introduce nel nostro ordinamento l'art. 322 *ter*²¹³.

Si tratta di una norma costruita "a strati"²¹⁴, che per questa sua stratificazione reca con sé non pochi problemi in sede d'interpretazione, aumentati dal fatto che la quasi totalità delle ipotesi di confisca di valore previste *post* art. 322 *ter* sono state introdotte nel nostro ordinamento operando un semplicistico rinvio a tale articolo.

Questo perché da un lato, non esiste una norma nel nostro codice che preveda in generale la confisca per equivalente, pur trattandosi di istituto di sempre più frequente previsione normativa²¹⁵; dall'altro il preesistente art. 644 prevede un'equivalenza tra beni o utilità del condannato e gli interessi, i vantaggi o gli altri compensi usurari, quindi per la specificità del termine di riferimento è insuscettibile di rinvio passivo.

L'art. 322 *ter* invece, prevedendo un'equivalenza rispetto ai canonici elementi patrimoniali oggetto di confisca – cioè il prezzo e il profitto – diventa centrale per la confisca di valore e possibile termine passivo di rinvio.

²¹² FIANDACA sosteneva fosse necessario per chiarezza sistematica introdurre tale principio direttamente nell'art. 240, onde evitare un'eccessiva stratificazione di forme di confisca differenti tra loro. Il monito dell'A. non è a oggi stato accolto.

²¹³ Sul quale v.: BENUSSI C., *Sub art. 322 ter*, in *Codice penale commentato*, a cura di MARINUCCI G., DOLCINI E., Milano, 2006, p. 2316; CERQUA L.D., *Sub art. 322 ter*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di FORTI-CRESPI-ZUCCALÀ, Padova, 2009, p. 1158; PELLISSERO M., *Commento all'art. 3 l. 29.9.200 n. 300*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 1021; ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, II ed di *Commentario sistematico al codice penale*, artt. 314–335 *bis c.p.*, Milano, 2006, p. 248.

²¹⁴ Così MAIELLO V., *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 440.

²¹⁵ Novità auspicata da larga parte della dottrina; *ex multis* MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit, p. 147.

Il primo comma prevede nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, per uno dei delitti previsti dagli artt. 314–320 c.p.²¹⁶, anche se commessi da uno dei soggetti indicati nell'art. 322 *bis* comma 1, la confisca obbligatoria "dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca dei beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo".

Il secondo comma prevede nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, per il delitto previsto dall'art. 321²¹⁷, anche se commesso ai sensi dell'art. 322 *bis* comma 2, la confisca obbligatoria "dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'art. 322 *bis*, secondo comma".

Come si evince dal testo della norma²¹⁸, per i reati previsti dal primo comma, la confisca è obbligatoria tanto in relazione al profitto quanto al prezzo, mentre la forma per equivalente è prevista solo in relazione al *prezzo*²¹⁹; per il caso di corruzione attiva del privato invece, la confisca obbligatoria è prevista solo in

²¹⁶ Si tratta dei delitti commessi dal pubblico funzionario, anche se straniero, di: peculato, peculato mediante profitto dell'errore altrui, malversazione a danno dello Stato, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, concussione, corruzione propria e impropria, corruzione in atti giudiziari.

²¹⁷ Si tratta della corruzione attiva del privato.

²¹⁸ Non torno sulle questioni già trattate relative alla nozione di prezzo, di profitto e di persona estranea al reato (v. par. 1). Circa il concetto di "disponibilità" del bene, mi limito a ribadire quanto già brevemente osservato in relazione all'art. 644 c.p. nel par. 3.1. e quanto affermato da PELLISSERO M., *Commento*, cit., pp. 1027 ss., e cioè che la nozione di disponibilità non richiede una formalizzazione giuridica come il concetto di proprietà, ma corrisponde pur sempre ad un comportamento *uti dominus*, come se al comportamento di fatto corrispondesse una posizione di diritto. Si aggiunga che il mancato riferimento rispetto all'art. 644 all'interposizione del terzo, non può valere a consentire l'ablazione di beni di terzi, ma solo a consentire di andare al di là della relazione fittizia col bene; si tratta questa di operazione che secondo la dottrina già l'art. 240 consentirebbe, e l'inciso è pertanto ridondante.

²¹⁹ Secondo PELLISSERO M., *Commento*, cit., p. 1025, la ragione della formulazione normativa va ravvisata nel dubbio, emerso a seguito di "Tangentopoli" – stanti i due diversi regimi di confisca, obbligatorio e facoltativo – circa la qualificazione dell'utilità incamerata dal pubblico funzionario come prezzo o profitto. Per l'A., una volta venuta mena la ragione che spingeva a estendere la nozione di prezzo, cioè il diverso regime, la tangente andrebbe correttamente qualificata come "profitto".

relazione al *profitto* e solo di quest'ultimo è prevista la confiscabilità per equivalente²²⁰.

In relazione a tale ultima forma di confisca il legislatore prevede poi un limite minimo di beni confiscabili, parametrato sull'entità della tangente; pertanto se il profitto è superiore all'utilità data o promessa, il *tantundem* sarà calcolato su quello; se il profitto è inferiore l'equivalenza andrà calcolata sulla tangente, non potendosi andare al di sotto di quanto comunque dato o promesso.

Si tratta di elemento che secondo la dottrina manifesta la valenza afflittiva di questa forma di confisca²²¹; si richiede pur sempre però che un profitto, seppur al di sotto di quanto preventivato, ci sia stato, a meno di non voler interpretare forzatamente l'espressione "quando essa non è possibile" al punto da ricomprendervi non solo i casi di materiale impossibilità, ma anche di impossibilità per assenza di profitto²²².

L'art. 322 *ter* reca con sé non pochi problemi: il primo di essi – dovuto alle due diverse entità economiche delle quali tale articolo prevede l'apprensione per equivalente in relazione a delitti diversi – porta alla ribalta la discussa distinzione tra profitto e prezzo.

Parte della dottrina ritiene che l'omissione nel primo comma del riferimento all'ablazione per equivalente del profitto sia da imputarsi ad una svista del legislatore, posto che altrimenti per alcuni dei delitti previsti da tale comma – il peculato, la malversazione a danno dello stato, l'indebita percezione di erogazioni a

²²⁰ Per completezza, si ricordi che chiude il Capo I del Titolo II, Libro II, relativo ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione, l'art 335 *bis*, il quale prevede la confisca obbligatoria anche nelle ipotesi del primo comma; la misura trova applicazione soprattutto per quanto riguarda gli *instrumenta sceleris*, il prodotto del reato e il profitto per reati non contemplati dall'art. 322 *ter*, V. ROMANO M., *I delitti dei pubblici ufficiali*, cit., p. 411.

²²¹ BENUSSI C., *Sub art. 322 ter*, cit, p. 2319; PELLISSERO M., *Commento*, cit., p. 1030. Secondo quest'ultimo autore tale limite opera anche in relazione alla confisca qualificata del profitto. *Contra* MAUGERI A.M., *La lotta contro l'accumulazione*, cit., la quale a p. 495 sostiene che non possa trattarsi di una soglia minima di confiscabilità, quando sia stato dimostrato che il profitto effettivamente tratto sia inferiore, e ritiene che si tratti di una presunzione relativa, volta a facilitare l'accertamento del giudice, "nel senso che laddove non si riesce a verificare l'entità di tale profitto, si presume che comunque non sarà inferiore a quanto dato o promesso".

²²² *Ibidem*.

danno dello Stato – la confisca di valore risulterebbe *de facto* inapplicabile, poiché in tali illeciti l'ipotesi di un'ablazione del prezzo appare assolutamente scolastica²²³.

In secondo luogo, l'art. 640 *quater* c.p. – inserito con la l. n. 300/2000 – rinvia all'art 322 *ter* per consentire l'applicazione della confisca, anche di valore, ai delitti di truffa previsti dagli artt. 640, comma 2, n. 1 (truffa in danno della pubblica amministrazione), 640 *bis* (truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche), 640 *ter*, comma 2 (qualora il fatto sia di frode informatica).

Si tratta di rinvio comprensivo di clausola di compatibilità, e la questione è se si tratti di rinvio da intendersi a tutto l'art. 322 *ter* (così consentendo l'ablazione dell'equivalente tanto del prezzo quanto del profitto), o solo al primo comma di tale norma (così ammettendo l'apprensione dell'equivalente del solo prezzo), vista la specificità della previsione contenuta nel comma 2, che contiene una disposizione speciale rispetto alla confisca di valore come in via generale configurata per i delitti dei pubblici ufficiali dal comma 1 e specificatamente costruita sul delitto di corruzione attiva del privato attraverso la previsione di una soglia minima ricalcata sul valore della tangente.

Quindi, in quanto previsione – quest'ultima – ritagliata su una fattispecie ben individuata (la corruzione attiva), essa non potrebbe essere oggetto di rinvio per colmare possibili lacune di altre fattispecie – visto che anche per i delitti di cui all'art. 640 *quater* appare configurabile più un profitto che un prezzo²²⁴; è pur vero però che una chiara indicazione *ad excludendum* non si rinviene nella norma, e che l'inciso "in quanto applicabili", potrebbe consentire al contrario di intendere il rinvio a tutto l'art. 322 *ter*, escludendo l'applicazione alle nuove fattispecie delittuose dell'ultima parte del comma 2 – quella relativa alla soglia minima – in quanto per l'appunto incompatibile²²⁵.

Entrambe le questioni sono state trattate anche in giurisprudenza.

²²³ PELLISSERO M., *Commento*, cit., p. 1029; *contra* sostengono che il tenore letterale della disposizione non possa essere superato in virtù del principio di tassatività LUNGHINI G., MUSSO L., *La confisca*, cit., p. 30.

²²⁴ Così SANTORIELLO C., *In tema di confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2007, p. 971.

²²⁵ Così VERGINE F., *Confisca*, cit., p. 56, il quale propende per questa soluzione per evitare di incorrere in un'abrogazione di fatto dell'art. 640 *quater* per quanto riguarda l'innovazione della confisca del *tantundem*, trattandosi di reati per i quali è difficilmente configurabile un prezzo.

Partendo dal problema del rinvio²²⁶, su di esso vi sono stati arresti discordanti della Cassazione²²⁷, ed è intervenuta la Corte nomofilattica a sezioni unite, con la sentenza Muci del 2006²²⁸, con la quale si è privilegiato l'orientamento che intende il rinvio a tutto l'art. 322 *ter*, consentendo così in relazione ai delitti di cui agli artt. 640 comma 2, n. 1, 640 *bis* e 640 *ter* comma 2, la confisca del *tantundem* anche del profitto.

Secondo la Cassazione, quest'orientamento sarebbe da preferirsi:

- a. per argomenti di ordine *letterale*, poiché la norma opera un rinvio indifferenziato all'art. 322 *ter*;
- b. grazie ad un esame dei *lavori preparatori* con cui furono introdotti gli articoli in discussione, che testimoniano la volontà del legislatore di estendere la confisca per equivalente alla nozione omnicomprensiva di *proventi* del reato, poi scissa nelle due componenti note all'ordinamento italiano – prezzo e profitto – così da uniformarsi alla decisione–quadro del Consiglio dell'Unione europea 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 in cui tale nozione era richiamata.

Per quanto riguarda la prima questione invece, l'orientamento maggioritario ritiene che la confisca in forma per equivalente del profitto non sarebbe possibile per i delitti di cui al comma 2 dell'art. 322 *ter*, poiché il primo comma prevede il solo prezzo, da intendersi in senso tecnico e non suscettibile d'interpretazione estensiva a qualsiasi utilità economica tratta dal reato²²⁹; l'orientamento minoritario opera invece

²²⁶ La ragione dell'inversione dell'ordine della trattazione delle due questioni per come affrontate in giurisprudenza è dovuta meramente a considerazioni cronologiche, essendo la questione prezzo/profitto stata oggetto di un intervento delle sezioni unite – di cui si dà conto nel testo – più recente e a giudizio di chi scrive più interessante.

²²⁷ Ritengono che il rinvio sia da intendersi a tutto l'art. 322 *ter*: Cass. pen., sez I, 12 gennaio 2005, Cacciavillani; Cass. pen., sez II, 14 giugno 2006 (dep. 27 settembre 2006), n. 31988, Chetta, in *Giur. it.*, 2007, p. 966. *Contra*, Cass. pen., sez. I, 18 giugno 2003, n. 26046, Silletti, in *Riv. pen.*, 2004, p. 756.

²²⁸ Cass. pen. SS. UU., 25 ottobre 2005 (dep. 22 novembre 2005), n. 41936, Muci, in *Cass. pen.*, 2006, n. 1382. Con una sentenza successiva, 10280/2008, Miragliotta (della quale si è trattato al par. 1.2.2.) le sezioni unite hanno trovato un espediente per ovviare all'impossibilità di disporre la confisca per equivalente del profitto in caso di concussione, ritenendo che già nel concetto stesso di profitto, quindi *sub specie* di confisca qualificata, sia possibile ricondurre ogni bene "ricollegabile causalmente in modo preciso alla attività criminosa posta in essere dall'agente [...] siccome frutto di reimpiego da parte del reo".

²²⁹ Cass. pen., sez VI, 13 marzo 2006, Tortorici, in *Rep. Foro it.*, voce *Peculato*, n. 18; Cass. pen., sez VI, 11 aprile 2006, n. 12852, Ingravallo, in *Riv. pen.*, 2006, p. 939.

tale estensione ritenendo di dover ovviare a un errore tecnico nella formulazione della norma.²³⁰

Una sentenza della Corte di cassazione a sezioni unite²³¹ è intervenuta anche su questa problematica che è strettamente connessa con quella affrontata dalla sentenza Muci²³².

La questione prende le mosse da un sequestro preventivo ai sensi dell'art. 321 comma 2 c.p.p. disposto dal G.I.P. di Roma su somme di valore equivalente al profitto che si assumeva tratto da un delitto di peculato. Ora, per il peculato (art. 314 c.p.) l'art 322 *ter* non prevede la confisca per equivalente del profitto, ma solo del prezzo, e la questione arriva alle sezioni unite, le quali affermano che in relazione alle fattispecie delittuose previste dal comma primo di tale norma, è possibile l'ablazione per equivalente del solo prezzo, poiché "non si può pervenire ad una non consentita estensione *in malam partem* del dettato legislativo"²³³.

L'iter argomentativo seguito dalla suprema corte è interessante, poiché pur riconoscendo l'evidente "stonatura" del dettato legislativo quando afferma che "mentre nella corruzione la somma percepita dal pubblico ufficiale costituisce prezzo del reato [...], [nel]la maggior parte degli altri reati previsti dal primo comma dell'art. 322 *ter* c.p. il beneficio economico conseguito dal reo non può che identificarsi nel profitto del reato"²³⁴, essa conclude che in virtù del principio di *legalità* non è consentito all'interprete di scavalcare il dettato normativo per accordare ciò che è fuori posto²³⁵.

Né l'interpretazione estensiva potrebbe essere seguita – secondo la Corte – in relazione all'obbligo d'interpretazione conforme alla normativa europea, pur gravante in via generale sul giudice italiano.

²³⁰ Cass. pen, sez VI, 27 gennaio 2005, Baldas.

²³¹ Cass. pen., SS. UU., 25 giugno 2009 (dep. 6 ottobre 2009), n. 38691, Caruso. Per un commento a questa sentenza v. AMATO G., *L'invito a ridisegnare le ipotesi della misura conferma la contraddittorietà della disciplina*, in *Gui. dir.*, 2009, n. 48, p. 73; MAIELLO V., *La confisca per equivalente*, cit.

²³² Se difatti il legislatore non avesse distinto, volendo tenere separata la corruzione attiva da quella passiva, la confisca per equivalente del profitto e del prezzo in due commi differenti e in relazione a diverse ipotesi delittuose, il problema del rinvio non si sarebbe posto.

²³³ Cass. pen, SS. UU, 2009, n. 38691, Caruso.

²³⁴ *Ibidem*.

²³⁵ Si noti che a conclusioni opposte giungeva la citata sentenza Muci, la quale anche per questa stonatura abbracciava l'interpretazione estensiva (ma in tal caso il dettato normativo permetteva quest'esito).

E' vero, infatti, che la decisione–quadro 2005/212/GAI prevede la confisca dei "proventi" da reato, con locuzione inglobante ogni vantaggio economico tratto dal reato; tuttavia la Corte afferma che l'obbligo per il giudice nazionale di conformare l'interpretazione della normativa nazionale alle decisioni–quadro²³⁶, dev'essere temperato dalla tollerabilità del dettato normativo a "farsi carico" di obiettivi non originariamente perseguiti dalla norma nazionale e al rispetto dei principi fondamentali dell'ordinamento giuridico²³⁷, tra cui è sicuramente ricompreso il principio di legalità delle pene, peraltro riconosciuto anche a livello convenzionale dall'art. 7 CEDU²³⁸.

3.2.1. *L'art. 322 ter e i reati tributari*

Recentemente il legislatore ha ulteriormente esteso con l'art. 1 comma 143 della l. 24 dicembre 2007, n. 244 ("Finanziaria 2008") l'applicazione dell'art. 322 *ter* a tutti i delitti tributari previsti dal d.lgs 74/2000, ad eccezione di quello di cui all'art. 10, rendendo così possibile la confisca per equivalente anche in questa materia.

Anche qui si sono poste alcune questioni applicative.

Anzitutto ci si è chiesti anche qui se il rinvio all'art. 322 *ter* debba essere inteso a tutto l'articolo o solo al primo comma, data la specificità della disposizione del secondo comma.

Nonostante in dottrina vi siano state voci contrarie a intendere il rinvio in senso esteso²³⁹, la giurisprudenza sembra orientata²⁴⁰ a consentire la confisca per

²³⁶ Richiamando la sentenza della Corte di Giustizia del 16 giugno 2005, causa C–105/03, Pupino,

²³⁷ Si tratta della nota teoria dei "contro–limiti"; sui diversi limiti che incontrano invece le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel nostro ordinamento v. *infra*, cap. II. E' interessante notare che sul punto la Cassazione accoglie le tesi difensive prospettate nel caso Muci sopra riportato, che lì erano state respinte, privilegiando l'obbligo d'interpretazione conforme.

²³⁸ Certamente ci si potrebbe chiedere a questo punto se la confisca è da considerarsi una pena. Il tema sarà oggetto del capitolo successivo, ma anticipo da ora che dottrina e giurisprudenza pressoché unanimemente affermano la natura di sanzione della confisca per equivalente.

²³⁹ DELLA RAGIONE L., *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, 2010, p. 5, in www.penalecontemporaneo.it,

²⁴⁰ Cass. pen., sez. III, 7 luglio 2010 (dep. 6 ottobre 2010), n. 35807; Cass. pen., sez. III, ud. 11 novembre 2010, n. 42462; Cass. pen., sez. III, ud. 27 gennaio 2011, n. 8982.

equivalente anche in relazione al profitto, richiamando gli esiti cui era giunta la sentenza delle sezioni unite in tema di rinvio operato dall'art. 640 *quater* c.p.²⁴¹.

La tecnica del rinvio ha dato vita a un altro problema applicativo. L'art. 13 d.lgs 74/2000 dispone che il pagamento delle imposte, avvenuto prima dell'apertura del dibattimento di primo grado, costituisca mera circostanza attenuante e non causa estintiva del reato. Pertanto, la confisca potrebbe essere irrogata anche se il debito tributario sia stato precedentemente saldato, dando luogo a un indebito arricchimento per l'erario, che riceverebbe il tributo due volte²⁴². Tale duplicazione potrebbe essere evitata ricorrendo alla clausola aperta di compatibilità "in quanto applicabili" contenuta nell'art. 1, comma 143 della l. finanziaria 2008²⁴³.

3.3. Un punto fermo: la necessaria sussidiarietà della confisca di valore...

Nell'approcciarsi allo studio delle varie ipotesi legislative di confisca per equivalente, tutta la dottrina sottolinea la necessaria funzione di supplenza dell'ablazione dell'equivalente rispetto all'apprensione in forma qualificata²⁴⁴.

Tale ruolo "gregario" è testimoniato dal fatto che le disposizioni (cfr. art. 322 *ter* c.p. e 19 d.lgs 231/2001 – per il quale vedi il paragrafo 5) che consentono la confisca per equivalente sono sempre introdotte dall'espressione "quando non è possibile", riferita alla forma qualificata, il che porta inevitabilmente a ritenere che la forma per equivalente operi quando quella classica non possa farlo, perché le somme o beni costituenti prezzo o profitto non sono rinvenibili nel patrimonio del condannato, in quanto reimpiegate, occultate, distratte, consumate.

La funzione sussidiaria dell'ablazione per equivalente è da intendersi in senso squisitamente operativo, nel senso che la confisca di valore non può sostituire con i suoi presupposti applicativi – necessariamente più "morbidi", in quanto, lo si è detto,

²⁴¹ V. paragrafo precedente.

²⁴² DELLA RAGIONE L., *La confisca*, cit., p. 6

²⁴³ *Ibidem*.

²⁴⁴ BALDUCCI P., *La confisca*, cit., pp. 230–231; FIANDACA G., *Legge penale*, cit., c. 6; FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., p. 263; FURFARO S., *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2080; GAITO A., *Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive d'indagine*, in *Giur. it.*, 2009, *passim*; LUNGHINI G., MUSSO L., *La confisca*, cit., p. 28; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 147; VERGINE F., *Confisca e sequestro*, cit., p. 44.

è strumento *elastico* – i presupposti applicativi della confisca qualificata, e può operare solo quando quest'ultima non possa concretamente operare, ma potrebbe, astraendo dalle sorti del suo oggetto.

L'equivalenza quindi riguarda solo l'oggetto dell'ablazione, e non può essere intesa quale veicolo di un ulteriore rilassamento dell'ordinamento nei confronti dei presupposti applicativi di una misura che – qualsiasi sia la natura giuridica attribuitale – ha un contenuto afflittivo. Soprattutto il rapporto d'equivalenza – sul punto si rinvergono affermazioni concordi con quelle della dottrina anche in giurisprudenza²⁴⁵ – non può portare a eliminare del tutto il nesso di pertinenzialità cosa-reato; per non incorrere in equivoci in tal caso è forse più corretto parlare di *derivazione causale* del profitto o del prezzo dal reato. E' logico che il nesso di pertinenzialità non sussista rispetto al *tantundem* – anzi, il presupposto della misura è proprio questo – ma ciò non toglie che l'esistenza di un profitto o prezzo derivante dal reato debba essere accertata al di là di ogni ragionevole dubbio²⁴⁶.

Lo spostamento della misura reale dal bene che costituisce il profitto o il prezzo ad altro bene ricadente nella disponibilità del condannato di valore al primo equivalente, presuppone che sia accertato che un profitto o un prezzo sono originariamente esistiti, essendo solo successivamente divenuta impossibile la loro ablazione in forma diretta per un fatto sopravvenuto.

E' pertanto necessario che la somma di denaro, il bene o l'altra utilità da confiscare siano:

²⁴⁵ Cass. pen. sez. II, 14 giugno 2006 (dep. 27 settembre 2006), n. 31988, Chetta, in *Giur. it.*, 2007, p. 966.

²⁴⁶ Adotta una posizione ancora diversa ma isolata GAITO A., *Sequestro e confisca*, cit., p. 2067, per il quale andrebbero esclusi dall'ablazione anche quei beni entrati nel patrimonio del reo in tempi precedenti rispetto al *tempus commissi delicti* o in base a una causa comprovata e lecita, che nulla abbia a che vedere col reato. L'A. pertanto sostiene che il nesso di pertinenzialità, seppur in una versione assai leggera, non sia da escludersi, poiché "in nessun caso potrebbe legittimamente prescindere da una verifica in ordine alla illecita, quanto meno presunta, provenienza del bene". La dottrina maggioritaria invece esclude che nel caso di confisca di valore possa parlarsi di nesso di pertinenzialità, pur richiedendo, come si è detto, che sia dimostrata *ab origine* l'esistenza di un bene o un'altra utilità economica tratta dal reato. Un'autrice (FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., p. 258) ha acutamente osservato che l'affievolimento, per non dire la soluzione, del rapporto di pertinenzialità tra reato e bene, sposta inevitabilmente l'attenzione sul soggetto del reato, piuttosto che sul bene, perché il *tantundem* non ha altra connessione col reato se non l'appartenere allo stesso soggetto che l'ha compiuto, con una logica non poi così diversa dalla l. n. 575/1965 (che ha introdotto all'art. 2 *ter* la confisca come misura di prevenzione, sulla quale v. *infra* par. 6) e dalla l. n. 356/1992 (che prevede all'art 12 *sexies* la confisca c.d. allargata, sulla quale v. *infra* par. 5).

- a. di *pertinenza* del soggetto passivo della confisca;
- b. di *valore equivalente* all'utilità economica che si sarebbe dovuto confiscare in via diretta.

In dottrina si è insistito soprattutto sul requisito *sub b.*, sottolineandosi come il bene che non presenta un nesso col reato debba avere valore uguale e non superiore a quello collegato al reato²⁴⁷; in caso contrario – se cioè non si rinvergono nel patrimonio del reo beni di valore inferiore o uguale né di valore superiore ma separabili (cioè suddivisibili in unità di valore inferiori senza che si perda il valore complessivo, es. quote o azioni di società) – l'apprensione non sarà possibile, poiché le norme che prevedono la liquidazione o la vendita dei beni confiscati disciplinano le modalità di esecuzione di una confisca già legittimamente disposta.

3.4. ...e una questione aperta: sono compresi i vantaggi immateriali?

Il nuovo abito della confisca ha posto all'attenzione di dottrina e giurisprudenza non poche questioni, le quali si sono manifestate in particolare nell'ambito del d.lgs 231/2001 – data la novità non solo dell'istituto come lì configurato, ma del sistema di responsabilità stesso – ma possono essere trattate in riferimento alla confisca per equivalente in genere, poiché è il denominatore comune alle varie ipotesi – l'equivalenza, e quindi l'individuazione di un bene che non è legato "fisicamente" al reato – a suscitare i nuovi interrogativi.

Questione assai discussa è se la confisca per equivalente consenta l'ablazione anche dei vantaggi *immateriali* ricavabili dal reato.

Con tale espressione ci si riferisce alle utilità economiche che non hanno originariamente una dimensione fisica e che quindi non potrebbero essere oggetto d'ablazione; si tratta di vantaggi che costituiscono il riflesso indiretto del reato²⁴⁸: la posizione di monopolio assunta da un'impresa in un determinato settore per effetto del reato, i vantaggi concorrenziali, l'instaurazione di rapporti commerciali con committenti di rilievo, ecc.

²⁴⁷ V. *ex multis* BASSI A., EPIDENDIO T.E., *Enti e responsabilità. Accertamento, sanzioni e misure cautelari*, Milano, 2002, pp. 320 ss.

²⁴⁸ Così ALESSANDRI A., *Criminalità economica*, cit., p. 2154.

Astrattamente si potrebbe immaginare che la forma per equivalente consenta l'ablazione non solo di quanto non è possibile confiscare in via diretta per un'improcedibilità di fatto, ma anche di quanto non può essere originariamente espropriato per ragioni inerenti alla natura stessa del profitto²⁴⁹: "una volta assodato che non è possibile confiscare un prodotto impalpabile come il vantaggio concorrenziale che può derivare dalla corruzione [...] si potrebbe stimarne il valore al fine di sottoporlo alla confisca"²⁵⁰.

A sostegno di quest'ipotesi – che ha trovato una sponda favorevole almeno in un arresto della giurisprudenza di merito²⁵¹, seppur non ai fini della confisca, ma del calcolo del profitto di "rilevante entità" – si potrebbe rinvenire un appiglio testuale nell'art. 19 d.lgs 231/2001: la norma parla di "confisca del profitto", e non di confisca "delle cose che costituiscono il profitto, ecc." – come usualmente recitano le norme che prevedono la confisca – portando un argomento a favore della "dematerializzazione"²⁵².

Una serie di considerazioni evidenziate dalla dottrina militano però contro la cittadinanza dei vantaggi immateriali nel calcolo del *quantum* confiscabile.

Anzitutto, vi sarebbe una "lacuna strutturale"²⁵³ della confisca a espandere il suo oggetto ad entità che non siano cose o beni, e tale rigidità limiterebbe la possibilità che il profitto ai fini della confisca comprenda entità immateriali, ben potendo queste ultime esservi incluse ad altri fini²⁵⁴: la confisca nasce e si configura come strumento che toglie fisicamente qualcosa a qualcuno, e oltre l'immagine mentale che questa formula suggestiona non sarebbe possibile andare.

²⁴⁹ PELLISSETO M., *Commento*, cit., p. 1027. Tale possibilità era stata sostenuta nella discussione in Senato relativa all'art. 322 *ter* dal sen. Pettinato, seduta n. 871 del 28.6.2000, ma come si evince dallo stesso tenore letterale dell'articolo, la proposta non fu accolta.

²⁵⁰ FORNARI L., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 86; favorevole anche CAMPAGNA F., *L'interpretazione della nozione di profitto nella confisca per equivalente*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1645.

²⁵¹ G.I.P. Trib. Milano, ord. 27.4.2004, Siemens AG, in *Foro it.*, 2004, II, 434.

²⁵² Il rilievo è inizialmente di FORNARI L., *La confisca del profitto*, cit., p. 85, poi ripreso da altri autori.

²⁵³ *Ibidem*.

²⁵⁴ A proposito della configurabilità di un profitto ricomprendente vantaggi immateriali nella corruzione, v. Cass. pen., sez. IV, 4 marzo 1988, Priorini, in *Riv. pen.*, 1989, p. 89, e nella concussione, v. Cass. pen., SS. UU., 11 maggio 1993, in *Cass. pen.*, 1993, p. 2252.

In secondo luogo, la tesi negativa è da preferirsi per quanto osservato nel paragrafo precedente circa la natura sussidiaria della confisca per equivalente rispetto alla confisca qualificata. Se si condivide l'assunto per il quale l'ablazione del *tantundem* nasce come espediente volto supplire alle carenze "operative" della confisca qualificata derivanti dalla sua rigidità, allora non si può che concludere che l'apprensione non può che cadere su utilità economiche che siano già astrattamente asportabili al reo attraverso la confisca classica.

Sul punto la dottrina è ferma, e conclude che la *ratio* di supplenza della confisca di valore porta a ritenere che l'espressione "quando non è possibile" sia da riferirsi esclusivamente a casi di improcedibilità di fatto della confisca qualificata (perché l'utilità è reimpiegata, trasformata, alienata, ecc.), e non a casi in cui il bene non possa essere espropriato per ragioni inerenti la natura stessa del prezzo o profitto tratto dal reato²⁵⁵.

In terza battuta, una considerazione d'ordine pratico s'impone: all'interno dei vantaggi immateriali, rientrano utilità – quali il vantaggio derivante dalla posizione assunta all'interno del mercato grazie al reato – di difficile apprezzamento in senso economico e conseguente liquidazione.

Come trasformare in denaro il vantaggio concorrenziale, valutando oggi una situazione necessariamente diacronica, sulla quale s'innestano variabili economiche del tutto estranee (*in primis*, l'andamento del mercato) alla sfera di controllo del reo e soltanto ipotizzabili?

Affidare tale compito al giudice penale equivarrebbe, secondo la dottrina²⁵⁶, a cedere il passo a una discrezionalità giudiziale difficilmente controllabile, della quale non si rinviene il confine nella legge, rinunciando in parte ai criteri di determinatezza e di prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie invece imposti dal principio di

²⁵⁵ BOTTALICO F., *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1732; FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., p. 61. Anche due autori che astrattamente ammettono la possibilità di confiscare le utilità immateriali, negano che la *voluntas legis* vada in tal senso; v. FORNARI L., *La confisca del profitto*, cit., p. 86; PELLISSETO M., *Commento*, cit., p. 1027.

²⁵⁶ V. gli autori citati alla nota precedente, cui si aggiungono: ALESSANDRI A., *Criminalità economica*, cit., p. 2154; BARAZZETTA A., *La confisca*, cit., p. 211.

legalità: si finirebbe per sfociare "in soluzioni equitative nella facciata, incontrollate nel merito"²⁵⁷.

Un'altra questione è stata particolarmente discussa fin dall'introduzione della confisca per equivalente: cospicua parte della giurisprudenza, seguita da parte della dottrina, argomentando dalla natura sanzionatoria della confisca di valore, ha sostenuto, in caso di concorso di persone, la possibilità di applicare integralmente la misura a uno solo dei concorrenti, indipendentemente dalla quota di utilità tratta dall'illecito a costui effettivamente attribuibile.

Di più, per quanto riguarda i rapporti tra persona giuridica e persona fisica che ha agito per essa, si è ipotizzata la possibilità di procedere all'ablazione nei confronti dell'ente che abbia tratto un profitto dal reato anche al di là dei reati indicati dalla sezione III del d.lgs. 231/2001 come fonte di responsabilità amministrativa, poiché l'ente se ne sarebbe comunque giovato, e non potrebbe essere considerato del tutto "estraneo".

La questione, che involge principi di ordine costituzionale e sovranazionale – la *personalità* della responsabilità penale, la *tassatività* nelle fonti della stessa – sarà trattata nel capitolo III.

4. La confisca nella responsabilità amministrativa da reato degli enti

Nel 2001 il legislatore con il d.lgs. 231 ha introdotto nel nostro ordinamento una forma di responsabilità amministrativa degli enti e delle persone giuridiche – tradizionalmente ritenuti estranei alla responsabilità penale in ossequio al brocardo *societas delinquere non potest* – per alcuni reati tassativamente indicati nel decreto stesso, che siano stati compiuti nell'interesse o a vantaggio di questi da persone fisiche poste in posizione apicale nella struttura organizzativa dell'ente o sottoposte all'altrui direzione e vigilanza.

Anche nei confronti delle persone giuridiche viene previsto lo strumento della confisca, introdotto anche nella forma per equivalente.

²⁵⁷ ALESSANDRI A., *Criminalità economica*, cit., p. 2155.

Una delle novità più significative della confisca nei confronti dell'ente è la sua collocazione sistematica, dato che l'art. 9 comma 1 lett. c) la include tra le sanzioni principali²⁵⁸; la misura ablativa viene così sottratta alla coperta offerta dall'art. 240 c.p. e della prevenzione rispetto a un reato futuribile, per indossare l'abito della vera e propria sanzione con valenza punitiva rispetto a un reato commesso, e tale novità è accolta favorevolmente dalla dottrina maggioritaria.²⁵⁹

La misura, inserendosi all'interno di un microcosmo normativo creato *ad hoc* per gli enti e le persone giuridiche, viene prevista in via generale per tutti i reati – tassativamente indicati nel decreto alla sezione III, artt. 24 ss. – rispetto ai quali operi la loro responsabilità; la collocazione non è affatto scontata, perché è la prima volta dal 1930 che il legislatore sceglie di configurare una nuova forma di confisca come istituto d'applicazione generale piuttosto che introdurre nuove varianti di uno stesso modello per ipotesi delittuose diverse, varianti spesso pregne di innovazioni che vanno a intaccare la possibilità di considerare ancora come generale in senso sostanziale – cioè come regola da applicare a una generalità di casi e destinata a durare – e non in senso meramente formale – per collocazione topografica – l'istituto previsto dall'art. 240.

L'art. 19 prevede la confisca obbligatoria, in caso di sentenza di condanna, del prezzo o del profitto del reato, salva la parte che può essere restituita al danneggiato e i diritti acquisiti dai terzi in buona fede²⁶⁰; se non è possibile la forma diretta, l'oggetto della confisca può cadere su "somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato".

²⁵⁸ Come conferma anche la *Relazione al d.lgs 231/2001*, pp. 37–38.

²⁵⁹ BASSI A., EPIDENDIO T.E., *Enti e responsabilità da reato*, cit., i quali parlano di un "ritorno alle origini", poiché nel codice Zanardelli del 1889, la confisca era già considerata una pena; LOTTINI R., *Il sistema sanzionatorio*, in GARUTI G. (a cura di), *La responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, Padova, 2002; ID., *Sub art. 19 d.lgs 231/2001*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO F., PALIERO C.E., Padova, 2007, p. 2337; LUNGHINI G., MUSSO L., *La confisca*, cit., p. 32, i quali affermano che la confisca assumerebbe così una valenza sanzionatoria, liberandosi dall' "abbraccio soffocante" dell'art. 240 c.p.; *Contra*: FOLLA N., *Le sanzioni pecuniarie*, in AA. VV., *La responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, la quale a p. 112 afferma che "la funzione assegnata alla confisca in questo contesto legislativo manifesta complessivamente un'impostazione specialpreventiva, rivolta a neutralizzare i rischi connessi al mantenimento da parte dell'ente di determinati oggetti collegati al reato [...] e, al contempo a sottrarre all'ente il profitto dell'illecito, impedendo che la società ne possa trarre beneficio".

²⁶⁰ Si noti che a differenza dell'art. 240 c.p. la norma non menziona né il prodotto né gli strumenti del reato.

Si discute in dottrina, circa la possibilità di disporre la confisca nei confronti dell'ente anche in caso di applicazione della pena su richiesta delle parti. La norma fa esplicito riferimento solo alla sentenza di condanna, ma la dottrina maggioritaria ritiene di poter supplire al mancato riferimento alla sentenza "patteggiata" in via ermeneutica, considerando che l'art. 63 d.lgs 231/2001 rinvia alla disciplina codicistica del patteggiamento, in quanto applicabile anche all'ente, e tale disciplina prevede la possibilità di disporre la confisca, con rinvio ora esteso a tutto l'art. 240 c.p.²⁶¹.

Argomentando diversamente – come fa l'orientamento minoritario²⁶², che ritiene non si possa andare al di là della formulazione della norma – si sostiene che si verrebbe a creare un'irragionevole disparità di trattamento tra la persona fisica, alla quale sarebbe applicabile la confisca anche in caso di patteggiamento, e la persona giuridica, rispetto alla quale tale applicabilità sarebbe da escludersi²⁶³.

A suffragare la tesi prevalente – seguita anche dalla giurisprudenza²⁶⁴ – si consideri che l'art. 6 comma 5 prevede una forma di apprensione del profitto anche nel caso in cui l'ente vada esente da responsabilità: apparirebbe pertanto paradossale, secondo i fautori di questa tesi²⁶⁵, consentire la confisca quando l'ente sia riconosciuto innocente e non consentirla quando esso, formalmente non condannato, sopporti comunque l'applicazione della pena, rendendo più appetibile il patteggiamento rispetto all'assoluzione.

Quella disciplinata dall'art. 19 non è l'unica ipotesi di confisca nei confronti dell'ente.

Si è detto dell'art. 6 comma 5: l'ablazione prevista da questa norma opera quando il reato sia stato commesso da soggetto in posizione apicale, ma l'ente non risponda dell'illecito poiché ha soddisfatto le richieste di cui all'art. 6 (l'adozione dei

²⁶¹ BASSI A., EPIDENDIO T.E., *Enti e responsabilità da reato*, cit., p. 304; GUIDO E., *Sul rapporto tra confisca e sentenza di patteggiamento nel processo contra societatem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1866; LOTTINI R., *Il sistema sanzionatorio*, cit., p.169; PAOLOZZI G., *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti amministrativi da reato*, Torino, 2006, p. 91, entrambi in riferimento al solo prezzo, poiché non era ancora intervenuta la riforma del 2003.

²⁶² AMATO G., *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Gui. dir.*, 2001, n. 26, p. 76; SANTORIELLO C., *La confisca del profitto nel sistema punitivo nei confronti degli enti collettivi e delle persone giuridiche*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2093.

²⁶³ GUIDO E., *Sul rapporto*, cit., p. 1870.

²⁶⁴ Tribunale di Milano, ud. 25 luglio 2006, n. 1508, in www.penalecontemporaneo.it

²⁶⁵ *Ex multis*, GUIDO E., *Sul rapporto*, cit., p. 1870.

compliance programs); in tal caso va comunque disposta la confisca, anche nella forma per equivalente, del profitto che l'ente abbia tratto dal reato.

Ulteriore ipotesi di confisca è prevista dall'art. 15: nei confronti dell'ente che svolga un pubblico servizio o un servizio di pubblica utilità e al quale dovrebbe essere applicata una sanzione interdittiva non definitiva, se dall'applicazione di questa sanzione può derivare un pregiudizio alla collettività, può essere disposta la prosecuzione dell'attività attraverso un commissario giudiziale; in tal caso il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività deve essere confiscato.

Per completezza, si ricordi che la confisca fa la sua comparsa anche nell'art. 17, dove è considerata condotta riparatoria che può evitare l'applicazione di sanzione interdittiva la circostanza che l'ente metta a disposizione ai fini della confisca il profitto tratto dal reato; e nell'art. 23, che rinvia all'art. 19 per la confisca del profitto come sanzione principale e obbligatoria in caso di inosservanza degli obblighi o dei divieti imposti da una sanzione o da una misura cautelare interdittiva.

4.1. *Nettoprinzip* o *Bruttoprinzip*? (rinvio)

L'introduzione di una forma di confisca nei confronti dell'ente responsabile di reato ha suscitato un vivace dibattito dottrinale e giurisprudenziale inerente a una tematica già nota a altri ordinamenti, in particolare a quello tedesco²⁶⁶.

Si tratta della dicotomia tra calcolo lordo e calcolo netto del profitto tratto dal reato ai fini della confisca.

Non c'è da stupirsi se la questione – che tocca il calcolo del profitto da apprendere anzitutto in via qualificata, oltretutto per equivalente – sia sorta in riferimento alla responsabilità degli enti, e non ad altre fattispecie delittuose per i quali era prevista da ben prima l'ablazione delle utilità tratte dal reato; anzi, l'alternativa netto/lordo ha nel calcolo del profitto illecitamente ottenuto dall'ente il suo luogo naturale.

Proprio nei confronti della criminalità d'impresa difatti, e ancor più dell'ente solo occasionalmente criminale – cioè non dedito istituzionalmente al reato – nel cui

²⁶⁶ Per un breve accenno al dibattito nella letteratura tedesca, si rinvia al capitolo III.

patrimonio è naturale che si confonda, diventando indistinguibile, ciò che è profitto del reato e ciò che invece è profitto di un'attività imprenditoriale lecita, sorge la necessità di chiarire se il profitto confiscabile sia da calcolare al netto o al lordo dei costi eventualmente sostenuti per conseguirlo; se in tale nozione di costi vi rientrino solo quelli leciti o anche quelli illeciti.

Le opinioni sul punto sono numerose, e recentemente è intervenuta anche la Cassazione a sezioni unite²⁶⁷. La soluzione obbligata riposa nel rispetto del principio di *proporzionalità* tra reato e risposta sanzionatoria; per ragioni di coerenza sistematica, l'intera questione è rimandata al capitolo III.

5. La confisca per sproporzione: quando le mafie si vincono (soprattutto) da un punto di vista economico

Uno degli aspetti fondamentali delle strategie di contrasto alla criminalità organizzata è oggi considerato quello economico.

Non basta più arrestare e condannare un gran numero di mafiosi; e questo non solo perché il vincolo associativo è difficile da spezzare – esso può sopravvivere alla condanna – e l'omertà da infrangere; ma soprattutto perché la criminalità organizzata vive anche di controllo del territorio e disagio sociale, e in tali contesti i nuovi affiliati non sono difficili da trovare.

E' necessario pertanto colpire le associazioni criminali dove è più possibile nuocere loro, e cioè sottraendo i patrimoni da queste acquisiti illecitamente²⁶⁸. Non si tratta solo di voler rendere l'illecito penale improduttivo sottraendone il profitto, secondo una logica già osservata nella confisca di valore. L'intento è soprattutto quello di sottrarre le basi patrimoniali della criminalità organizzata "cioè quella vastissima rete di beni e rapporti economici destinati alla conservazione e all'esercizio dei poteri criminali"²⁶⁹. La finalità ultima è quella di arrestare l'infiltrazione della criminalità di stampo mafioso nei gangli dell'economia lecita

²⁶⁷ Cass. pen. SS. UU, ud. 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio 2008), n. 26654, Impregilo et al., in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1263.

²⁶⁸ Tali osservazioni sono svolte da moltissimi autori. Si v. *ex multis* FORNARI L., *Criminalità del profitto*, cit., p. 10; VIGNA P.L., *Prefazione a* GIALANELLA A., *Patrimoni di mafia*, cit., pp. 11 e ss.; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., pp. 4 e ss.

²⁶⁹ FORNARI L., *op. loc. cit.*

attraverso il riciclaggio del denaro proveniente dalle attività illecite, non solo come forma di difesa dell'economia legale dall'inquinamento con forme di produzione della ricchezza non legali, ma anche per evitare che le organizzazioni criminali ottengano e consolidino posizioni di potere, non solo economico²⁷⁰.

Si tratta, come alcuni autori hanno suggestivamente affermato²⁷¹, di una minaccia alle stesse basi democratiche della società, attraverso forme di controllo del territorio che sono in radice anti-democratiche: basta scorrere la parte finale dell'art. 416 *bis* ("ovvero al fine di impedire od ostacolare il libero esercizio del voto o di procurare voti a sé o ad altri in occasione di consultazioni elettorali") per rendersi conto che il c.d. metodo mafioso è antitetico alla democrazia.

Ed è di tutta evidenza come, di fronte a minacce tanto gravi, la risposta dello Stato debba essere energica, ma rischi di cedere il passo a un sacrificio dei diritti fondamentali dell'individuo, considerato "male minore".

La legge Rognoni-La Torre del 1982 inaugura questa forma di contrasto anche economico alla criminalità organizzata.

E' stato giustamente affermato che è come se il legislatore prendesse atto della vocazione imprenditoriale della mafia²⁷²: non solo con la confisca di prevenzione²⁷³, ma anche ad esempio con l'introduzione di una forma di sorveglianza *fiscale* nei confronti dei condannati per art. 416 *bis* c.p. o dei sottoposti a misura di prevenzione, i quali sono obbligati a comunicare alla pubblica autorità tutte le variazioni del loro patrimonio che superino una certa soglia.

Una delle forme oggi più avanzate di contrasto ai patrimoni di mafia è senza dubbio la confisca *ex art. 12 sexies* l. 356/1992, forma di acquisizione pubblica dei beni mafiosi affatto particolare.

²⁷⁰ Si vedano sul punto le considerazioni espresse dal Procuratore di Reggio Calabria PIGNATONE G., *Il modello italiano di contrasto ai patrimoni illeciti: strumenti penali, strumenti di prevenzione, problematiche processuali. La recente riforma delle misure di prevenzione: criticità e prospettive d'applicazione*, pp. 1 e 2, 2010, all'incontro di studio organizzato dal CSM a Roma nel gennaio 2010 (disponibile in www.csm.it) e le analisi della *Relazione sullo stato di attuazione del sequestro e della confisca*, approvata dalla Commissione bicamerale antimafia, XV leg., il 27 novembre 2007, (disponibile in www.parlamento.it).

²⁷¹ VIGNA P.L., *Prefazione*, cit., p. 11; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 5.

²⁷² AMODIO E., *Le misure di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia*, in *Giust. pen.*, 1985, III, c. 633.

²⁷³ L'art 2 *ter* della l. 575/1965 inserito per l'appunto dalla legge Rognoni-La Torre (l. n. 646/1982); si noti come tutta la legge del 1965 – per come modificata – è disseminata di disposizioni che hanno come centro d'interesse le attività lucrative svolte da soggetti mafiosi.

E' innegabile che questa forma d'ablazione, anche alla luce delle considerazioni suesposte, abbia come bersaglio il bene (presunto) mafioso più che la persona mafiosa.

Il bene giuridico tutelato rimane il medesimo, ma cambiano le forme della sua tutela²⁷⁴: si è parlato in dottrina dell'introduzione²⁷⁵, o meglio, dello sviluppo²⁷⁶ nel nostro ordinamento di un'*actio in rem*, secondo il modello del *civil forfeiture* statunitense²⁷⁷, cioè di un procedimento volto a colpire esclusivamente le fonti patrimoniali della criminalità; procedimento che può apparire confliggente col nostro sistema costituzionale, per il quale la responsabilità penale è della persona.

La transizione verso il modello nel caso dell'art. 12 *sexies* è però incompleta, poiché la norma richiede un accertamento positivo circa la responsabilità penale di colui che subisce la misura; ma i dubbi permangono, poiché nella confisca c.d. allargata il legame tra il bene e il reato è interrotto, e quindi è vero che c'è un accertamento circa la responsabilità penale del condannato per uno dei reati presupposto – e pertanto la misura è *in personam* – ma con il reato *de quo* non è detto che il bene sottratto abbia un nesso di derivazione.

La *mafiosità* del patrimonio è solo sospettata; e una sanzione penale fondata sul sospetto è quanto meno in bilico sulla soglia dell'incostituzionalità²⁷⁸.

Ma sul punto si tornerà diffusamente nel prosieguo.

²⁷⁴ Nel caso dell'art. 416 *bis* si tratta dell'ordine pubblico, ma, stante la plurioffensività della condotta incriminata la questione è discussa.

²⁷⁵ BERNASCONI A., *La "speciale" confisca introdotta dal d.l. 20 giugno 1994, n. 339 conv. dalla l. 8 agosto 1994 n. 501*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1419; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., *passim*, svolge analoghe considerazioni ma in riferimento all'art. 2 *ter* della l. 575/1965, che prevede la confisca antimafia come misura di prevenzione.

²⁷⁶ Ritengo preferibile tale termine, perché l'*introduzione* richiede una scelta esplicita e consapevole, mentre lo *sviluppo* può avvenire, come nel caso, anche inconsapevolmente e senza scelte formalmente esplicite in tal senso.

²⁷⁷ Nel sistema nordamericano si distinguono il *civil forfeiture* dal *criminal forfeiture*, il primo diretto contro i patrimoni illecitamente accumulati, considerato una forma di riequilibrio dell'economia, meno rispettoso delle garanzie individuali; il secondo forma classica di confisca *in personam*, collegato alla responsabilità da reato. Su entrambe si veda analiticamente MAUGERI A., *Le moderne sanzioni*, cit., pp. 247 ss.

²⁷⁸ Dei c.d. reati di sospetto, si tratterà al par. 5.2.

5.1. Dalle ceneri dell'art. 12 *quinquies* d.l. n. 306/1992

L'art. 12 *sexies* inserito nella l. n. 356 del 1992 (la legge di conversione del d.l. 306) a opera del d.l. n. 399 del 1994 (conv. con modifiche dalla l. n. 501 del 1994) nasce dall'esigenza di "turare la falla"²⁷⁹ aperta dalla sentenza della Corte costituzionale n. 48 del 1994 che cancellò il secondo comma dell'art. 12 *quinquies*.

L'esigenza forse più pressante fu quella di evitare la caducazione – in virtù del principio del *favor rei* – di tutti i provvedimenti di confisca disposti nel tempo di vigenza dell'art. 12 *quinquies*, attraverso l'introduzione di una "Ipotesi speciale di confisca"²⁸⁰, ovvero di una misura che, sottratta al principio di irretroattività, potesse giustificare anche i provvedimenti disposti prima della sua introduzione.

Nel contempo si reintroduceva *pro futuro* quello che si era dimostrato un efficace strumento di lotta alla criminalità organizzata, questa volta aderendo alle indicazioni del giudice delle leggi che nella sentenza citata – conscio delle esigenze di tutela che la norma soddisfaceva – aveva indirizzato il legislatore circa la possibilità di prevedere comunque strumenti di contrasto alla criminalità organizzata basati sulla sproporzione tra il reddito e il patrimonio degli affiliati²⁸¹.

L'art. 12 *quinquies* comma 2 della l. n. 356 del 1992²⁸² prevedeva la reclusione da due a cinque anni, unitamente alla confisca, per gli indagati (espressione poi sostituita nel 1993 con "coloro nei cui confronti pende procedimento penale") o coloro nei cui confronti fosse in corso o comunque si procedesse per l'applicazione di una misura di prevenzione personale per i delitti indicati dall'articolo medesimo – principalmente, il delitto di cui all'art. 416 *bis* e gli altri valutati di stampo mafioso – i quali, anche per interposta persona, fossero titolari o avessero la disponibilità di denaro, beni o altre utilità di valore sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, senza essere in grado di giustificarne la legittima provenienza.

²⁷⁹ L'espressione è di FORNASARI G., *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12 sexies della legge n. 356 del 1992*, in *Crit. dir.*, 1994, n. 3, p. 13.

²⁸⁰ Così la rubrica dell'articolo.

²⁸¹ Tale intento è chiaramente esplicitato nella *Relazione al decreto legge*, reperibile in *Riv. pen. econ.*, 1994, p. 64.

²⁸² Sul quale v. analiticamente PALLADINO P., *Brevi osservazioni sul delitto di possesso ingiustificato di valori*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 343.

Nel 1994, con la sent. n. 48²⁸³, la Corte costituzionale giudicò tale autonoma fattispecie delittuosa in contrasto con l'art. 27 comma 2 Cost., poiché collegava una responsabilità di tipo penale a due condizioni personali, quali quella di sottoposto a indagini e quella di sottoposto a misura di prevenzione, che nulla dicono circa il coinvolgimento del soggetto in un determinato reato e alle quali, in quanto transeunti, non possono essere ricollegati apprezzamenti definitivi circa la responsabilità di una persona, a pena di ledere la presunzione d'innocenza che solo la sentenza definitiva irrevocabile di condanna può superare²⁸⁴.

Nell'affermare ciò, la Corte però aprì le porte a un successivo intervento legislativo, indicandone i paletti: "ecco svelarsi, allora, il vizio di costituzionalità che affligge la norma impugnata. Se, infatti, può ritenersi non in contrasto con i principi costituzionali una norma che, al limitato fine di attivare misure di tipo preventivo, desume dalla qualità di indiziato per taluni reati il sospetto che la sproporzione tra beni posseduti e reddito dichiarato possa esser frutto di illecite attività, altrettanto non può dirsi ove analoga situazione venga ricondotta all'interno di una norma incriminatrice".

Quello che viene quindi criticato, è che il sospetto entri in un apposita fattispecie delittuosa, non che esso possa attivare misure di tipo preventivo²⁸⁵.

Ed è appunto questa la strada seguita dal legislatore, con l'introduzione all'art. 12 *sexies* non di un reato, ma di una *misura di sicurezza*²⁸⁶, legata non alla

²⁸³ Per un'analisi accurata della sentenza v. tra gli altri MICHELI P., *Reati di sospetto vecchi e nuovi: cronaca di una morte annunciata*, in *Riv. pen. econ.*, 1994, p. 51.

²⁸⁴ La sentenza citata testualmente recita al punto n. 4 del Considerato in diritto: "Il naturale sviluppo del precetto sancito dall'art. 27, secondo comma, della Costituzione, comporta, infatti, che la condizione di persona sottoposta a procedimento penale assume connotazioni del tutto amorphe agli effetti del diritto sostanziale, cosicché dalla stessa non è consentito trarre "sospetti" o "presunzioni" di sorta che valgano a qualificare una specifica condotta che il legislatore ritenga meritevole di sanzione penale".

²⁸⁵ Quest'apertura della Corte è stata aspramente criticata da FORNASARI G., *L'ultima forma*, cit, del qual mi permetto di riproporre le interessanti considerazioni svolte a p. 13: "Il messaggio finale, tra cose dette e cose fatte intendere, è pur tuttavia chiaro. Il legislatore deve sapere che la creazione di fattispecie penali che prevedano una sanzione collegata solo a una determinata qualifica ritenuta idonea a destare sospetti troverà un ostacolo insormontabile nel vaglio della Corte, mentre se il medesimo schema strutturale viene proposto in riferimento all'infrazione di una misura preventiva di tipo patrimoniale non si porranno problemi di costituzionalità. Sarà forse discutibile il fatto che in tal modo si garantisce l'esistenza di una "zona franca" in cui al legislatore è consentito, eventualmente con mascheramenti e truffe delle etichette, operare disinteressandosi dei principi costituzionali di garanzia, ma questo è il confine tracciato con chiarezza dalla Corte costituzionale".

condizione precaria di indagato, ma a quella più consolidata di condannato, seppur in primo grado.

5.2. Dal reato di sospetto (o sospetto di reati) alla "pena" del sospetto

La dottrina non ha mai esitato a classificare il possesso ingiustificato o trasferimento fraudolento di valori previsto dall'art. 12 *quinquies* tra i c.d. reati di sospetto²⁸⁷ o, volendo usare la definizione meno *tranchant* elaborata dalla Corte costituzionale²⁸⁸, reati di pericolo in connessione con una condizione soggettiva.

Con l'espressione reati di sospetto ci si riferisce a fattispecie caratterizzate da un'anticipazione della soglia di tutela, in connessione non con situazioni oggettive che creano un pericolo per il bene giuridico protetto dalla norma incriminatrice, ma con condizioni soggettive che creano il pericolo di commissione di futuri reati o rendono presumibile un reato appena commesso.

La logica è pertanto prossima ai reati di pericolo astratto, che presentano qualche frizione con il principio di *offensività*, per il quale solo la condotta che effettivamente lede il bene giuridico protetto – anche solo nella forma della creazione di un pericolo a questo bene, qualora il legislatore scelga di considerare lesione la creazione di un pericolo – può dar luogo a una responsabilità di tipo penale.

In queste fattispecie, il legislatore unisce istanze di tipo squisitamente preventivo alla punizione di fatti illeciti, e talvolta accade che tale unione diventi confusione di ruoli e mistificazione d'intenti: un conto è punire, un conto prevenire,

²⁸⁶ La natura di quest'ipotesi di confisca è più che controversa; se ne tratterà al capitolo II, ma anticipo che la giurisprudenza tende a classificarla come misura di sicurezza, mentre la dottrina maggioritaria propende per la natura di pena vera e propria. Per ora cercheremo di rispettare le classificazioni fatte dal legislatore.

²⁸⁷ BELFIORE E., *Sub art. 12 sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO F., PALIERO C.E., Padova, 2007, p. 828; BERNASCONI A., *La "speciale" confisca*, cit., p. 1417; DE ROSA G., *Trasferimento fraudolento fraudolento e possesso ingiustificato di valori. La fretta del legislatore e l'art. 12 quinquies della legge n. 356/1992 al vaglio di costituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 783; FORNASARI G., *L'ultima forma*, cit., *passim*; MAZZA O., *Commento al d.l. 20/6/1994, conv. con modificazioni dalla l. 8/8/1994 n. 501 – Disposizioni urgenti in materia di confisca di valori ingiustificati*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 24; MICHELI P., *Reati di sospetto*, cit., *passim*.

²⁸⁸ La Corte si è occupata a più riprese dei reati di sospetto, in particolare degli artt. 707, 708 c.p., dichiarandone l'illegittimità costituzionale. Si vedano le sentenze 110/1968, 14/1971, 48/1994, 370/1996, 265/2005.

e gli strumenti con cui il legislatore può legittimamente assolvere ai due diversi ruoli devono anch'essi essere diversi.

L'elaborazione della categoria dei reati di sospetto si deve a Manzini²⁸⁹, il quale, in relazione agli artt. 707 e 708 c.p.²⁹⁰, considerava tali delitti reati senza azione, in cui si punisce un soggetto solo per essere colto in un determinato stato il quale desta sospetto.

Nonostante la dottrina contemporanea a Manzini fosse contraria a immaginare reati senza condotta – e ritenesse pertanto che anche in tali reati ci fosse una condotta tipica, consistente nel possedere senza giustificare – resta il fatto che con tali fattispecie si punisce un sospetto; pertanto, è forse più opportuno utilizzare la definizione fornita da altro illustre autore, e cioè che si sia in presenza di un sospetto di reati²⁹¹.

Il cambio di definizione non fugge i dubbi di costituzionalità, che s'impennano principalmente sull'obbligo di giustificazione²⁹² – che fa capo ai soggetti presi in considerazione dagli artt. 707, 708 c.p., che faceva capo al sospettato nell'art. 12 *quinquies* e che fa tuttora capo nell'art 12 *sexies* a colui che vede sul suo patrimonio la spada di Damocle della confisca – che invertirebbe secondo alcuni l'onere della prova, "richiesta che equivale a dire che o l'imputato dà la prova tranquillante che le cose non provengono da reato, oppure confessa di essere autore egli stesso di un reato"²⁹³ da cui le cose provengono ovvero tace e riceve la condanna.

E quindi ci si chiede se con l'articolo 12 *sexies* della l. n. 356 del 1992 gli attriti tra questo meccanismo di dubitazione – meccanismo che non può non fondarsi

²⁸⁹ MANZINI V., *Trattato*, cit., pp. 460 e ss e pp. 760 e ss.

²⁹⁰ Tali articoli puniscono il fatto di chi, condannato per delitti determinati da motivi di lucro ovvero per contravvenzioni concernenti la prevenzione contro il patrimonio ovvero per mendicizia o ammonito o sottoposto a una misura di sicurezza personale o a cauzione di buona condotta (tali ultime quattro condizioni sono state espunte dalla Corte costituzionale con le sentenze riportate alla nota 304), sia colto in possesso di chiavi alterate o grimaldelli (art. 707) o di denaro o oggetti di valore (art. 708), dei quali non sappia giustificare la provenienza, con la reclusione rispettivamente da sei mesi a due anni e da tre mesi a un anno. Si ricordi su questi reati quanto scritto con lucidità da COPPI F., *Osservazioni sui "reati di sospetto" e, in particolare, sul "possesso ingiustificato di valori"*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 1713: "i reati di sospetto traggono le loro origini da una concezione del diritto penale e dei rapporti tra stato e cittadini influenzata e caratterizzata da motivi e ispirazioni moralistiche, da un senso di preconcetta sfiducia dello stato verso certe categorie di persone da una visione paternalistica e tutoria – quando non proprio poliziesca – dei rapporti dello stato verso i cittadini".

²⁹¹ DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930, p. 141.

²⁹² Ma non solo, esistono sicuramente frizioni anche col principio di determinatezza.

²⁹³ COPPI F., *Osservazioni*, cit., p. 1729.

su considerazioni circa la personalità dell'individuo²⁹⁴ – e i diritti fondamentali della persona siano superati²⁹⁵, o se invece non si sia passati da un reato di sospetto a una "pena"²⁹⁶ del sospetto (di reati), come anche suggerito da parte della dottrina²⁹⁷.

"Incontriamo, insomma, una sanzione senza il proprio reato [...] e si colpisce, in realtà, una sorta di reato occulto"²⁹⁸.

5.3. I presupposti applicativi della misura

I presupposti applicativi della confisca allargata – la cui applicazione è obbligatoria – possono essere essenzialmente individuati ne:

- a. l'intervenuta condanna o applicazione di pena su richiesta delle parti per uno dei delitti tassativamente indicati nell'art. 12 *sexies* stesso;
- b. la sussistenza di una sproporzione tra il denaro, i beni o le altre utilità di cui il condannato risulta essere titolare, anche per interposta persona fisica o giuridica, o avere la disponibilità a qualsiasi titolo, e il reddito da costui dichiarato ai fini impositivi o l'attività economica da costui esercitata, senza che il condannato sappia giustificare la provenienza di tali beni²⁹⁹.

²⁹⁴ Cfr. su questo le osservazioni fatte dall'autore citato alla nota precedente a p. 1724.

²⁹⁵ Sul punto, si rinvia al capitolo III.

²⁹⁶ Il termine in questo conteso è utilizzato in senso neutro, equivalente a "risposta dell'ordinamento all'infrazione di un precetto penale", senza voler prendere posizione nel dibattito circa la natura giuridica della confisca.

²⁹⁷ I più incisivi sul punto sono FORNASARI G., *L'ultima forma*, cit., *passim*; SQUILLACI E., *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1525, *passim*; GIALANELLA A., *Patrimoni di mafia*, cit., p. 49.

²⁹⁸ NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Crit. dir.*, 1995., p. 268.

²⁹⁹ Individua esclusivamente due presupposti LOCATELLI G., *La confisca del patrimonio di valore sproporzionato*, in *Il fisco*, 1996, n. 34, p. 8303. Altri autori, tra cui MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 319; POTETTI D., *Riflessioni in tema di confisca di cui alla legge 501/1994*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1690; PUSATERI V., *Modifiche alla disciplina della confisca ex art. 12 sexies d.l. 8 giugno 1996, n. 306, in Decreto sicurezza. Tutte le novità*, a cura di SPANGHER G., Milano, 2008, p. 104, scompongono il presupposto sub b. in più presupposti (l'esistenza di un patrimonio; la titolarità o disponibilità; la sproporzione col reddito o l'attività economica; la mancata giustificazione). Si è preferita una bipartizione perché il presupposto sub b. rappresenta una condizione unica, da valutarsi complessivamente stante l'interdipendenza dei suoi elementi. A ben vedere, i beni o le altre utilità di cui il condannato sia titolare, anche per interposta persona, o abbia la disponibilità, potrebbero essere considerati quali oggetto del provvedimento.

Per quanto riguarda il presupposto sub a., nella stesura originaria dell'art. 12 *sexies* i reati presi in considerazione erano:

1. il delitto di associazione di tipo mafioso *ex art. 416 bis c.p.* ovvero i delitti commessi avvalendosi della forza d'intimidazione e delle condizioni di assoggettamento che ne derivano ovvero commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose;
2. il delitto di contrabbando aggravato *ex art. 295 c. 2 d.P.R. 43/1973*;
3. il delitto di estorsione *ex art. 629 c.p.*;
4. il delitto di sequestro di persona a scopo di estorsione *ex art. 630 c.p.*;
5. il delitto di usura propria *ex artt. 644 e impropria ex 644 bis c.p.* (abrogato dalla l. n. 106/1998);
6. il delitto di ricettazione, esclusa l'ipotesi della particolare tenuità *ex art. 648 c.p.*;
7. il delitto di riciclaggio *ex art. 648 bis c.p.*;
8. il delitto di reimpiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita *ex art. 648 ter c.p.*;
9. il delitto di trasferimento fraudolento di valori *ex art. 12 quinquies comma 1 l. n. 306/1992*;
10. il delitto di produzione e traffico illecito ovvero di associazione finalizzata al traffico illecito di sostanze stupefacenti *ex artt. 73, 74 d.P.R. 309/1990*.

Tale elencazione dei reati sorgente era stata criticata da parte della dottrina, da un lato – e con una punta di malizia – per le timidezze dimostrata dal legislatore nei confronti della *white collar criminality*³⁰⁰, dall'altro perché ridondante, se l'obiettivo del legislatore fosse stato esclusivamente il fenomeno della criminalità organizzata, e incompleto rispetto ad altre attività criminali dalle quali possono derivare cospicui arricchimenti³⁰¹.

³⁰⁰ Così CELENTANO P., *La nuova particolare ipotesi di confisca obbligatoria dei proventi delle attività criminali*, in *Riv. pen. econ.*, 1994, p. 306. Oltretutto alcuni delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione erano stati inseriti nei decreti legge, ma non vennero riproposti in sede di conversione.

³⁰¹ Così FORNASARI G., *L'ultima forma*, cit., p. 19.

Il legislatore pertanto, con la l. n. 45/2001 ha ricompreso nei reati–presupposto i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione dell’ordine costituzionale e con la l. 296 del 2006 (l. finanziaria del 2007) ha esteso l’applicazione della confisca allargata ad alcuni dei delitti commessi dai pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (artt. 314, 316, 316 *bis* e *ter*, 317, 318, 319, 319 *ter*, 320, 322, 322 *bis*, 325 c.p.).

Un autore ha criticato la possibilità che l’apprensione dei valori sproporzionati sia disposta anche con l’applicazione della pena su richiesta delle parti, poiché in tal caso al meccanismo presuntivo che caratterizza la misura – il quale sussiste a prescindere dalle opinioni circa la conformità di tale meccanismo alla presunzione d’innocenza – si aggiungerebbe un ulteriore compressione del contraddittorio tra le parti sulla e per la prova, e un ulteriore riduzione dello spazio concesso all’imputato per dimostrare la provenienza dei beni sottoponibili a confisca³⁰².

Per quanto riguarda il presupposto sub b., esso consta di una serie di elementi che devono sussistere congiuntamente.

La titolarità, anche per interposta persona, riferita a "denaro, beni o altre utilità" deve essere intesa come titolarità di diritti di credito, reali od obbligazionari, anche al di là dello schermo formale costituito dall’intestazione fittizia del diritto a un’altra persona fisica o giuridica³⁰³; la "disponibilità a qualsiasi titolo" va identificata col potere di utilizzazione del bene derivante al soggetto da uno specifico titolo, o meglio dalla titolarità di una determinata situazione giuridica soggettiva attiva³⁰⁴.

E’ vero che l’istituto "non può mai trovare applicazione in danno del proprietario estraneo al reato"³⁰⁵, ma come la Cassazione stessa ha avuto modo di specificare³⁰⁶ – seppur in relazione alla confisca–misura di prevenzione dell’art. 2 *ter* l. 575/1965, ma l’espressione normativa usata è la stessa – il concetto di

³⁰² SQUILLACI E., *La confisca "allargata"*, cit., p. 1531.

³⁰³ Per un’analisi più estesa del concetto di interposizione e del suo rapporto con la discussa nozione civilistica di simulazione si veda PALLADINO P., *Brevi osservazioni*, cit, pp. 349 ss.

³⁰⁴ Così MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 322; PALLADINO P., *Brevi osservazioni*, cit, p. 348; POTETTI D., *Riflessioni*, cit., 1697, seppur con qualche distinguo.

³⁰⁵ Così Cass. pen., sez I, ud. 7 luglio 2010, n. 33521.

³⁰⁶ Cass, 15 febbraio 1989, Vernengo; cass, 14 febbraio 1997, Nobile, in *Giust. pen.*, 1997, II, p. 627.

"disponibilità" ha contenuto eminentemente sostanzialistico, molto vicino al concetto di possesso, e vale a rendere confiscabile ciò con cui il condannato si rapporti *uti dominus*³⁰⁷.

Il parametro con cui confrontare il "denaro, beni o altre utilità" al fine di verificarne la sproporzione – indice di *mafiosità/illiceità* – è costituito dal reddito dichiarato dalla persona o dall'attività economica da costui svolta: si dovrà valutare la capacità economica della persona interessata, ossia la capacità del suo reddito o della sua attività economica di sostenere l'acquisto dei diritti di cui è titolare o la disponibilità dei beni che ha in possesso³⁰⁸.

L'orientamento maggioritario ritiene che il giudice possa discrezionalmente fare riferimento a una delle due grandezze economiche³⁰⁹, ma c'è chi ha sostenuto che la sproporzione sia da verificare cumulativamente rispetto ad ambedue i parametri, al fine di evitare una confusione tra patrimonio illecito passibile di confisca e ricchezze semplicemente non dichiarate al fisco, non per questo confiscabili³¹⁰.

Il discorso si complica, giacché tanto il patrimonio, quanto la capacità reddituale sono grandezze variabili nel tempo, e quindi la sproporzione tra le due grandezze non può essere valutata atemporalmente, ma deve essere collocata in un momento storico preciso, rispetto al quale il giudice arrivi ad affermare che il condannato col suo reddito palese o lecito non avrebbe mai potuto acquistare quel determinato bene.

Il riferimento temporale assume allora un'importanza fondamentale, non solo ai fini del ristabilimento di un seppur vago nesso di pertinenzialità – come affermato dalla Corte di cassazione a sezioni unite³¹¹ (sul punto vedi il paragrafo successivo) –

³⁰⁷ Si noti come si sia passati dal rigido concetto di appartenenza di cui all'art. 240 al duttile requisito della disponibilità di cui all'art. 12 *sexies*. Su un'ipotetica violazione del principio della responsabilità penale nei confronti del terzo, titolare del diritto di cui il mafioso (o soggetto assimilato) dispone, v. cap. III.

³⁰⁸ PALLADINO P., *Brevi osservazioni*, cit., p. 359; MAUGERI A.M., *Le moderne*, cit., p. 326.

³⁰⁹ *Ex multis*, BELFIORE E., *Sub art. 12 sexies*, cit., p. 832.

³¹⁰ LOCATELLI G., *La confisca*, cit., p. 8304.

³¹¹ Cass. pen., SS. UU., 17 dicembre 2003 (dep. 19 gennaio 2004), n. 920, Montella, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1182, con commento di FIDELBO G.: *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*.

ma anche per attenuare la frizione dell'istituto coi diritti fondamentali *sub specie* di distribuzione di onere della prova, poiché ne lenisce la gravosità³¹².

Infatti, una volta accertato che sussista una sproporzione, si chiede al condannato di "giustificare" l'esistenza dei beni che appaiono sproporzionati, ossia di illustrarne la provenienza; la misura dovrebbe allora cadere su quella parte di denaro, beni o altre utilità che non hanno ricevuto una spiegazione attendibile, e che quindi si sospettano di origine illecita, come sostenuto in dottrina³¹³ e come affermato dalla Suprema corte³¹⁴.

Dalla prassi giurisprudenziale emerge invece il tentativo di non circoscrivere l'oggetto della confisca nei limiti di tale scompenso e di utilizzare la sproporzione come elemento indiziario circa l'illecita provenienza di tutto il patrimonio, "trasformando la confisca *ex art. 12 sexies* da mero strumento di sottrazione dei profitti di origine illecita, a *confisca generale dei beni*"³¹⁵.

5.4. L'eclissi del nesso di pertinenzialità

Uno dei tradizionali presupposti della confisca è sempre stato il nesso di pertinenzialità – di cui si è già discusso nei paragrafi precedenti – teso a garantire che la misura operi su ciò che è stato tratto dal reato.

Tale legame svolge un importante ruolo di *garante* nei confronti di un'acquisizione pubblica che senza di esso rischia d'essere indeterminata nei suoi contorni, con buona pace del principio di *proporzionalità* e di *determinatezza* delle fattispecie penali.

Anche una misura quale la confisca per equivalente, che si è definita "elastica", serba traccia in sé di questo rapporto pertinenziale, poiché essa cade comunque su un'entità economica di valore pari a quell'altra grandezza originaria che aveva un rapporto di derivazione dal reato, e che s'è persa. In tale ultimo caso, il nesso di derivazione, seppure non vale a *sporcare* la *res* confiscanda – rendendola

³¹² VERGINE F., *La componente temporale della sproporzione quale fattore riequilibratore del sequestro finalizzato alla confisca ex art. 12 sexies d.l. n. 306 del 1992*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 629.

³¹³ NANULA G., *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Fisco*, 1993, p. 10117; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 327.

³¹⁴ Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 1996 (dep. 28 maggio 1996), Berti, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3649.

³¹⁵ Così MAUGERI A., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 327.

pericolosa perché "mantiene viva l'idea e l'attrattiva del reato"³¹⁶ – individua comunque con esattezza l'ammontare di quanto è possibile sottrarre al condannato.

La *ratio* della confisca allargata invece è in antitesi col rispetto del nesso di derivazione causale, perché appunto basata su una sproporzione, e pertanto si è provocatoriamente sostenuto che il reato fungerebbe da condizione obiettiva di punibilità³¹⁷, da occasione per procedere all'ablazione patrimoniale.

L'eclissi del nesso di pertinenzialità ha suscitato più di un dubbio.

Parte della dottrina e della giurisprudenza ha sporadicamente cercato di saldare nuovamente l'oggetto della confisca con il reato in occasione del quale essa è irrogata.

La dottrina in particolare ha sostenuto la necessità che sussista una certa coincidenza temporale tra il *tempus commissi delicti* e l'acquisizione da parte del condannato del bene "sospettato"³¹⁸; altri hanno argomentato circa l'esistenza di un nesso pertinenziale tra il patrimonio ingiustificato e il complesso dell'attività delinquenziale del reo e la sua persistenza nel reato – resi palesi da ulteriori elementi di prova – "in maniera da spiegare l'esistenza di un ragionevole rapporto di causalità con l'accumulo ingiustificato"³¹⁹. Anche nella prassi è stato occasionalmente affermato – in un'ottica attenta all'onere probatorio gravante sull'imputato – che i beni su cui è disposta la misura non dovrebbero essere stati acquistati in un periodo di tempo talmente antecedente all'illecito da farne ritenere l'estraneità rispetto a quest'ultimo³²⁰; oppure che "il nesso di pertinenzialità è peculiare e più lato, perché è stabilito tra il bene e l'attività delittuosa facente capo a un soggetto"³²¹

Tuttavia questi seppur lodevoli tentativi di circoscrivere l'ambito di operatività della misura non possono che essere vani allo stato attuale della norma: perché essa nulla dice sul punto; perché opposta è la *ratio* di questo strumento

³¹⁶ *Relazione ministeriale sul progetto di codice penale*, cit., p. 245.

³¹⁷ FORNASARI G., *L'ultima forma*, cit., p. 17.

³¹⁸ CHARIELLO G., *Sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p. e 12 sexies l. n. 356 del 1992: misura di prevenzione o provvedimento cautelare?*, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 1634–1635.

³¹⁹ Così NANULA G., *Le nuove norme sul possesso ingiustificato di valori*, in *Fisco*, 1995, n. 42, p. 10136; analogo orientamento assume BELFIORE E., *Sub art. 12 sexies*, cit., p. 832.

³²⁰ *Cass. pen.*, sez. V, ud. 23 aprile 1998 (dep. 30 luglio 1998), n. 2469, Bocca, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3551.

³²¹ *Cass. pen.*, sez. V, 22 settembre 1998 (dep. 24 novembre 1998), n. 5111, Sibio, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3552.

ablativo fondato sulla *sproporzione*, non sulla *derivazione*; perché il diritto vivente punta in tutt'altro senso.

La giurisprudenza dominante difatti ritiene che non sia necessario che i beni da confiscare derivino dal reato poiché il legislatore³²², di fronte alla commissione di determinati reati – caratterizzati da elevato indice di "mafiosità", aventi carattere continuativo e altamente produttivi di ricchezza – avrebbe posto una presunzione *iuris tantum* d'illecita accumulazione e quindi di derivazione delittuosa³²³.

Sulla questione sono intervenute le sezioni unite della Cassazione, più che per sanare un contrasto in realtà inesistente, per chiarire e difendere la scelta del legislatore.

Nella sentenza Montella del 2004³²⁴ i giudici di legittimità hanno correttamente escluso che per quanto riguarda la confisca di cui all'art. 12 *sexies* si possa teorizzare l'esistenza di un nesso di derivazione causale in senso "classico", perché altrimenti la norma si limiterebbe a rendere obbligatoria la confisca del profitto, del prodotto e degli *instrumenta sceleris* che l'art. 240 c.p. prevede solo in via facoltativa; tale innovazione dell'art. 12 *sexies* si rivelerebbe poi un inutile doppione per alcuni dei delitti presupposto della misura rispetto ai quali già l'art. 416 *bis* comma 7 introduce la regola dell'obbligatorietà³²⁵.

"Il giudice" – si legge nella sentenza – "non deve ricercare alcun nesso di derivazione tra i beni confiscabili e il reato per cui ha pronunciato condanna e

³²² Trib. di Bari, 20 novembre 1995, Rubini, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1629; Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 1996 (dep. 28 maggio 1996), Berti, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3649; Cass. pen., sez. II, 23 settembre 1998 (dep. 25 novembre 1998), n. 53582, Simoni, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3550; Cass. pen., sez. VI, 26 marzo 1998 (dep. 8 maggio 1998), n. 1087, Bosetti, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3551.

³²³ Concorde in dottrina LOCATELLI G., *La confisca*, cit., p. 8305. Ci si può chiedere però, soprattutto a fronte dell'allargamento delle fattispecie inserite tra i reati sorgente, se il sistema sia ancora coerente, poiché se la misura potrebbe giustificarsi di fronte reati fortemente lucrativi, ripetuti nel tempo e a una condotta di vita sull'orlo tra lecito e illecito, allora è da domandarsi se queste condizioni sussistano anche in reati quali, ad es., il peculato. E' pur vero che anche questo delitto può essere altamente lucrativo e compiuto più volte nel tempo, però la possibilità che tali reati "vengano a galla" pare maggiore rispetto a quelli tradizionalmente legati alla criminalità organizzata. Per quanto riguarda i delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione legati al terrorismo internazionale, l'unico lucro che ci si può legittimamente attendere è il prezzo eventualmente pagato per compiere tali azioni, anche sotto forma di finanziamenti all'attività eversivo-terroristica. Il fascio dei reati compresi come presupposto appare quanto meno eterogeneo, e forse per rispondere alle critiche avanzate da parte della dottrina (v. CELENTANO P., *La nuova particolare ipotesi*, in *Riv. pen. econ.*, 1994, p. 309.) oppure semplicemente per aumentare la pervasività della confisca, si è persa un po' di coerenza.

³²⁴ Cass. pen., SS. UU., 17 dicembre 2003, n. 920, Montella, cit., p. 1182.

³²⁵ Per il quale v. *supra* par. 2.1.

nemmeno tra questi stessi beni e l'attività criminosa del condannato"; tuttavia "i termini di raffronto dello squilibrio [...] non vanno fissati nel reddito dichiarato o nelle attività al momento della misura rispetto a tutti i beni presenti, ma nel reddito e nelle attività dei momenti dei singoli acquisti, rispetto al valore dei beni volta a volta acquisiti"³²⁶.

Con quest'ultima affermazione la confisca allargata sembrerebbe recuperare un certo grado di collegamento col reato, seppur non direttamente sotto il profilo del nesso di derivazione, ma in via indiretta attraverso il momento valutativo della sproporzione, che è poi l'elemento da cui il legislatore presume la commissione di altri reati e conseguentemente la provenienza illecita del patrimonio.

5.5. Le novità del "decreto sicurezza" del 2008

L'art. 10 *bis* della legge 24 luglio 2008, n. 125, di conversione del d.l. n. 92/2008 inserisce i commi 2 *ter* e 2 *quater* all'art. 12 *sexies*³²⁷.

Il comma 2 *ter*, che introduce l'innovazione più interessante, testualmente recita: "nel caso previsto dal comma 2, quando non è possibile procedere alla confisca in applicazione delle disposizioni ivi richiamate, il giudice ordina la confisca delle somme di denaro, dei beni e delle altre utilità delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona, per un valore equivalente al prodotto, profitto o prezzo del reato".

Il riferimento al comma 2 circoscrive l'ambito di applicazione della norma ai soli delitti commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis* c.p. ovvero al fine di favorire l'attività delle associazioni ivi richiamate oppure ai delitti in materia di contrabbando.

Si tratta dell'introduzione di una forma di confisca per equivalente, il che a prima vista desta qualche perplessità: il legislatore introduce uno strumento da applicarsi in via sussidiaria – "quando non è possibile" – il cui campo d'operatività è però più ridotto di quello della misura che opera in via principale; nella confisca di valore il nesso di pertinenzialità – in forma di *tantundem* – permane in funzione

³²⁶ *Ibidem*, punto 6, p. 1187.

³²⁷ Per un'analisi completa delle novità v. PUSATERI V., *Modifiche alla disciplina*, cit., p. 102.

delimitativa ed essa ha pur sempre un oggetto ben identificato – "prodotto, profitto, o prezzo del reato" – legato indirettamente al reato, mentre nella confisca allargata non c'è alcun nesso di derivazione che ne circoscriva l'operatività oggettiva³²⁸.

A meno di non voler ritenere la norma il frutto di un *lapsus calami* del legislatore dovuto a un'istintiva e vorace aggressività nei confronti dei patrimoni (non solo) di mafia³²⁹, è stato sostenuto in dottrina che la disposizione potrebbe avere un'autonoma sfera d'applicazione nel caso in cui non operi la confisca allargata poiché non sia stata accertata la sproporzione³³⁰ ovvero poiché il reo abbia fornito una giustificazione circa la provenienza (lecita) del suo patrimonio³³¹. In tal caso opererebbe la confisca classica di cui all'art. 240 c.p. – dovendosi comunque rintracciare l'esistenza di un prezzo o un profitto o un prodotto³³² – e in seconda battuta quella dell'equivalente di tali grandezze economiche.

In quest'ultimo senso depone l'intervento risolutore del legislatore, che con l'art. 2 comma 7 l. 94/2009 ha così riformulato il comma 2 *ter*: "nel caso previsto dal comma 2, quando non è possibile procedere alla confisca del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui al comma 1 (etc.)", chiarendo così il senso della norma.

Resta comunque paradossale – l'impressione è quella di un cane che si morde la coda – che venga introdotta una misura – la confisca per equivalente – per sopperire alle carenze applicative di un altro strumento – l'art. 12 *sexies*, a sua volta introdotto per rimediare ai limiti strutturali di un'altra forma di confisca – l'art. 240 c.p., che resta a sua volta alla base della nuova misura supplente.

Il comma 2 *quater* estende l'applicazione del comma 2 *bis*, che sul punto richiama la disciplina circa la destinazione e le modalità di gestione dei beni

³²⁸ Altro problema di coordinamento tra la confisca di valore e quella allargata sussiste in relazione ai delitti previsti dal Capo I, titolo II, libro II ("Delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione"), rispetto ai quali è prevista l'applicazione di una forma di confisca per equivalente dall'art. 322 *ter*. Quello che ci si chiede è quale delle due misure debba essere applicata, se una operi in via principale e l'altra sostitutiva e così via, visto che il legislatore nulla dice sul punto.

³²⁹ Cfr. CISTERNA A., *Strumenti e tecniche di accertamento della confisca per sproporzione e della confisca per valore equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2087.

³³⁰ MAUGERI A.M., *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?*, 2008, p. 47, relazione tenuta all'incontro organizzato dal CSM (11/2008) dal titolo "*La prevenzione patrimoniale antimafia tra la interpretazione della corte di cassazione ed i nuovi interventi legislativi*", disponibile in www.csm.it

³³¹ PUSATERI V., *Modifiche alla disciplina*, cit., p. 109; MAUGERI A.M., *La riforma*, cit., p. 47.

³³² E tale circostanza non è del tutto che scontata, posto che la confisca allargata è stata introdotta proprio per la difficoltà di rintracciare nei patrimoni dei condannati per delitti di mafia l'esistenza di un profitto, prodotto, prezzo.

confiscati stabilita dagli artt. 2 *novies*, 2 *decies* e 2 *undecies*, ad alcuni delitti tassativamente indicati.

6. La confisca di prevenzione (antimafia)

Considerazioni di ordine cronologico e logico avrebbero imposto di trattare della confisca di prevenzione prevista dall'art. 2 *ter* della legge n. 575/1965, ivi introdotto dall'art. 14 della legge n. 646/1982 (Rognoni-La Torre), preliminarmente rispetto alla confisca allargata di cui all'art. 12 *sexies* del d.l. n. 306/1992 che si è appena trattata.

Non solo l'art. 2 *ter* è cronologicamente antecedente rispetto all'art. 12 *sexies*, ma ne è anche l'antecedente logico; quest'ultimo difatti ricalca nella sua struttura il primo, del quale riprende il meccanismo della sproporzione, l'onere di giustificazione a carico del sospettato, la larghezza delle situazioni giuridiche soggettive che possono passare da costui allo Stato (titolarità ma anche disponibilità).

Si è scelto invece di trattarne successivamente per considerazioni sistematiche, cercando di esporre in sequenza le varie ipotesi di confisca disseminate nella legislazione speciale che hanno come elemento comune, oltre a quello del soggetto passivo, del soggetto attivo e dell'oggetto patrimoniale, quello dell'occasione della loro irrogazione – il procedimento penale – lasciando in fondo l'ipotesi che perde anche quest'ultimo tratto coagulante (la finalità come denominatore comune si è persa già da tempo), per essere disposta all'esito del procedimento di prevenzione.

Per quanto riguarda la confisca di prevenzione possono essere riprese su di essa le considerazioni suesposte circa l'aggressione ai patrimoni mafiosi, che tutti i commentatori individuano come lo strumento principale per vincere il cancro della criminalità organizzata³³³.

Aggressione ai patrimoni mafiosi i cui nodi d'irrisolta tensione con le garanzie individuali sono – nel caso dell'art. 2 *ter* – resi ancor più intricati proprio

³³³ Cfr. ad es. le considerazioni di CELENTANO P., *Il sequestro, la confisca, e la sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni*, in *Quad. CSM*, 1998, n. 104, p. 97, disponibili in www.csm.it

dall'elemento distintivo di questa forma di confisca, e cioè l'essere disposta in sede di prevenzione, e quindi non all'esito di un procedimento penale assistito dai diritti processuali riconosciuti all'imputato dal codice di procedura penale.

Il procedimento di prevenzione, nel cui ambito viene disposta questa forma di confisca, non sarà oggetto propriamente di questo studio, ma se ne darà conto solo per consentire al lettore di figurarsi quando e come la misura sia irrogata³³⁴.

L'abbraccio fatale tra l'art. 2 *ter* e l'art. 12 *sexies* è reso ancor più insolubile dalla circostanza che la confisca antimafia/misura di prevenzione è ormai considerata una *sanzione* (amministrativa)³³⁵, mentre la confisca antimafia/misura (di sicurezza?) penale si basa sul *sospetto*, che nulla ha a che vedere con la punizione di un *fatto* colpevole, antiggiuridico, imputabile; il che dimostra, al di là delle etichette, e per evitare frodi, come sia spesso difficile separare prevenzione da punizione *tout court*.

Le misure di prevenzione patrimoniali sono state recentemente al centro di un vivo dibattito conseguente alle innovazioni apportate dal legislatore nel 2008 e nel 2009³³⁶. Se per quanto riguarda la confisca allargata si è parlato in precedenza dello sviluppo poco consapevole di un'*actio in rem*, nel caso della confisca di prevenzione è possibile parlare della deliberata introduzione di un processo al patrimonio, seppur traballante, in cui l'oggetto del desiderio del legislatore è esclusivamente la ricchezza

³³⁴ Si rinvia per approfondimenti sul punto allo scritto di FILIPPI L., *Il sistema delle misure di prevenzione dopo la "controriforma" del 2008*, redatto per l'incontro di studi organizzato dal CSM tenutosi a Roma il 24–25 settembre 2008 dal titolo "Dalla tutela dei patrimoni alla tutela dei patrimoni illeciti", disponibile in www.csm.it.

Va però necessariamente ricordato che recentemente sono intervenute tanto la Corte e.d.u. quanto la Corte costituzionale a vagliare la legittimità del procedimento di prevenzione – che, ai sensi dell'art. 127 comma 6 c.p.p., richiamato dall'art. 4 della legge 1423/1956, si svolge(va) in camera di consiglio – nel cui ambito è (e nel caso *de quo* era effettivamente stata) disposta la confisca – con i principi del giusto processo, ossia con gli artt. 6 CEDU e 111 Cost.

Prima la Corte europea, con la sentenza 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, in *Cass. pen.*, 2008, p. 828, e poi la Corte nazionale con la sentenza 93/2010, hanno dichiarato l'illegittimità dell'art. 4 l. 1423/1956 poiché non consente che il procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione si svolga in pubblica udienza su istanza degli interessati.

La sentenza della Corte costituzionale è da notarsi per l'intreccio che essa riconosce al lavoro svolto dalla Corte di Strasburgo e per il ruolo preminente riconosciuto alla CEDU quale parametro interposto: la disposizione non è dichiarata incostituzionale perché in contrasto con l'art. 111 Cost, ma il quesito circa la legittimità costituzionale dell'art. 4 con tale norma è assorbito da quello risolto in senso negativo con l'art. 117 Cost, e cioè perché il legislatore non ha rispettato i vincoli derivanti dall'ordinamento internazionale, nella specie dall'art. 6 CEDU.

³³⁵ Così da tempo la Cassazione: cfr. *Cass. pen.*, SS. UU., 3 luglio 1996 (dep. 17 luglio 1996), Simonelli et al., in *Cass. pen.*, 1996, p. 3609.

³³⁶ Ne sono prova i numerosi incontri di studi organizzati dal CSM dal 2008 a oggi, disponibili nel sito dell'organo di autogoverno della magistratura, www.csm.it, sezione "Incontri di studio".

accumulata dalla mafia, vuoi per prevenirne la reintroduzione nel circuito economico – questa volta anche lecito – ed evitare il raggiungimento di nuove posizioni di potere, vuoi per impedire un arricchimento illecito.

6.1. Il sistema pre-riforma 2008–2009

6.1.1. I destinatari della misura

La confisca di prevenzione si applicava nei confronti dei soggetti indicati dall'art. 1 della l. 575/1965, come modificato dall'art. 13 della legge Rognoni–La Torre ossia gli "indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso" e dei soggetti indicati dall'art. 14 l. 55/1990 ossia i soggetti indiziati di appartenere ad associazioni per delinquere finalizzate alla commissione di delitti in materia di sostanze stupefacenti e agli indiziati di vivere abitualmente almeno in parte, con il provento dei delitti di estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione, riciclaggio, impiego di denaro, beni o utilità di provenienza illecita o di contrabbando.

A individuare tale ultima categoria di destinatari si era giunti dopo un intenso dibattito dottrinario e giurisprudenziale dovuto a una sovrapposizione normativa caotica cui la legge del 1990 aveva posto termine³³⁷: la questione era data dall'art. 19 della legge Reale n. 152/1975 che aveva disposto l'applicazione delle misure di prevenzione disposte dalla legge 575/1965 – tra le quali, prima dell'82, non rientrava la confisca – anche ai soggetti considerati pericolosi dall'art. 1 nn. 1) e 2) della l. 1423/1956³³⁸.

³³⁷ Per una precisa ricostruzione, si veda PERONI RANCHET R., *I presupposti della confisca di prevenzione dopo le modifiche introdotte dalla l. 24 luglio 2008 n. 125*, pp. 2 e ss., relazione tenuta all'incontro del CSM (10/2008) dal titolo "Il decreto sicurezza (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. dalla l. 2008, n. 125): primi spunti interpretativi", disponibile in www.csm.it e MAUGERI A.M., *La riforma*, cit., pp. 2 e ss.

³³⁸ Ossia, n. 1) "coloro che debba ritenersi [...] che sono abitualmente dediti a traffici delittuosi" e, n. 2) "coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi [...] che vivono abitualmente, anche in parte con i proventi di attività delittuose":

La disputa investiva il rinvio operato nei confronti della legge n. 575/1965, poiché ci si chiedeva se esso fosse da considerare formale o recettizio, e gli autori che lo consideravano meramente formale criticavano l'equiparazione tra pericolosità c.d. qualificata – quella dei soggetti indicati dalla l. 575/1965 "Disposizioni contro la mafia" – e pericolosità c.d. generica – quella dei soggetti indicati dalla l. 1423/1965, ma la Corte costituzionale esclude l'irragionevolezza di tale equiparazione essendo dettata dalla comune esigenza alle due normative di evitare l'ingresso del denaro derivante da condotte o traffici illeciti nel circuito dell'economia lecita³³⁹.

L'art. 14 della l. 1990, intervenendo sul punto, sancì l'applicabilità – tra le altre – della misura di prevenzione della confisca ai delinquenti generici, ma solo se la loro attività delittuosa rientrasse in una di quelle previste dagli artt. 629, 630, 644, 648 *bis* e *ter*³⁴⁰.

6.1.2. I presupposti applicativi

La misura viene disposta a seguito delle indagini speciali *ex art. 2 bis* che il procuratore della Repubblica o il questore territorialmente competente possono attivare sul tenore di vita, sulle disponibilità finanziarie e sul patrimonio dei soggetti indiziati di appartenere alle associazioni di stampo mafioso, necessarie al fine di cogliere l'effettiva consistenza delle disponibilità del sospettato, prodromica a una valutazione sulla sproporzione³⁴¹.

Particolarmente forte è l'interazione tra la confisca e il sequestro: il vincolo reale può cadere ai sensi dell'art. 2 *bis* già nella fase delle indagini speciali oppure può essere disposto quando è iniziato il procedimento per l'applicazione di una misura personale, e la misura cautelare e quella definitiva sono a tal punto "inscindibili"³⁴² che la Corte di cassazione a sezioni unite nel 2001 ha statuito che il

³³⁹ C. cost., 675/1988.

³⁴⁰ La limitazione a questi delitti è criticata da CELENTANO P., *La nuova particolare*, cit., p. 310.

³⁴¹ Sulle quali vedi CURI F., *Le misure di prevenzione: profili sostanziali*, p. 214, in *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di CORSO P.–INSOLERA G.–STORTONI L., Torino, 1995; FURFARO S., *Misure di prevenzione patrimoniali*, in *Dig. disc. pen. agg. 2005*, Torino, 2005, p. 878; MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione patrimoniali*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO F.–PALIERO C.E., Padova, 2007, p. 1776.

³⁴² Così la Corte nella sentenza citata alla nota successiva.

provvedimento definitivo di confisca, anche se disposto dopo l'applicazione della misura personale – ma pur sempre nella sua permanenza – deve necessariamente intervenire, a pena di caducazione, entro il termine perentorio di un anno fissato dal comma 3 dell'art. 2 *ter*³⁴³.

Fino alla riforma del 2008/09 i presupposti applicativi della confisca antimafia erano:

- a. la sussistenza di una sproporzione tra i beni di cui la persona risulta poter disporre, direttamente o indirettamente e il reddito da essa dichiarato o l'attività economica da essa svolta;
- b. la presenza di sufficienti indizi circa il fatto che gli stessi beni costituiscano il frutto dell'attività illecita o ne siano il reimpiego;
- c. l'applicazione congiunta di una misura di prevenzione personale.

Per quanto riguarda il requisito *sub a.*, si può dire che esso non è poi così differente dall'analogo requisito analizzato *supra* in relazione all'art. 12 *sexies*, anzi quest'ultimo è mutuato dal primo.

L'utilizzo dell'espressione "ovvero [...] che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego" nel comma 2, ha orientato la giurisprudenza³⁴⁴ e la dottrina³⁴⁵ nel senso di ritenere che ai fini dell'applicazione dell'ablazione preventiva, non siano sufficienti la sproporzione né gli indizi circa l'appartenenza del soggetto ad un'organizzazione mafiosa, ma siano altresì necessari "sufficienti indizi" – più sfumati in sede di sequestro, più consistenti in sede di confisca³⁴⁶ – idonei a lasciar desumere che il bene sia di provenienza illecita, anche se poi, a mitigare lo spessore probatorio di quest'orientamento, la giurisprudenza ha talvolta sostenuto come sia sufficiente "che vi sia il motivo di sostenere che [tali

³⁴³ Cass. pen. SS. UU., 13 dicembre 2000 (dep. 7 febbraio 2001), n. 36, Madonia, in *Cass. pen.*, 2001, p. 2047.

³⁴⁴ In giurisprudenza: Cass pen, sez. I, 14 marzo 1990, Montalto, in *Riv. pen.*, 1995, p. 95; Cass. pen., sez. VI, 19 marzo 1997, Comisso et al., in *Cass. pen.*, 1997, p. 3563; Cass. pen., sez. II, 23 giugno 2004 (dep. 27 agosto 2004), n. 35628, Palumbo et al., in *Cass. pen.*, 2005, p. 2704.

³⁴⁵ In dottrina: CELENTANO P., *Il sequestro, la confisca*, cit., p. 120 (in www.csm.it); COMUCCI P., *Il sequestro e la confisca nella legge "antimafia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 96; NANULA G., *Il problema della prova*, cit., p. 10116.

³⁴⁶ CELENTANO P., *La confisca, il sequestro*, cit., p. 121; LUNGHINI G., MUSSO L., *La confisca*, cit., p. 47.

beni] siano il frutto di una qualsiasi attività illecita (o che ne costituiscono il reimpiego) senza necessità di distinguere se tale attività sia, o non, mafiosa"³⁴⁷.

Tale fronte comune dei pratici e dei teorici si spiega con la volontà di assegnare una funzione pienamente preventiva all'art. 2 *ter* e far sì che il solo elemento della sproporzione non porti a spogliare l'indiziato dei suoi beni, giacché "il possesso di beni, anche d'ingente valore, nulla dice in ordine ad un'eventuale loro illegittima provenienza"³⁴⁸, poiché ciò cui la misura tende – e questo si ricollega al requisito *sub c.*, ossia alla prevenzione personale – non è tanto prevenire un illecito arricchimento, quanto sottrarre a un soggetto, supposto pericoloso perché "indiziato di appartenenza...", quelle ricchezze che potrebbero accrescere il suo potenziale criminale³⁴⁹.

Con questo non si vuol dire che la confisca di prevenzione abbia finalità meramente preventive³⁵⁰, ma quello che si vuol dire è che il terzo requisito, e quindi la pregiudizialità della misura di prevenzione personale rispetto a quella patrimoniale, porta alla ribalta il concetto di pericolosità, e precisamente quell'abusata (e rischiosa) immagine della pericolosità che "dalle cose passa al soggetto" di cui si erano perse le tracce, calpestata dalla legislazione *extra codicem*³⁵¹.

La contestuale applicazione delle due misure comporta che il giudizio di pericolosità che è da svolgersi in relazione alla misura personale (sorveglianza speciale e obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale) coinvolga la misura reale, la quale tocca quindi un soggetto pericoloso perché indiziato di appartenenza ad un'organizzazione criminale (ovvero nei confronti degli

³⁴⁷ Così Cass. pen., sez I, 5 febbraio 1990 (dep. 14 marzo), Montalto, in *Cass. pen.*, 1991, p. 812. V. anche Cass. pen., sez. II, 6 maggio 1999 (dep. 26 maggio), n. 2181, Sannino, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1051.

³⁴⁸ NANULA G., *Il problema della prova*, cit., p. 10117.

³⁴⁹ Così CELENTANO P., *Il sequestro, la confisca*, cit., p. 110.

³⁵⁰ Vi è larga parte della dottrina che ne sostiene la natura di sanzione; per ora si rimanda a: FILIPPI L., *La confisca di prevenzione: un'anomalia tutta italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 270 e ID., *Il sistema delle misure*, cit., p. 3, il quale suggestivamente parla non di misure *praeter delictum*, ma *praeter probationem delicti*. In giurisprudenza si veda la definizione data dalla stessa Cassazione a sezioni unite, 3 luglio 1996, Simonelli et al., cit., in *Cass. pen.*, 1996, p. 3614. Si rimanda per un esame più approfondito al cap. II.

³⁵¹ Sia la riprova pur modesta di quanto detto la circostanza che basta scorrere le pagine del presente scritto per rendersi conto che il concetto della pericolosità della cosa era praticamente sparito dalle labbra del legislatore, e che questa è una delle poche volte che si torna su di esso, nonostante si stia discorrendo di quelle che vorrebbero essere misure di sicurezza e di prevenzione.

altri soggetti a esso assimilati), con il *quid pluris et alii* degli indizi circa l'illecita provenienza del patrimonio che fanno temere circa il mantenimento nella disponibilità dell'indiziato di tale patrimonio³⁵².

Tale stretta relazione che permea di sé tutto l'art. 2 *ter* (cfr. comm. 1, 2, 3)³⁵³, è poi dimostrata dalla previsione del comma 4 dell'art. 2 *ter*, per il quale "il sequestro è revocato dal tribunale quando è respinta la proposta di applicazione della misura di prevenzione", e da quella del comma 6, che prevede la possibilità di disporre sequestro e confisca anche successivamente all'inizio del procedimento per l'applicazione della misura personale, purché nella permanenza di questa.

6.1.3. La questione del "defunto" e altre similari pulsioni verso l'oggettivizzazione della confisca di prevenzione

Questo sodalizio è però meno netto di quanto a prima vista non possa sembrare.

Anzitutto già nel comma 7 dell'art. 2 *ter* è contenuta un'ipotesi di scollamento tra le due misure, poiché si prevede che le cautele reali possano essere adottate anche in caso di assenza, residenza o dimora all'estero della persona cui andrebbe applicata la cautela personale, con ciò palesando che l'oggetto della misura più che la pericolosità dell'individuo, è il suo patrimonio³⁵⁴.

Ulteriore caso è previsto dal comma 8, cioè per la persona sottoposta a misura di sicurezza detentiva o alla libertà vigilata, ma in tal caso la scissione è prevista non tra la cautela reale e la pericolosità del soggetto passivo, ma solamente tra le due misure di prevenzione³⁵⁵. Nel caso si cui al comma 7, invece, la scissione si presenta anche rispetto alla pericolosità sociale dell'individuo, qualificata o generica.

³⁵² Cfr. FURFARO S., *Misure*, cit., p. 877.

³⁵³ Parla di *inscindibilità* delle due: MOLINARI P.V., *Ancora sulla confisca antimafia: un caso di pretesa giustizia sostanziale contra legem*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3621.

³⁵⁴ MAUGERI A.M., *La riforma delle sanzioni*, cit., p. 7, *contra* CELENTANO P., *La confisca, il sequestro*, cit., p. 123, per il quale "in tali casi non si verifica una cesura dell'evidenziata necessaria correlazione tra le misure patrimoniali in questione e l'attuale pericolosità sociale del loro desinatario" e altra parte della dottrina per cui anche nei del soggetto che si trova all'estero andrebbe accertata la pericolosità.

³⁵⁵ Perché comunque in relazione al sottoposto a misura di sicurezza detentiva o a libertà vigilata permane la valutazione di pericolosità sociale.

L'impulso determinante verso l'oggettivizzazione della confisca di prevenzione quale forma di aggressione al patrimonio illecitamente accumulato è però emerso nella giurisprudenza della Cassazione³⁵⁶ ed è stato fatto proprio con un deciso pronunciamento delle Sezioni unite³⁵⁷.

La questione è paradigmatica: si discorre infatti della possibilità di disporre la confisca anche nei confronti del defunto; non si tratta del caso in cui alla confisca definitiva segua la morte dello spogliato, poiché in questo caso l'acquisizione dei beni da parte dello Stato è irreversibile, ma dell'impossibilità di procedere all'ablazione per il principio di sincronia tra cautela personale e reale poiché prima dell'irrogazione definitiva si sia verificato il decesso, con la correlata estinzione della misura di prevenzione personale.

Nel 1996 le sezioni unite si pronunciano a favore della possibilità di disporre la confisca *post mortem*, purché nell'ambito del procedimento di prevenzione – iniziato prima del decesso del sottoposto – sia stata accertata la pericolosità qualificata (nel senso di indizi d'appartenenza a un'associazione di tipo mafioso) e indimostrata la legittima provenienza dei beni.

A tale esito si giunge attraverso un *iter* argomentativo per la verità un po' confuso.

Dopo aver ricondotto la confisca di prevenzione nell'ambito del *tertium genus* delle sanzioni amministrative³⁵⁸, il giudice della nomofilachia ne ricollega la ratio all'analogia misura di sicurezza che può essere disposta ai sensi dell'art. 240 comma 2 sulle cose pericolose in sé, la cui ablazione è sempre prevista, sostenendo che anche il complesso dei beni sproporzionati, in quanto strumento di sviluppo dell'associazione criminale, è pericoloso in sé e non per il rapporto con un soggetto, il cui decesso pertanto non rileverebbe.

Ci si dimentica però – la questione è stata già trattata precedentemente³⁵⁹ – che l'avverbio "sempre" non rende irrilevante il presupposto della sentenza di condanna, ma vincola la discrezionalità giudiziale, a meno di non voler sostenere un'*interpretatio abrogans* dell'ultima parte del n. 2 del comma secondo dell'art. 240,

³⁵⁶ Cass. pen., sez. I, 22 maggio 1995, D'Antoni, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1983.

³⁵⁷ Cass. pen. SS. UU., n. 18/1996, Simonelli et al., cit., p. 3614.

³⁵⁸ Sull'identificazione di tale *tertium genus* e sulle questioni classificatorie, v. *infra*, cap. II.

³⁵⁹ V. *supra* par. 1.3.1.

che prevede la confisca, anche se non è stata pronunciata condanna, delle sole cose intrinsecamente criminose; e a quest'esito sono giunte anche le stesse sezioni unite³⁶⁰.

E si aggiunga, come è stato rilevato in dottrina, che anche ad accettare tale premessa – inaccettabile – non si coglie dove, per analogia con l'art. 240 comma 2 n. 2, andrebbe a collocarsi il patrimonio mafioso, se tra il prezzo o le cose intrinsecamente criminose³⁶¹; ma piuttosto, dovrebbe collocarsi tra il prodotto o il profitto, per la cui ablazione la sentenza di condanna è necessaria³⁶².

In verità la motivazione che spinge la sentenza Simonelli a scindere l'applicazione della confisca dall'applicazione della misura personale, è possibile coglierla al punto 6) della sentenza, dove si esplicita che il destinatario della legislazione antimafia più che il soggetto, è l'associazione criminale stessa e in particolare il patrimonio da essa accumulato³⁶³.

A pochi mesi di distanza della medesima questione viene investita la Corte costituzionale da un'ordinanza del Tribunale di S. Maria Capua Vetere che – legittimato dalla posizione assunta dalla cassazione – interroga la Corte circa la costituzionalità dell'art. 2 *ter* nella parte in cui non consente che, oltre che nei casi previsti (commi 7 e 8), il procedimento di prevenzione possa essere iniziato e proseguito ai soli fini dell'applicazione delle cautele reali anche nel caso di decesso della persona proposta.

Il giudice delle leggi – che già in passato si era pronunciato per la ragionevolezza della sincronia tra misure reali e personali³⁶⁴ – invece conferma la ragionevolezza del rapporto di pregiudizialità tra le due misure in virtù del concetto relazionale di pericolosità, sostenendo comunque di non poter intervenire per il

³⁶⁰ Sent. De Maio, 38834/2008, cit.

³⁶¹ MOLINARI P.V., *Ancora sulla confisca*, cit., p. 3624.

³⁶² Pur essendo controversa la distinzione tra profitto e prezzo – se ne è trattato *supra* al par. 1.3. – proprio ai fini della discrezionalità/obbligatorietà della regola d'ablazione, sembra inequivocabile che i beni che si sospetta provengano dall'attività delinquenziale dell'associazione mafiosa vadano qualificati come profitto.

³⁶³ Cass. pen., 1996, p. 3615.

³⁶⁴ Corte cost., sent. n. 465/1993 e per l'inammissibilità della questione poiché avrebbe comportato una pronuncia additiva, ord. n. 721/1988. A conforme di quanto la questione sia "calda", la Corte è stata investita nuovamente della questione e ha risposto, sempre in senso negativo, con la sent. n. 368/2004, in *Riv. tri. dir. pen. econ.*, 2005, p. 213, con commento di VINCIGUERRA G.

divieto – imposto dal principio di *stretta legalità* – di pronunce additive in materia penale³⁶⁵.

Nella sentenza si osserva che "le misure di ordine patrimoniale non hanno la loro ragion d'essere esclusivamente nei caratteri dei beni che colpiscono. Esse sono rivolte non a beni come tali, in conseguenza della loro sospetta provenienza illegittima, ma a beni che, oltre a ciò, sono nella disponibilità di persone socialmente pericolose [...]. La pericolosità del bene, per così dire, è considerata dalla legge derivare dalla pericolosità della persona che ne può disporre"³⁶⁶.

Niente di più lontano dalle considerazioni svolte dalla Cassazione nella sentenza di poco tempo precedente, della quale ci si aspetterebbe dai giudici costituzionali una sconfessione, ma così non accade, perché la Corte offre una via di fuga alle sezioni unite, affermando che "la *ratio* della confisca, a differenza di quella delle misure di prevenzione in senso proprio, va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di soggetti pericolosi determinati e sorregge dunque la misura anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso"³⁶⁷.

La premessa è più che legittima, perché si constata che la confisca ha anche il fine di eliminare un ingiusto arricchimento – quindi sanzionare, ma delle due l'una: o si legittima un'interpretazione estensiva che allunghi l'elenco dei casi in cui si può prescindere dall'applicazione di una misura personale perché conforme alla *ratio* della confisca, che quindi può fare a meno di valutazioni sulla pericolosità sociale dell'espropriato; oppure, poiché non sono consentite pronunce additive in materia penale, si ritiene coerente e ragionevole la simbiosi tra prevenzione personale e reale e si respinge l'estensione.

6.2. Il sistema post-riforma 2008–2009: il definitivo (?) affrancamento delle misure reali da quelle personali

Con gli interventi in materia di pubblica sicurezza del 2008 – d.l. n. 92/2008, convertito con modificazioni dalla l. n. 125/2008 – e del 2009 – l. n. 94/2009 – il

³⁶⁵ Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 335, in *Cass. pen.*, 1997, p. 334, con commento di MOLINARI P.V.

³⁶⁶ C. cost. 335/1996, cit., p. 338.

³⁶⁷ *Ibidem*.

legislatore ha radicalmente mutato il volto delle misure di prevenzione patrimoniali, travolgendo gli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari che si erano formati nella vigenza del sistema precedente.

L'innovazione più radicale, anche se incompiuta, è la separazione tra misure personali e reali, che si colloca nella scia di quanto emerso nel paragrafo precedente³⁶⁸.

6.2.1. I destinatari della misura

Le novelle del 2008–2009 hanno cercato anzitutto di sistemare l'intricata selva delle disposizioni normative che individuavano i destinatari delle misure di prevenzione.

Sono destinatari delle misure di prevenzione patrimoniali:

1. i soggetti contemplati dall'art. 1 l. 575/1965, ossia:
 - a) gli indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso, alla camorra, alla 'ndrangheta o ad altre associazioni, comunque localmente denominate, che perseguono finalità o agiscono con metodi corrispondenti a quelli delle associazioni di tipo mafioso;
 - b) gli indiziati di uno dei reati previsti dall'art. 51 com. 3 *bis* c.p.p. (riduzione o mantenimento in schiavitù o servitù, sequestro di persona a scopo di estorsione, etc.);
 - c) gli indiziati del delitto di cui all'art. 12 *quinqüies* comma 1 l. n. 356/1992 (ovvero il trasferimento fraudolento di valori)³⁶⁹;

³⁶⁸ Importante innovazione di cui si dà conto a mero titolo informativo riguarda i soggetti che possono attivare il procedimento di prevenzione antimafia, i quali sono oggi ai sensi dell'art. 2 comma 1 l. 575/1965 il procuratore nazionale antimafia, il procuratore della Repubblica presso il tribunale del capoluogo di distretto del luogo ove dimora la persona, il questore e il direttore della Direzione investigativa antimafia.

Altra modifica rilevante riguarda il sequestro funzionale alla confisca, laddove il nuovo art. 2 *quater* prevede che per le modalità esecutive della cautela si seguano le norme stabilite dall'art. 104 disp. att. coord. del c.p.p. dettate per il sequestro preventivo

Si rinvia per un'analisi delle questioni a CORTESI F.M., *Modifiche al sistema normativo delle misure di prevenzione*, in *Decreto sicurezza. Tutte le novità*, a cura di SPANGHER G., Milano, 2008, p. 246 e a MAUGERI A.M., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di MAZZA O.–VIGANÒ F., Torino, 2009, p. 424.

2. i soggetti contemplati dall'art. 18 l. n. 152/1975³⁷⁰;
3. i soggetti contemplati dall'art. 19 della medesima legge, ossia coloro che debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che siano abitualmente dediti a traffici delittuosi e coloro che per la condotta e il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose;
4. i soggetti sospettati di realizzare crimini transnazionali in cui siano coinvolti gruppi criminali ai sensi dell'art. 13 l. n. 146/2006;
5. *ex art. 7 ter* l. 401/1989, le persone indiziate di aver agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui alla medesima legge (episodi di violenza negli stadi).

6.2.2 I presupposti applicativi

Per quanto riguarda il requisito oggettivo della sproporzione ingiustificata tra il patrimonio dell'indiziato e il suo reddito o la sua attività economica, esso permane nel rinnovato art. 2 *ter*, anzi sul punto si registra un'innovazione; nel comma 3 – quindi in relazione alla confisca – dell'articolo è stata inserita l'espressione, prima

³⁶⁹ Critica nei confronti di tale inserimento è MAUGERI A.M., *Dalla riforma*, cit., p. 459, poiché così le misure si applicano a chi compie il trasferimento di valori al fine di *agevolare* la commissione di uno dei delitti di cui agli artt. 648, 648 *bis* e 648 *ter*, mentre, chi è indiziato di commettere direttamente uno di questi reati può essere destinatario delle misure previste dalla legge solo se rientrando nella categoria dei soggetti a pericolosità generica *ex art. 19 l. 152/1975*.

³⁷⁰ Ossia coloro che: "1) operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale; 2) abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della *legge 20 giugno 1952, n. 645*, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente; 3) compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'*articolo 1 della citata legge n. 645 del 1952*, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza; 4) fuori dei casi indicati nei numeri precedenti, siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella *legge 2 ottobre 1967, n. 895*, e negli *articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497*, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato nel precedente n. 1)".

contenuta nel solo comma 2 – quindi in relazione al sequestro – "non possa giustificare la legittima provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego".

Il comma 3 pre-riforma prevedeva che il tribunale disponesse la confisca quando non fosse dimostrata la legittima provenienza dei beni, senza riprendere l'elemento della sproporzione; in realtà l'innovazione è puramente formale, perché per poter disporre la confisca si riteneva che dovessero comunque sussistere le condizioni legittimanti il sequestro.

Un *quid novum* potrebbe riscontrarsi nell'utilizzo dell'espressione "nonché dei beni", che potrebbe indicare un oggetto dell'ablazione aggiuntivo rispetto ai beni sequestrati – considerati dalla prima parte del comma – anche se resta da vedere come il considerare distinte queste due entità – da un lato i beni d'indimostrata provenienza lecita, dall'altro quelli di dimostrata provenienza illecita – si coniughi con il fatto che il comma 2 continui a prevedere il sequestro dei beni sproporzionati *e che* risultino essere il frutto di attività illecite o ne costituiscono.

Il tratto saliente della riforma è la volontà di disgiungere l'applicazione delle misure personali da quelle reali, assecondando una tensione manifestatasi in giurisprudenza e seguendo le indicazioni della dottrina, critica sulla pregiudizialità tra le due misure poiché le cautele reali risulterebbero così contagiate dai dubbi di legittimità costituzionale che assistono le misure personali e poiché così facendo non si riuscirebbero a sfruttare appieno le potenzialità aggressive delle misure patrimoniali³⁷¹.

La separazione tra i due tipi di misure è avvenuta per gradi.

Dapprima con il d.l. 92/2008 all'art. 2 *bis* è stato aggiunto il comma 6 *bis* in base al quale "le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente".

³⁷¹ *Ex multis* cfr. GIALANELLA A., *I patrimoni di mafia*, cit., p. 174; CELENTANO P., *La nuova*, cit., p. 310.

Questo comma, che indubbiamente manifesta la volontà legislativa verso l'interruzione della pregiudizialità, è stato però criticato in dottrina, perché s'inserisce disorganicamente in un sistema che rimane ancorato all'applicazione congiunta delle misure³⁷², visto che il legislatore non ha modificato i commi 1, 2, 3, 4, 6 dell'art. 2 *ter*, che fanno riferimento esplicito, rispettivamente: al fatto che la procedura per l'applicazione della cautela reale si svolge nel corso del procedimento di prevenzione; alla persona nei cui confronti è iniziato il procedimento di prevenzione; all'applicazione congiunta di una misura di prevenzione personale; alla revoca del sequestro quando sia respinta la proposta di applicazione della stessa; alla possibilità di disporre la misura patrimoniale anche dopo quella personale purché nella sua vigenza.

Il comma 6 *bis* sarebbe da considerarsi pertanto più l'espressione di un principio, di una tendenza³⁷³, che una regola d'applicazione e il suo effetto pratico si dispiega essenzialmente nei confronti del defunto, poiché l'ultima parte della disposizione prevede che le misure patrimoniali possano essere disposte anche in caso di morte del proposto e, qualora la morte sopraggiunga nel corso del procedimento, che esso proceda nei confronti degli eredi o aventi causa, con il termine perentorio di cinque anni per avanzare la proposta nei loro confronti (com. 11 art. 2 *ter*).

Proprio questa incompiuta disgiunzione aveva portato dottrina e giurisprudenza a ritenere che la misura patrimoniale fosse comunque subordinata alla pericolosità sociale del soggetto passivo³⁷⁴, implicita per la giurisprudenza nel fatto stesso di essere indiziati di appartenere ad associazioni mafiose, per cui il mafioso non può non essere pericoloso a meno che non se ne provi il recesso dall'associazione³⁷⁵.

In risposta a questo orientamento con la l. 94/2009 è stata inserita nel comma 6 *bis* la frase "e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla

³⁷² MAUGERI A.M., *Dalla riforma*, cit., p. 439; ID., *La riforma*, cit., p. 9.

³⁷³ *Ibidem*.

³⁷⁴ In dottrina cfr. PERONI RANCHET R., *I presupposti*, cit., p. 8; in giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. I, 27 gennaio 2009 (dep. 25 febbraio 2009), n. 8466, C. et al.

³⁷⁵ Si tratta di un orientamento assolutamente costante della Cassazione: Cass. 20 novembre 1998, n. 5760, Iorio et al., in *Cass. pen.*, 1999, p. 3238; Cass. 22 gennaio 2009, n. 17729, in *Gui. dir.*, 2009, n. 21, p. 80.

pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione".

Il riferimento temporale contenuto nell'ultima parte del periodo porta alcuni autori a ritenere che la misura patrimoniale non possa essere tuttora sciolta da una valutazione sulla pericolosità, e che quindi la norma consentirebbe solo di non riferirsi al carattere attuale della pericolosità³⁷⁶; ma sembra preferibile l'opinione di chi ritiene invece che una valutazione di tal tipo sia esplicitamente esclusa e che l'unico presupposto soggettivo per l'applicazione di una misura di prevenzione patrimoniale sia quello di essere indiziato di appartenenza a associazioni criminali di tipo mafioso e assimilate³⁷⁷.

E' pur vero che gli esiti pratici dei due orientamenti non sono così differenti – ritenere necessaria, ma presumerla quasi *iuris et de iure* la pericolosità del mafioso è operazione non poi così distante dal non ritenerla necessaria affatto³⁷⁸ – ma il secondo dei due pare esprimere meglio la volontà sottesa all'innovazione, che è quella di aggredire i patrimoni illecitamente accumulati, poiché – come si legge nella *relazione della commissione antimafia* "in ragione di tale accertata illecita provenienza [i beni] sono dotati di una perdurante pericolosità e di un insito potere destabilizzante per l'economia lecita. [...] In sintesi, si immagina una sorta di "perdurante illiceità dei beni" strettamente connessa alla formazione degli stessi"³⁷⁹.

Si passa quindi, come ben evidenziato in dottrina, dalla pericolosità del soggetto alla pericolosità reale, non più intesa in senso relazionale, come pericolo che un soggetto, per i suoi precedenti penali (art. 240 c.p.) o per il sospetto di reato che aleggia su di esso (art. 12 *sexies* e art. 2 *ter* pre-riforma), possa utilizzare a fini illeciti la *res* – sia essa il patrimonio illecitamente accumulato, lo *instrumentum*

³⁷⁶ PIGNATONE G., *Il modello italiano*, cit., pp. 11–12; PIRACCINI P., *Gli standard probatori per l'applicazione del sequestro e della confisca tra modelli di prevenzione e di repressione – coordinamento tra procedimento di prevenzione e processo penale*, pp. 6–7, relazione tenuta all'incontro del CSM (Roma, 01/2010) dal titolo "L'uso delle misure patrimoniali contro le organizzazioni criminali: strumenti investigativi e processuali. Il coordinamento tra il processo penale e di prevenzione e la prospettiva di un "giusto processo al patrimonio", disponibile in www.csm.it

³⁷⁷ FILIPPI L., *Il sistema*, cit., pp. 17 ss.; MAUGERI A.M., *Dalla riforma*, cit., pp. 449 ss.

³⁷⁸ Poiché, come osserva MAUGERI, *Dalla riforma*, cit., p. 447, la prova del recesso è assai difficile da raggiungere.

³⁷⁹ *Relazione sullo stato di attuazione del sequestro e della confisca*, approvata dalla Commissione bicamerale antimafia, XV leg., il 27 novembre 2007, (disponibile in www.parlamento.it)

sceleris, il profitto, etc. – ma come pericolo reificato indipendente dalla pericolosità personale³⁸⁰.

Concetto assai discusso e criticato in dottrina perché – lo abbiamo visto in precedenza³⁸¹ – la pericolosità non può che essere soggettiva, o non è, e in relazione alle cose essa non può che risiedere nell'utilizzo che sempre un soggetto può fare delle cose; sembrerebbe configurarsi un'azione repressiva/preventiva che ha come suo oggetto esclusivamente il patrimonio illecitamente accumulato. La prevenzione stessa sposta la sua attenzione sul patrimonio: viene quasi del tutto abbandonato l'accertamento di pericolosità e sono sufficienti il dubbio – determinato dalla sproporzione – sulla liceità del patrimonio e la qualifica d'indiziato in capo al proposto, anche se comunque la cautela reale resta collocata nell'ambito del procedimento personale.

Quest'ultima circostanza però sporca d'irrazionalità il sistema che non taglia del tutto il "cordone ombelicale"³⁸² tra le due misure – rimangono invariati i commi 1, 2, 3, 4, 6 che cuciono insieme i procedimenti per l'applicazione di cautele personali e reali – ma cerca di tagliare quello tra la pericolosità personale e quella reale.

L'introduzione di una forma di *actio in rem* nel nostro ordinamento – introduzione ben più decisa rispetto a quella operata dall'art. 12 *sexies* – suscita non pochi dubbi in dottrina³⁸³, ma ha riscosso anche apprezzamenti³⁸⁴.

Dubbi derivanti dalla circostanza che sia sufficiente la qualifica d'indiziato per applicare la misura e che il patrimonio sia perseguibile indipendentemente da un giudizio sulla responsabilità/personalità della persona e derivanti dalla questione

³⁸⁰ MAUGERI A.M., *Dalla riforma*, cit., p. 449; FILIPPI L., *Il sistema*, cit., pp. 17–18. In particolare quest'ultimo autore sottolinea come, non potendosi parlare di pericolosità reale, dipendendo essa sempre dall'impiego che una persona possa fare della cosa, in realtà ci si trovi di fronte a una presunzione assoluta di pericolosità desunta dagli indizi di appartenenza a un'associazione mafiosa o equiparata e dal valore sproporzionato del bene.

³⁸¹ *Supra*, par. 1.5.

³⁸² Così MAUGERI A.M., *La riforma*, cit., p. 9.

³⁸³ Critici tra gli altri: CORTESI F.M., *Modifiche*, cit. pp. 269 e ss.; FILIPPI L., *Il sistema*, cit., p. 16 e ss.; GIALANELLA A., *La Corte di Cassazione e l'Incompiuta della prevenzione patrimoniale antimafia, tra razionalità garantista e relativismi funzionalistici*, *passim*, relazione tenuta all'incontro organizzato dal CSM (11/2008) dal titolo "*La prevenzione patrimoniale antimafia tra l'interpretazione della corte di cassazione ed i nuovi interventi legislativi*", disponibile in www.csm.it; MAUGERI A.M., *Dalla riforma*, cit., p. 454 e ss.

³⁸⁴ PIGNATONE G., *Il modello italiano*, cit., p. 12.

della supposta inversione dell'onere della prova e da altre che tratteremo tutte nel capitolo III; apprezzamenti soprattutto per le potenzialità applicative della misura offerte dagli scarni requisiti richiesti dalla legge.

6.3. Ulteriori novità

6.3.1. L'introduzione di una forma di confisca per equivalente

Il comma 10 dell'art. 2 *ter* inserito con il d.l. n. 92/2008 testualmente prevede: "Se la persona nei cui confronti è proposta la misura di prevenzione disperde, distrae, occulta o svaluta i beni al fine di eludere l'esecuzione dei provvedimenti di sequestro o di confisca su di essi, il sequestro e la confisca hanno ad oggetto denaro o altri beni di valore equivalente. Analogamente si procede quando i beni non possano essere confiscati in quanto trasferiti legittimamente, prima dell'esecuzione del sequestro, a terzi in buona fede".

S'introduce una forma di confisca di prevenzione per equivalente; rispetto però all'analogia previsione inserita nell'art. 12 *sexies* dal medesimo decreto, pare meglio definito l'ambito di operatività della misura: essa andrà applicata quando l'ablazione sui beni originari non sia possibile perché dispersi, distratti, occultati o svalutati *al fine di* eludere l'applicazione della cautela reale, quindi richiedendo un dolo specifico di *elusione*, ossia che tali comportamenti siano stati posti in essere al fine di sottrarre determinati beni all'ablazione, e non per cause differenti³⁸⁵.

Analoga forma di confisca potrà operare quando i beni siano stati legittimamente trasferiti a terzi in buona fede prima del sequestro; in tal caso la previsione sconta un po' in indeterminatezza dei presupposti perché non è posto un limite temporale rispetto al quale l'indiziato può rispondere in forma per equivalente del trasferimento effettuato³⁸⁶. Oltretutto questa previsione, come è stato giustamente osservato, pare leggermente pleonastica, poiché se il terzo è in mala fede, è comunque possibile agire nei confronti di costui attraverso la confisca diretta *ex*

³⁸⁵ Così LUNGHINI G., MUSSO L., *La confisca*, cit., p. 48; MAUGERTI A.M., *La riforma*, cit., p. 33.

³⁸⁶ Cfr. MAUGERI A.M., *La riforma*, cit., p. 38.

commi 13, 14; se il terzo è in buona fede, è comunque possibile recuperare – ai sensi del comma 2 – il reimpiego presso il proposto³⁸⁷.

La confisca del *tantundem*, riferita non a uno specifico bene, ma a tutto il patrimonio, è stata definita un'exasperazione, uno strumento collocato al di là della sua fisiologica funzione, che è quella di inseguire il valore di un'entità economica ben determinata, non generica: "sembra che il legislatore utilizzi ormai la confisca per equivalente come un *leitmotiv*, simbolo di legislazione moderna ed efficace, indipendentemente dall'opportunità del suo inserimento nel settore specifico, fraintendendo le sollecitazioni degli strumenti internazionali a garantire tale forma di confisca"³⁸⁸.

6.3.2 Il sistema delle presunzioni nei confronti dei terzi.

Il comma 14 introdotto nel 2008 contiene una serie di presunzioni *iuris tantum* che – collegate con la circostanza che siano confiscabili non solo i beni che appartengano al proposto, ma anche quelli che rientrano nella sua disponibilità – aumentano l'aggressività della misura ablativa nei confronti dei terzi.

Si presumono fittizi fino a prova contraria:

- a. i trasferimenti e le intestazioni a titolo oneroso effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura, se nei confronti dei parenti, del coniuge o della persona stabilmente convivente;
- b. tutti i trasferimenti e le intestazioni a titolo gratuito o fiduciario effettuati nei due anni antecedenti.

Il comma 13 prevede la possibilità per il giudice, qualora accerti che determinate intestazioni o trasferimenti a terzi sono stati effettuati al fine di eludere la confisca, di dichiararne la nullità.

Il sistema è particolarmente severo: introduce un'inversione dell'onere della prova a carico del terzo – cioè di un soggetto su cui non grava alcuna presunzione di

³⁸⁷ *Ibidem*, p. 36.

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 34.

mafiosità – difficile da vincere, soprattutto per quanto riguarda gli atti a titolo gratuito e fiduciario, che rischiano pertanto di essere considerati *ex se nulli*³⁸⁹.

7. La confisca nel Codice antimafia

Il 9 giugno 2011 il Consiglio dei Ministri, delegato dal Parlamento con la legge 13 agosto 2010 n.136, ha licenziato lo schema di decreto legislativo delegato avente l'apprezzabile obiettivo – esplicitato nella relazione al disegno di legge tradottosi nella legge delega dell'anno scorso – di riordinare, razionalizzare e integrare l'intera disciplina vigente in materia di normativa antimafia, misure di prevenzione, certificazioni antimafia e operazioni sottocopertura³⁹⁰.

Il d.lgs. è stato definitivamente emanato dal Presidente della Repubblica il 6 settembre e pubblicato nella G.U. n. 226 del 28 settembre 2011.

Il progetto iniziale era assai ambizioso e avrebbe voluto mettere mano a un materiale normativo assai stratificato nel tempo e presente in vari settori dell'ordinamento (solo in quello penale: sistema di prevenzione, diritto sostanziale, diritto processuale ed esecuzione penitenziaria) che si caratterizza per la mancanza di un progetto politico-criminale complessivo e per essere animato da logiche emergenziali. Si tratta infatti di uno dei sistemi normativi in cui il legislatore mostra uno dei suoi volti più autoritari, in cui vi è spesso la tendenza a creare strade alternative a quelle ordinarie per scappare dalle vie costellate dalle comuni garanzie³⁹¹ e la cui tenuta costituzionale è stata sempre – volendo usare un eufemismo – particolarmente discussa. Un intervento legislativo di razionalizzazione della materia era pertanto doveroso ed è stato a lungo invocato dalla dottrina.

Lo schema era composto da cinque libri:

- libro I, *La criminalità organizzata di tipo mafioso*, artt. da 1 a 10;
- libro II, *Le misure di prevenzione*, artt. da 11 a 91;

³⁸⁹ MAUGERI A.M., *La riforma*, cit., pp. 40 e ss.

³⁹⁰ Per un'analisi di tutto il decreto si rinvia a: MENDITTO F., *Lo schema di decreto legislativo del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (Libri I, II, IV, V): esame, osservazioni, proposte*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it

³⁹¹ Tipico esempio può essere quello della normativa penitenziaria.

- libro III, *Nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia*, artt. da 92 a 110;
- libro IV, *Le attività informative ed investigative nella lotta contro la criminalità organizzata. L'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, artt. da 112 a 124;
- libro V, *Modifiche al codice penale, al codice di procedura penale e alla legislazione penale complementare. Abrogazioni. Disposizioni transitorie e di coordinamento*, artt. da 125 a 131.

Come si può osservare dal peso dei diversi Libri, le disposizioni in tema di misure di prevenzione occupavano più della metà dell'intero codice, e si era affermato che sarebbe stato più corretto parlare di codice delle misure di prevenzione, che di codice antimafia *tout court*³⁹². Quest'opinione è sostanzialmente confermata dalla *versione definitiva* del codice, che entrerà in vigore dopo i 15 giorni di *vacatio*, che è sostanzialmente un Codice *delle misure di prevenzione personali e patrimoniali* (né si può dire antimafia, nel senso che le misure di prevenzione non si applicano solo agli indiziati di mafia), dal momento che il Libro I relativo alle disposizioni sostanziali è sparito, e rimangono gli altri quattro, e nell'economia del codice le misure di prevenzione occupano i 2/3 del sistema complessivo.

Nel I libro - quello non approvato in via definitiva - erano previste alcune disposizioni in materia di confisca. La vecchia confisca di cui all'art. 416 *bis* comma 7 (la confisca obbligatoria estesa anche all'impiego) era prevista dall'art. 7 dello schema, e l'art. 8 prevedeva la confisca allargata di cui all'art. 12 *sexies* l. n. 356/1992.

In merito a quest'ultimo articolo, il comma 1 prevedeva la confisca allargata per il delitto di cui all'art. 1 (associazione di tipo mafioso, anche straniera, *ex art. 416 bis* c.p.) e per i delitti di cui all'art. 5 comma 1 (delitti comuni commessi avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 1), e il comma 2 prevedeva solo in relazione a quest'ultima categoria di delitti la possibilità dell'ablazione per equivalente.

³⁹² MENDITTO F., *Lo schema di decreto*, cit., p. 10.

La confisca di prevenzione (*ex art. 2 ter l. 575/1965*) è disciplinata dagli artt. 24 e ss. (è previsto un titolo apposito, il secondo, del libro II, dedicato alle misure di prevenzione patrimoniali). Anzitutto si tenta di razionalizzare la materia dei destinatari delle cautele reali individuati dall'art. 16, il quale:

- a. al comma 1 lett. a) rinvia all'art. 4 del codice, il quale a sua volta rinvia all'art. 1³⁹³;
- b. al comma 1 lett. b) prevede come destinatari le "persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Nazioni Unite, o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento di fondi o di risorse economiche, quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali";
- c. al comma 2 prevede che nei confronti dei soggetti di cui all'art. 4, comma 1, lett. i) – coloro che hanno preso parte a manifestazioni di

³⁹³ Art. 4: "1. I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano: a) agli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'articolo 416-bis c.p.; b) ai soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'articolo 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale ovvero del delitto di cui all'articolo 12-quinquies, comma 1, del decreto- legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356; c) ai soggetti di cui all'articolo 1; d) a coloro che, operanti in gruppi o isolatamente, pongano in essere atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati previsti dal capo I, titolo VI, del libro II del codice penale o dagli articoli 284, 285, 286, 306, 438, 439, 605 e 630 dello stesso codice nonché alla commissione dei reati con finalità di terrorismo anche internazionale; e) a coloro che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte ai sensi della legge 20 giugno 1952, n. 645, e nei confronti dei quali debba ritenersi, per il comportamento successivo, che continuino a svolgere una attività analoga a quella precedente; f) a coloro che compiano atti preparatori, obiettivamente rilevanti, diretti alla ricostituzione del partito fascista ai sensi dell'articolo 1 della legge n. 645 del 1952, in particolare con l'esaltazione o la pratica della violenza; g) fuori dei casi indicati nelle lettere d), e) ed f), siano stati condannati per uno dei delitti previsti nella legge 2 ottobre 1967, n. 895, e negli articoli 8 e seguenti della legge 14 ottobre 1974, n. 497, e successive modificazioni, quando debba ritenersi, per il loro comportamento successivo, che siano proclivi a commettere un reato della stessa specie col fine indicato alla lettera d); h) agli istigatori, ai mandanti e ai finanziatori dei reati indicati nelle lettere precedenti. È finanziatore colui il quale fornisce somme di denaro o altri beni, conoscendo lo scopo cui sono destinati; i) alle persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401".

Art. 1 "1. I provvedimenti previsti dal presente capo si applicano a: a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; c) coloro che per il loro comportamento debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica".

violenza in ambito sportivo – la misura possa essere applicata esclusivamente in relazione ai beni, nella disponibilità dei medesimi soggetti, che possono agevolare, in qualsiasi modo, le attività di chi prende parte attiva a fatti di violenza in occasione o a causa di manifestazioni sportive.

Per quanto riguarda i destinatari non sono state pertanto accolte le preoccupazioni della dottrina che lamentava un'irragionevole equiparazione tra forme di pericolosità generica e pericolosità qualificata (quella legata alle associazioni mafiose) e sosteneva che "sarebbe opportuno [...] delimitare l'applicazione delle moderne sanzioni patrimoniali (laddove comportino la confisca allargata dei patrimoni consolidati) a quelle forme di criminalità che siano manifestazione di un'organizzazione strutturata e stabile o comunque tipicamente connesse al crimine organizzato, la cui pericolosità per l'ordine pubblico e per il corretto funzionamento dell'economia e della democrazia, può giustificare in termini di necessità un così incisivo intervento, in linea con le indicazioni della *decisione quadro GAI 212/2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato*, che limita l'applicazione di poteri allargati di confisca al settore della criminalità organizzata"³⁹⁴.

L'art. 18 riprende le innovazioni portate alle discipline delle misure patrimoniali dalla riforma del 2008–2009, prevedendone l'applicazione disgiunta dalle misure personali "indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della loro applicazione" e sancendone l'operatività anche nei confronti del defunto o degli eredi o aventi causa secondo le modalità già viste in precedenza.

Anche questa volta il "cordone ombelicale" tra cautele reali e personali non viene definitivamente tagliato, perché seppur non si faccia più riferimento al procedimento per l'applicazione delle misure personali, il comma 2 dell'art. 20 prevede la revoca del sequestro qualora sia respinta la richiesta per l'applicazione di una misura personale.

³⁹⁴ Cfr. MAUGERI A.M., *La riforma*, cit., p. 6.

L'art. 28 dello schema – sul punto esorbitando la delega – non prevedeva più l'espressione "al momento della richiesta" che a seguito della riforma del 2008–2008 aveva portato parte della dottrina ad adottare un'interpretazione garantista per la quale la norma avrebbe escluso il requisito dell'attualità della pericolosità, ma non quello della pericolosità *tout court*. Sembrava pertanto che non ci sarebbe stato più spazio per valutazioni sulla pericolosità e che fosse stata introdotta "un'ipotesi di espropriazione del bene fondata esclusivamente sui presupposti oggettivi del sequestro e della confisca"³⁹⁵.

Nell'approvazione definitiva del codice si è invece tornati al pieno rispetto della delega e alla conformità col sistema pre-codice "antimafia", reintroducendo nell'art. 18 che regola i rapporti tra misure personali e patrimoniali l'espressione "al momento della richiesta". Resta da chiedersi allora se tale espressione basti a legare la confisca *ante delictum* alla pericolosità del soggetto, rendendola *davvero* una misura di prevenzione; o se invece, il fatto che la pericolosità sociale nei confronti degli indiziati di mafia è quasi sempre presunta unitamente al fatto che la pericolosità deve essere *attuale* – per cui se essa è un requisito già di per sé di scarsa consistenza, diventa ancor più volatile ed è quasi del tutto svilito se la si riferisce al passato (come fa il giudice a valutarla?) – annullano del tutto la supposta natura preventiva della confisca di prevenzione.

³⁹⁵ MENDITTO F., *Lo schema di decreto*, cit., p. 51.

CAPITOLO II

LA NATURA GIURIDICA DELLA CONFISCA: UN GIANO (PIU' CHE) BIFRONTALE

SOMMARIO: 1. Perché classificare. – 2. Sanzione penale, sanzione amministrativa. – 3. Cosa distingue pena, misura di sicurezza, misura di prevenzione. Sul perché dell'istituzione del doppio binario, in breve. – 4. Lo statuto speciale della confisca. Critica alla qualificazione legislativa come misura di sicurezza. – 5. Il patriarca è ormai tramontato: le tendenze nella legislazione *extra art. 240*. – 6. La qualificazione della giurisprudenza: *tertium genus* o *tertium non datur*? – 7. La prudenza della Corte costituzionale. – 8. Il nuovo ruolo della Corte e.d.u. – 8.1. Perché anche la CEDU? – 8.2. La nozione di sanzione penale. – 8.3. La confisca nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo. – 9. Alcune considerazioni finali.

1. Perché classificare

Nel capitolo precedente abbiamo passato in rassegna le più significative ipotesi di confisca presenti nel nostro ordinamento. Si tratta delle forme d'ablazione che riscuotono più successo sia per quanto riguarda le loro potenzialità applicative che per quanto riguarda le discussioni sulla loro funzione, sui loro limiti, sul loro inquadramento.

Prima di tentare di chiarirne la natura giuridica – essenzialmente, la dialettica è tra pena e misura di sicurezza – è necessario chiarire (e chiarirsi) quale sia il fine cui quest'urgenza qualificatoria tende, non solo per limitare il campo d'indagine – sulla natura giuridica degli istituti ci si potrebbe soffermare lungamente – ma anche per rendere esplicito ciò che si vorrebbe dimostrare.

Nella dottrina civilistica, in riferimento al problema della classificazione del contratto, si discorre dei c.d. *naturalia*, cioè di quegli effetti del contratto che non

discendono dalla volontà delle parti, ma dipendono esclusivamente dalla riconduzione in via interpretativa del contratto stesso a uno dei tipi possibili¹.

Si tratta cioè di quelle caratteristiche strutturali del contratto, che ne costruiscono la natura e ne conseguono appunto *naturaliter*.

Il discorso può essere allargato a tutti gli istituti giuridici, i quali hanno una struttura per così dire naturale che ne fonda per l'appunto la *natura giuridica* senza la quale essi perdono la loro specificità e anche la loro funzione.

E il discorso arriva sicuramente a lambire anche gli istituti penalistici e in particolare – che è ciò di cui qui si vuol trattare – anche quelle tre forme di contrasto del crimine che sono la pena, la misura di sicurezza e la misura di prevenzione.

Tutte queste tre forme di afflizione hanno dei *naturalia*, delle caratteristiche imprescindibili, ma la particolarità è data qui dal fatto che sono soprattutto la Costituzione e le altre fonti superprimarie, con massima autorità e autorevolezza, a stabilire quali essi siano.

In campo penale, dove massima è la possibilità che le esigenze collettive incarnate dallo Stato sopraffacciano con lo strumento penale i diritti individuali, è massimamente necessario che sia la Costituzione, o un'altra fonte sovraordinata rispetto alla legge, a stabilire quale sia la funzione, quali i limiti, quale il regime applicativo di tali strumenti afflittivi.

Tali *naturalia* di pene, misure di sicurezza, misure di prevenzione, diventano, in un'ottica incentrata sulla tutela dei diritti individuali, le garanzie naturali della persona di fronte all'infrazione di un male operata dall'ordinamento.

La Costituzione prescrive in campo penale anzitutto il principio di *stretta legalità* delle pene (art. 25 co. 2), con i suoi corollari del *divieto di analogia* e soprattutto del principio di *determinatezza*, per il quale la norma incriminatrice deve descrivere con sufficiente precisione tanto gli estremi della condotta incriminata quanto le sue conseguenze sanzionatorie, al fine di evitare che previsioni normative non precise consentano di aggirare nella sostanza il principio di stretta legalità. Lo stesso articolo, al medesimo comma, prevede il principio di *irretroattività*, che

¹ Cfr. anche per indicazioni bibliografiche SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO P., vol. 10, tomo II, Torino, 2002, pp. 575 e ss.

impone che la legge in base alla quale una persona sia considerata responsabile penalmente e quindi punita, sia preventiva rispetto alla commissione del fatto.

L'art. 27 prevede al primo comma il principio di *personalità* della responsabilità penale; da esso e dall'art. 3 Cost., si fa conseguire anche il principio di *proporzionalità*, per il quale la pena deve essere proporzionata al fatto compiuto, ma esso può anche essere visto come un corollario del *finalismo rieducativo* della pena (co. 3), poiché è difficile immaginare che il condannato possa risocializzarsi con una pena che non sia parametrata sull'azione che l'ha portato ad asocializzarsi compiendo il reato. Dal finalismo rieducativo, discende per la stessa ragione anche il principio di *colpevolezza*, per il quale al condannato deve poter essere sempre mosso un rimprovero almeno per colpa. Sempre nell'art. 27, ma al comma 2, è contenuta la *presunzione d'innocenza*, per la quale "l'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva", che impone che la pena possa essere disposta solo a seguito di un accertamento di responsabilità, con importanti conseguenze sul piano probatorio.

Anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo prevede analoghi principi: il principio di chiarezza e di precisione delle fattispecie penali (art. 7 CEDU), ossia *l'alter ego* europeo del principio di legalità; il principio di irretroattività (art. 7 CEDU), rispetto al quale la Convenzione non pone distinzioni tra pena e misura di sicurezza, non conoscendo il doppio binario; il principio di colpevolezza, non espressamente previsto, ma è stato recentemente fatto discendere dal principio di chiarezza e precisione; la presunzione d'innocenza (art. 6 comma 2 CEDU).

Non tutte le garanzie costituzionali e convenzionali si applicano allo stesso modo tanto alle pene quanto alle misure di sicurezza e di prevenzione. Il principio di legalità infatti rispetto a queste ultime due, sconta un ineliminabile *deficit* di tassatività dovuto alla fumosità del loro presupposto, ossia la pericolosità sociale. La categoria delle misure di sicurezza e delle misure di prevenzione si mostra poi particolarmente appetibile giacché qualora il legislatore etichetti in tal senso una o più forme di confisca, ne viene generalmente consentita ai sensi dell'art. 25 co. 3 Cost. l'applicazione retroattiva. E le misure di prevenzione poi costituiscono una tentazione ancor più forte, perché in ambito convenzionale non vengono considerate

sanzioni penali e sono sfornite delle relative garanzie. Le garanzie previste dalla Convenzione europea infatti agli artt. 7 e 6 § 2 sono riconnesse a ciò che la Corte europea dei diritti dell'uomo classifichi come *sanzione penale*. Queste differenze costituiscono spesso il motivo che spinge il legislatore a etichettare la confisca – come altri strumenti *lato sensu* sanzionatori – in un senso piuttosto che nell'altro, al solo fine di servirsi del regime applicativo più consono ai suoi fini, mascherando così la reale natura dell'istituto ed eludendo le garanzie che ne conseguono *naturaliter*.

Classificare la confisca come pena, piuttosto che misura di sicurezza o misura di prevenzione ai sensi del diritto interno ovvero considerarla o meno sanzione penale ai sensi del diritto europeo, è pertanto operazione molto delicata, perché da ciò che potrebbe apparire puro esercizio dogmatico discendono conseguenze estremamente importanti per chi è destinato a subire la misura: essa dovrà rispettare tutte le prescrizioni che la Costituzione e la Convenzione europea impongono per la relativa categoria. Tale qualificazione non deve però essere svolta – come talvolta accade soprattutto in giurisprudenza – al contrario e utilitaristicamente², cioè riconducendo la confisca a una delle tre categorie per servirsi del regime applicativo più funzionale allo scopo perseguito.

Prima di procedere all'esame della natura giuridica delle varie e variegate apparizioni legislative della confisca, è necessario esplicitare una premessa, che non è un'ammissione d'impotenza ma la presa d'atto di una realtà.

Quello che non si tenterà di fare nelle pagine seguenti è dare una definizione unitaria di quest'istituto che da questo punto di vista si mostra indomabile, poiché una definizione di questo tipo – lo si è scritto all'inizio del presente lavoro – non potrebbe che essere vaga e non potrebbe che concentrarsi su elementi ovvii (l'oggetto patrimoniale, il soggetto attivo e quello passivo³), privi di un utile apporto, visto che la classificazione è prodromica all'applicazione di una certa disciplina e al riconoscimento di certi diritti fondamentali riconosciuti dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

² Analoghi rilievi svolgono in relazione alla classificazione del contratto gli autori citati alla nota precedente, i quali parlano di *vischiosità* del *naturale negotii*.

³ Rispetto alla definizione data all'inizio del capitolo I, l'esame della legislazione ci ha portato già a perdere un pezzo: l'occasione dell'ablazione, poiché la confisca di prevenzione rende impossibili dare una definizione unitaria della confisca che contenga un riferimento a questo elemento.

Si cercherà invece di chiarire la natura giuridica della confisca nelle sue varie forme – classica, *extra codicem*, per equivalente, allargata, di prevenzione – andando al di là del *nomen juris* e cercando di cogliere la sostanza delle molte facce di questo strumento polimorfo: "è del legislatore porre degli imperativi, fissare delle sanzioni, stabilire l'uno piuttosto che l'altro mezzo di tutela degli interessi umani, ma non il fornire qualificazioni logiche o sistematiche circa la natura dei vari istituti, le quali sono proprie dell'interprete e della scienza"⁴.

2. Sanzione penale, sanzione amministrativa

La prima operazione da compiersi è cercare di individuare i criteri che distinguono le sanzioni penali da quelle amministrative, e successivamente verificare all'interno di quale delle due *species* di sanzioni punitive rientrino in particolar modo le misure di sicurezza e le misure di prevenzione, considerate soprattutto in passato aventi natura amministrativa.

I parametri elaborati dalla dottrina per distinguere la sanzione penale da quella amministrativa sono molteplici⁵: alcuni autori ritengono che la sanzione penale si caratterizzi perché solo essa comporta lo *stigma criminale* (ossia il biasimo sociale derivante dalla condanna penale) e solo da essa discendono effetti penali⁶; altri fondano la distinzione sulla circostanza che finalità delle sanzioni amministrative è l'autotutela della pubblica amministrazione (in quanto la p.a. tutela da sé l'interesse principale il cui soddisfacimento le è istituzionalmente commesso), la quale pertanto applica da sé le sanzioni secondo il principio di discrezionalità⁷.

In realtà la distinzione perde un po' d'utilità ai fini che c'interessano se si considera – e sul punto v'è tendenzialmente unanimità – che entrambe le sanzioni rientrano nel più ampio concetto di sanzione punitiva, che non si distingue

⁴ C. cost. sent. n. 53/1968.

⁵ Per una rassegna dei quali, cfr. PALIERO C.E., TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988, pp. 6 e ss.

⁶ Gli autori citati alla nota precedente, p. 22, che riprendono la posizione espressa dall'autore citato alla nota 8.

⁷ PAGLIARO A., *Sanzione (sanzione penale)*, in *Encicl. giur.*, Roma, 1994, p. 2.

ontologicamente ma solo *positivamente* dalla sanzione penale⁸. Riprova di questo ne siano le numerose leggi di depenalizzazione, che testimoniano come il fatto di reprimere o prevenire un illecito servendosi di sanzioni penali o amministrative sia il frutto di una scelta legislativa e non dipenda da un'ontologia dell'illecito stesso, con ciò delegittimando le teorie che fondavano la distinzione tra le due *species* di sanzioni sulla base della natura del bene giuridico protetto⁹. La rilevanza prevalentemente dogmatica della distinzione tra sanzioni amministrative e penali è poi evidenziata dalla l. 689/1981, che nel prevedere il passaggio per una serie di delitti da un sistema sanzionatorio penale a un altro definito amministrativo, mutua dal sistema penale molte delle garanzie di questo¹⁰, così accogliendo l'idea che determinate forme di tutela debbano essere assicurate al cittadino che si trova di fronte alla potestà punitiva dello Stato indipendentemente dallo strumento con cui l'autorità pubblica esercita tale prerogativa.

Secondo autorevole dottrina il diritto penale si distinguerebbe sul piano dell'ordinamento positivo dal diritto punitivo – e con esso la sanzione penale dalla sanzione amministrativa¹¹:

- a. poiché la pena è conseguenza di un fatto–reato;
- b. poiché consegue all'accertamento giudiziale di esso;
- c. perché produce effetti penali;
- d. perché si traduce in uno *status* di condannato, fortemente afflittivo della persona umana.

Il discorso tocca da vicino anzitutto le misure di sicurezza – e tra esse necessariamente la confisca.

Il titolo VIII del libro III del codice penale – a esse dedicato – è intitolato "Delle misure amministrative di sicurezza"; l'utilizzo di tale espressione da parte del legislatore ha per lungo tempo convinto la dottrina che le misure di sicurezza

⁸ NUVOLONE P., *Pena (dir. pen.)*, in *Encicl. giurid.*, Milano, 1982, p. 787; v. sul punto anche la posizione della Corte e.d.u. trattata *infra* al par. 8.

⁹ MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., pp. 208 ss., 929 ss.

¹⁰ Sono estesi al campo delle sanzioni amministrative il principio di legalità e irretroattività (art.1), il canone dell'imputabilità (art. 2) e quello della colpevolezza (art. 3), l'applicazione delle scriminanti (art. 4). Una delle distinzioni più rilevanti tra le due tipologie sanzionatorie resta il principio di solidarietà passiva in caso di concorso di persone nella violazione del precetto (artt. 5 e 6).

¹¹ NUVOLONE P., *Pena*, cit., p. 788.

avessero natura di provvedimenti amministrativi. Sul punto l'intenzione del legislatore storico è più che chiara: "[...] carattere distintivo tra pene e misure di sicurezza, è che le seconde sono provvedimenti di natura amministrativa, e, come tali, discrezionali, revocabili e, di regola indeterminate nella durata"¹²; e ancora: "[...] la funzione dello Stato [...] diretta ad applicare le misure di sicurezza rientra propriamente in altra sfera d'attività, ossia in quella amministrativa di polizia"¹³.

La dottrina più risalente era assolutamente concorde con tale inquadramento, poiché lo reputava coerente con la funzione di profilassi criminale cui sono deputate le misure di sicurezza, funzione che – secondo tale dottrina – avrebbe natura amministrativa¹⁴ – *rectius*, amministrativa di polizia di pubblica sicurezza¹⁵ – poiché mentre alla giurisdizione è affidato il compito di reprimere la commissione dei reati, all'amministrazione è attribuita la funzione di prevenirne il verificarsi.

Si aggiungeva inoltre che tale funzione – pur svolta da un giudice penale – non potrebbe essere considerata giurisdizionale, poiché la funzione giurisdizionale è funzione di composizione di conflitti, mentre nel caso della prevenzione criminale l'amministrazione non sarebbe terza, ma titolare di un interesse – quello alla prevenzione dei reati – in conflitto con la posizione del soggetto ritenuto pericoloso¹⁶ (col suo diritto di libertà o proprietà). Né la qualità dell'organo né la tipologia di procedimento deputato all'applicazione della misura di sicurezza avrebbero snaturato

¹² Relaz. minister. prog. cod. pen., cit., p. 247.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ BATTAGLINI G., *La natura giuridica delle misure di sicurezza*, Roma, 1930, p. 9; IACCARINO C.M., *La confisca*, cit., p.113; MANZINI V., *Trattato*, cit., pp. 232 ss.; PETROCELLI B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Milano, 1940, *passim*; ROCCO A., *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Riv. pen.*, 1931, p. 44; ZUCCALA' G., *Sulla natura giurisdizionale del processo di prevenzione criminale*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza – Atti del convegno di Bressanone del 1961*, Milano, 1962, pp. 148 e ss., il quale riporta a p. 147 la critica a questa tesi di NUVOLONE che anche l'attività di repressione dei reati rientra tra le funzioni amministrative *lato sensu* intese.

¹⁵ ROCCO A., *Le misure*, cit., p. 44.

¹⁶ PETROCELLI B., *La pericolosità*, cit., p. 306. Quest'idea che quando l'amministrazione è in conflitto si tratti di funzione amministrativa mentre quando risolve conflitti si tratti di funzione giurisdizionale sembra a giudizio dello scrivente inadatta al sistema penale dell'epoca dell'A. In un sistema inquisitorio il giudice istruttore non può essere considerato parte imparziale, condizione che per l'A citato sembra essere necessaria perché si possa parlare di funzione pienamente giurisdizionale. Tale distinzione basata sul ruolo dell'amministrazione – in particolare del giudice – potrebbe essere meglio sostenuta oggi in un sistema accusatorio come il nostro, dove il giudice può essere considerato risolutore del conflitto tra la parte pubblica e quella privata.

il tipo di funzione che solo in virtù dell'occasione¹⁷ – ossia il reato, che riunisce funzione repressiva e preventiva – sarebbe stata esercitata dal giudice penale, titolare in tal contesto di giurisdizione *amministrativa*¹⁸.

Nell'attuale momento storico si può dire invece che la dottrina sia assestata sulla natura *criminale* delle misure di sicurezza¹⁹; le considerazioni portate a sostegno di questa tesi sono diverse:

In prima battuta si sottolinea che le misure di sicurezza, al pari delle pene, sono collegate a un reato, che non funge da mera occasione per la loro applicazione, ma da vero e proprio presupposto²⁰; né varrebbe a sostenere il contrario il fatto che la misura possa essere applicata in caso di reato impossibile (art. 49 comma 4 c.p.) o di accordo e istigazione non seguiti da reato (art. 115 commi 2 e 4 c.p.), trattandosi di eccezioni tassativamente indicate dalla legge (art. 202 comma 2 c.p.)²¹.

In seconda battuta il procedimento previsto per la loro applicazione è pienamente giurisdizionale e devoluto alla giurisdizione esclusiva del giudice penale²²; né a tale affermazione potrebbe essere opposto – è stato autorevolmente sostenuto²³ – che la devoluzione al giudice penale deriverebbe meramente dall'occasione – il reato – così come avviene per altre questioni civili (ad esempio la domanda di risarcimento della parte offesa) o amministrative (la sospensione o revoca della patente in caso di omicidio o lesioni colpose) che sono solamente attratte nella giurisdizione penale, ma rimangono civili e amministrative; in tali casi si tratta di provvedimenti che sono pienamente disciplinati nel rispettivo settore e

¹⁷ ROCCO A., *Le misure*, cit., p. 49; MANZINI V., *Trattato*, cit., p. 235: "le misure di sicurezza [...] non sono un istituto di diritto penale, bensì di diritto amministrativo [...] e sono previste dal codice penale per ragioni di connessità e garanzia".

¹⁸ ZUCCALA G., *Sulla natura*, cit., p. 150.

¹⁹ Così FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 809; PELUSO C., *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994, p. 149. V. anche la voce enciclopedica *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Encicl. del dir.*, Milano, 1976, p. 632, redatta da NUVOLONE, il quale non entra neanche in argomento, ma dà per scontata la natura penale delle misure di sicurezza, parlando sempre di strumenti penali.

²⁰ CARACCIOLI I., *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, p. 298; PALIERO C.E., TRAVI A., *La sanzione*, cit., p. 26; VASSALLI G., *Misure di prevenzione e diritto penale*, in *Studi in onore di Biagio Petrocchi*, v. III, Milano, 1972, p. 1595.

²¹ Su questo punto, v. in particolare CARACCIOLI I., *I problemi*, cit., pp. 301 ss.

²² CARACCIOLI I., *I problemi*, cit., p. 293; MARUCCI A., *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Rass. studi penit.*, 1957, p. 587; PALIERO C.E., TRAVI A., *La sanzione*, cit., p. 26.; VASSALLI G., *Misure*, cit., p. 1595.

²³ CARACCIOLI I., *I problemi*, cit., p. 295.

vengono semplicemente richiamati nella legislazione penale per evitare la duplicazione delle procedure coattive.

Si giunge così alla terza considerazione: la regolamentazione delle misure di sicurezza è interamente contenuta nel codice penale²⁴ ed è insegnamento acquisito che la rubricazione di una norma non fornisca elementi determinanti per l'interpretazione della norma stessa²⁵.

Infine – e questa è forse la considerazione più importante per il discorso che svilupperemo in questo capitolo – le misure di sicurezza, al pari delle pene, hanno natura afflittiva e certe "sono più penose della pena medesima"²⁶.

Analoga disputa si è avuta anche in riferimento alle misure di prevenzione.

Fino a quando la materia è stata regolata dal Titolo VI del T.U.L.P.S. approvato con R.d. n. 773/1931, le misure di prevenzione erano considerate aventi natura amministrativa.

La legge n. 1423/1956 innesta alcuni elementi di spiccata giurisdizionalità in questa procedura amministrativa e soprattutto a seguito della legge antimafia del 1965, se è pur vero che taluni e rilevanti poteri d'impulso rimangono alla p.a., i poteri decisionali in merito all'irrogazione della misura spettano al Tribunale; e si tenga presente che recentemente sono intervenute la Corte e.d.u e la Corte costituzionale allargando ancor di più la giurisdizionalità del procedimento previsto per l'applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali con l'introduzione dell'obbligo che tale procedimento si svolga in udienza pubblica se richiesto dal proposto²⁷.

Nonostante parte della dottrina pur dopo la legge del 1956 sia ferma nel ritenere amministrativa la natura delle misure di prevenzione poiché, deputate al contrasto della "pericolosità per la pubblica sicurezza o per la moralità pubblica" mirerebbero alla prevenzione non di reati ma di condotte di vita o di fatti che costituirebbero un "elemento di disturbo per la collettività"²⁸, assolvendo così a una

²⁴ *Ibidem*, p. 26.

²⁵ MARUCCI A., *Misure*, cit., p. 585.

²⁶ *Ibidem*, p. 586.

²⁷ Entrambe le sentenze sono state citate e brevemente illustrate alla nota 334 del capitolo precedente; vi torneremo *infra* nel par. 8.3.

²⁸ CARACCIOLI I., *I problemi*, cit., p. 205.

funzione amministrativa e non penale, la dottrina maggioritaria è orientata nel ritenere la natura *penale*²⁹.

Depongono in questo senso anzitutto la progressiva attrazione in seno alla giurisdizione: esse sono l'epilogo di un procedimento svoltosi in contraddittorio e in condizioni di parità di fronte all'autorità giudiziaria, "di modo che il risultato del conflitto non significa la prevalenza dell'interesse pubblico in quanto tale, ma l'attuazione della volontà della legge"³⁰ e il provvedimento finale ha pertanto natura giurisdizionale.

In secondo luogo, anche il compito cui tali misure sono preordinate, e cioè la prevenzione criminale, secondo tali autori è compito proprio del diritto penale; inoltre non vi sarebbe alcuna differenza tra pericolosità sociale e pericolosità per la moralità o sicurezza pubbliche, poiché tali espressioni indicherebbero la stessa idea "di repressione e di prevenzione insieme, che è propria di tutte le sanzioni"³¹.

Ma soprattutto è la portata restrittiva dei diritti della persona di tali misure a renderne *necessaria* – secondo autorevole dottrina – la natura penale: "[i] principi che tradizionalmente si affermano come garanzia dei diritti dell'uomo nel campo della giustizia penale in senso stretto [...] debbono applicarsi tali e quali all'accertamento dei fatti costituenti indice di antisocialità e di pericolosità del soggetto, e all'applicazione delle misure conseguenti a tale accertamento"³². La prospettiva è interessante, perché la natura penale è vista così come un guscio protettivo in grado di garantire l'osservanza di determinati diritti a ciò che viene custodito al suo interno.

A questa conclusione si giunge comunque per altra via – cioè anche non scalfendo la natura amministrativa delle misure di prevenzione – in un'ottica teleologicamente orientata (dove il fine è il rispetto dei diritti individuali) che adotti una nozione larga di diritto punitivo e che ritenga il rispetto dei diritti della persona ineludibile non solo in ambito nominalmente penale, ma in tutte quelle situazioni –

²⁹ DRIGANI O., *Prevenzione (misure di)*, in *Nov. dig. ital.*, Torino, 1986, pp. 1188–1189; MARUCCI A., *Misure*, cit., *passim*; PALIERO C.E., TRAVI A., *La sanzione*, cit., p. 33; VASSALLI G., *Misure*, cit., *passim*.

³⁰ NUVOLONE P., *Misure*, cit., p. 649

³¹ MARUCCI A., *Le misure*, cit., p. 592

³² VASSALLI G., *I diritti dell'uomo dinanzi alla giustizia penale*, in *Giust. pen.*, 1950, I, c. 2.

tra cui anche alcune nominate "amministrative" – in cui lo Stato si trovi a esercitare una restrizione dei diritti della persona da una posizione di supremazia³³.

3. Cosa distingue pena, misura di sicurezza, misura di prevenzione. Sul perché dell'istituzione del doppio binario, in breve.

La natura amministrativa delle misure di sicurezza è tradizionalmente ricondotta alla natura amministrativa – secondo parte della dottrina³⁴ – della funzione di *prevenzione* dei reati. La funzione del diritto penale in senso stretto sarebbe invece esclusivamente quella di *reprimere* la commissione di un reato, e tale compito verrebbe assolto dal diritto penale con la pena i cui caratteri sono fissità, certezza, proporzionalità.

Il concetto stesso di pena sarebbe insuscettibile di accogliere al suo interno il compito di prevenzione dei reati³⁵, perché tale compito necessiterebbe di strumenti la cui fisionomia – imperniata su indeterminatezza e individualizzazione della misura – è opposta a quella della pena; per la funzione di profilassi criminale sarebbe necessario uno strumento diverso da quello penale, e tale strumento viene individuato nelle misure *amministrative* di sicurezza.

Questa è la logica sottostante al codice Rocco e al sistema del c.d. doppio binario, ma per comprenderne le ragioni è necessario fare qualche passo indietro.

Le teorie della pena possono essere suddivise in due grandi categorie³⁶: teorie assolute (si punisce *quia peccatum est*) e teorie relative (si punisce *ne peccetur*); le prime guarderebbero al passato, le seconde al futuro³⁷.

All'interno del primo gruppo rientrano le teorie retributive, che concepiscono la pena come un male necessario da infliggersi a chi abbia procurato un male. Si

³³ E in tal senso deputa decisamente la l. 689/1981, sulla quale v. nota 10 del presente capitolo.

³⁴ V. gli autori citati alle note 16 e 17 del presente capitolo.

³⁵ Cfr. BETTIOL G., *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza – Atti del congresso tenutosi a Bressanone nel 1961*, Milano, 1962, il quale a p. 7 afferma: "la pena, al di fuori del criterio retributivo, perde ogni sua ragion d'essere e ogni contenuto pur se conserva il suo nome". Per tale autore la pena sarebbe *monodimensionale*.

³⁶ Non s'intende fare una rassegna delle teorie della pena, ma si farà riferimento esclusivamente alle principali teorie trattandole brevemente. Per una disamina più estesa e autorevole si rinvia a CATTANEO M.A., *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Milano, 1998.

³⁷ CATTANEO M.A., *Pena (filosofia)*, in *Encicl. del dir.*, Milano, 1982, p. 702.

tratta di teoriche che affondano le loro radici nel significato più triviale ma al tempo stesso ineliminabile del diritto dello Stato di punire: da un lato la pena come "odioso ristoro" per coloro che sono toccati dal reato ("giustizia è stata fatta"), dall'altro come funzione necessaria che lo Stato assume su di sé al fine di evitare la vendetta privata e la disgregazione della società³⁸.

Le teorie retributive possono essere distinte in teorie della retribuzione morale per le quali è un'esigenza incoercibile della natura umana che il male sia retribuito col male³⁹: in questo contesto il diritto assume una dimensione etica e la punizione del delitto, in quanto violazione dell'eticità, è un imperativo categorico⁴⁰; e teorie della retribuzione giuridica per le quali la pena mira esclusivamente al ristabilimento dell'ordine giuridico violato⁴¹.

Tra le teorie relative o utilitaristiche (che pongono un fine ulteriore alla pena) le più importanti sono considerate le due teorie preventive⁴², la teoria dell'emenda e la teoria della difesa sociale⁴³.

Le teorie della prevenzione si distinguono nella teoria della prevenzione generale, per la quale il fine della pena è distogliere gli altri membri della società dalla commissione di delitti attraverso l'intimidazione⁴⁴, e nella teoria della

³⁸ Cfr. BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, 1766, (ediz. Garzanti, Milano, 1987, p. 11) il quale a tal proposito parla della necessità della pena per salvaguardare la società dalle pulsioni individuali. E tale necessità si estrinseca nel ricorso da parte dello Stato al diritto di punire solo quando necessario, perché tale potestà deriva dai cittadini che la concedono allo Stato per la necessità di preservarlo; in questo pensiero si può scorgere l'antesignano dell'odierno principio di sussidiarietà.

³⁹ Per un esame approfondito delle varie teorie della retribuzione si rinvia a CATTANEO M.A., *Pena diritto e dignità umana*, pp. 57 ss.

⁴⁰ Quest'aspetto è proprio il più criticato di tali teoriche perché è giudicato improprio che il diritto assuma su di sé un compito etico, trattandosi di una china pericolosa da seguire. Tale teoria in ambito filosofico è tradizionalmente attribuita a Kant; in ambito giuridico, nella dottrina italiana, tra gli altri a Pellegrino Rossi.

⁴¹ V. CATTANEO M.A., *Pena diritto e dignità umana*, cit., pp. 93 ss.; in Italia è preso a esempio di quest'orientamento Enrico Pessina, esponente della Scuola classica.

⁴² Tradizionalmente sono due le finalità di prevenzione che vengono assegnate alla pena, ma CATTANEO M.A., in *Pena (filosofia)* indica a p. 705 un terzo filone, riconducibile a Feuerbach per il quale la prevenzione generale si attuerebbe mediante la minaccia contenuta nella legge penale; quest'autore cioè distingue tra la minaccia della pena e l'infrazione della pena e riconduce alla prima delle due il compito di orientamento culturale.

⁴³ Così CATTANEO M.A., *Pena (filosofia)*, cit., p. 702.

⁴⁴ La critica più pregnante – con la quale non si può non essere d'accordo – a questa teoria l'ha mossa Kant col quarto imperativo categorico, per il quale l'uomo non può mai essere trattato come mezzo ad altri fini (in tal caso la prevenzione generale), ma solo come fine.

prevenzione speciale per la quale la pena ha una funzione intimidatrice nei confronti del solo reo al fine di scongiurare il rischio di recidiva⁴⁵.

Affine a quest'ultima teoria è quella dell'emenda, nella sua duplice veste oggettiva e soggettiva: fine della pena è quello di rieducare il condannato, ossia secondo l'ottica oggettiva risocializzarlo, reinserirlo nella società dalla quale egli si è espulso con il delitto; secondo l'ottica soggettiva correggerlo moralmente, agendo sulla sua interiorità⁴⁶.

L'ultima teoria è quella della difesa sociale; più che di teoria della pena si dovrebbe parlare in tal caso di teoria (rivoluzionaria) di *superamento* della pena stessa; questa teoria – come quella dell'emenda – ha molti punti di contatto con quella della prevenzione speciale, poiché il fine che essa assegna al diritto penale – la difesa sociale – è essenzialmente la prevenzione del crimine attraverso la neutralizzazione della pericolosità del reo di cui il reato sarebbe manifestazione⁴⁷. Diverso è però il metodo seguito poiché per la scuola della difesa sociale è necessario *individualizzare* la giustizia penale⁴⁸: si propugna l'idea di abolire la pena per sostituirla con strumenti che si adattino maggiormente al singolo reo⁴⁹; "la difesa sociale dalla criminalità si realizza o colla segregazione indefinita dei delinquenti non riadattabili alla vita libera (che sono i meno) o colla rieducazione alla vita sociale dei delinquenti (che sono i più)"⁵⁰.

Le teorie della prevenzione speciale, dell'emenda e della difesa sociale sono alla base della Scuola Positiva e hanno innescato un lungo e acceso dibattito sulla funzione della pena che si è protratto dalla fine del XIX sec. fino a qualche decennio fa e che ha portato all'introduzione nel nostro codice penale del sistema dualistico.

⁴⁵ Cfr. CATTANEO M.A., *Pena diritto e dignità umana*, cit., pp. 152 e ss.

⁴⁶ La distinzione tra emenda soggettiva e oggettiva si deve a CARRARA F., *Emenda del reo assunto come unico fondamento e fine della pena*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Firenze, 1898, p. 203. A p. 213 si legge una frase che racchiude il profondo senso di umanità e liberalità che porta a negare l'emenda soggettiva: "lasciami odiare i miei simili; lasciami agognare la donna altrui, l'altrui roba; finché non muova nella sfera delle azioni esteriori, io sono indipendente da te".

⁴⁷ FERRI E., *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928, p. 51.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 47.

⁴⁹ Una delle tante critiche mosse a questa teoria è che essa parta da una concezione tipicamente lombrosiana del delinquente (Ferri fu per l'appunto allievo di Lombroso): il delinquente viene considerato un *anormale* (così FERRI E., *op. loc. cit.*, p. 259) da curare, le cui cause di anormalità si rintraccerebbero con un'analisi deterministica della personalità dell'individuo nelle condizioni familiari, culturali sociali. In quest'ottica il compito della legge sarebbe solo quello di "classificare i delinquenti" (così per l'A. si attua l'individualizzazione del diritto penale).

⁵⁰ FERRI E., *op. loc. cit.*, cit., p. 335.

Tale filone dottrinale ha tra i suoi elementi fondanti la necessità che il diritto penale si occupi anche dell'uomo, del delitto non solo in quanto azione ma in quanto azione *di* un uomo⁵¹ e critica in modo deciso l'atteggiamento dosimetrico della Scuola Classica nei confronti della pena, atteggiamento che si fonda su una concezione di tale strumento come reazione a un'azione illecita parametrata esclusivamente sulle caratteristiche del fatto compiuto.

Il giuspositivismo ritiene che la pena non vada proporzionata solo al fatto, ma "anche e soprattutto alla personalità, più o meno pericolosa, del delinquente"⁵²; i limiti stessi dell'idea di pena, concepita secondo i classicisti come retribuzione, come *malum quoad malum*, non consentirebbero di ricomprendervi istanze – quali quelle di difesa sociale, di prevenzione, di correzione – estranee a quell'idea, ma cui lo Stato dovrebbe comunque assolvere. Si renderebbe pertanto necessario il superamento del concetto classico di pena attraverso strumenti modulabili di contrasto alla criminalità, meglio adattabili alla pericolosità e con i quali meglio perseguire la redenzione/neutralizzazione del reo.

E' affermazione comune che l'istituzione del doppio binario – ossia la coesistenza quali risposte al reato di pena e misura di sicurezza – sia dovuta alla volontà di ricomporre la frattura tra le due scuole.

Poiché la pena non potrebbe ricomprendere – in ossequio alla scuola classica – ciò che le è estraneo, s'introduce un altro strumento con cui assolvere alla funzione di profilassi criminale ritenuta – grazie alla scuola positiva – necessaria e non più eludibile. Una delle critiche più forti alla pena in senso classico era stata proprio quella di non essere capace di assolvere alla missione di difesa della società e di neutralizzazione della pericolosità dei delinquenti anche non imputabili o semi-imputabili, poiché fondata sul concetto di responsabilità morale operante solo nei soggetti dotati di *libero arbitrio*, tecnicamente di capacità d'intendere e di volere. Nel sistema dualistico alla pena è quindi affidato il compito di reagire a un'offesa, restaurando il senso di giustizia infranto dalla violazione della legge⁵³ (retribuzione

⁵¹ *Ibidem*, pp. 132 e ss.

⁵² *Ibidem*, p. 49.

⁵³ ROCCO A., *Le misure*, cit., p. 39.

giuridica); essa offre una tutela repressiva, tende a eliminare gli effetti di un male avvenuto, è un *malum post malum*⁵⁴.

Le misure di sicurezza si collocano invece tra gli strumenti difensivi o preventivi⁵⁵ e hanno di regola "fini socialmente eliminativi, o curativi e terapeutici, o educativi e correttivi, e talora [...] semplicemente cautelativi"⁵⁶; esse sono dirette a eliminare il rischio di recidiva. E' pur vero che si applicano – al pari delle pene – *post delictum* (non *propter delictum*), ma solo in quanto il reato rappresenta "il sintomo e la prova della pericolosità criminale del suo autore"⁵⁷ e a questa condizione soggettiva – non al fatto – vanno proporzionate. Seppur esse infliggono un male, esse non sarebbero repressive, perché la finalità per la quale il male è inflitto le rende preventive⁵⁸; la coazione da esse imposte non sarebbe psicologica, ma solo fisiologica e fisica⁵⁹.

"Ne risulta un sistema, per cui la pena e la misura di sicurezza si pongono nel Progetto come istituti eventualmente concorrenti, ma nella loro essenza distinti. L'una rimane veramente conseguenza immancabile ed espressione specifica del reato, e, nel momento applicativo, forma di attività tipicamente giurisdizionale; l'altra è, viceversa, funzione di polizia, forma di attività amministrativa, che nel reato, di regola, trova la sua premessa, ma non ne è indispensabile conseguenza. L'una è la sanzione criminale per eccellenza; l'altra non è affatto una sanzione e, tanto meno, una sanzione criminale"⁶⁰.

Al momento dell'emanazione del codice Rocco fu scritto in riferimento alla lotta tra scuola classica e scuola positiva sfociata nel dualismo sanzionatorio che "il tentativo di conciliare l'inconciliabile ha condotto semplicemente all'assurdo"⁶¹. A

⁵⁴ *Ibidem, passim.*

⁵⁵ PETROCELLI B., *La pericolosità*, cit., p. 270.

⁵⁶ *Relaz. min. prog. cod. pen.*, cit., p. 245.

⁵⁷ ROCCO A., *Le misure*, cit., p. 46.

⁵⁸ MANZINI V., *Trattato*, cit., p. 233: "le misure di sicurezza, non avendo carattere di sanzioni giuridiche, non possono quindi avere neppure la natura di quella speciale sanzione giuridica che è la pena. Dalla pena, particolarmente, si distinguono perché non sono punizioni, non hanno funzione repressiva, non sono conseguenze immancabili del reato, ma costituiscono provvedimenti profilattici o cautelativi".

⁵⁹ ROCCO A., *Le misure*, cit., p. 44; *Relaz. min. prog. cod. pen.*, cit., p. 246. *Contra* sulla possibilità per chi subisce un male di distinguere una coazione solo fisica da una anche psicologica, v. MARUCCI A. *Misure*, cit., p. 586.

⁶⁰ *Relaz. min. prog. cod. pen.*, cit., p. 247.

⁶¹ SPIRITO U., *La riforma del diritto penale*, 1926, Roma, p. 26.

ben vedere però l'errore fu esattamente il contrario: non accostare gli inconciliabili orientamenti delle due scuole, ma separare per ragioni ideologiche ciò che è quasi impossibile separare, ossia repressione e prevenzione.

A questo si aggiunga che l'assunto rimane opzione principalmente dogmatica e fatica a tradursi nella pratica: se il punto di partenza è una rigida ideologia, allora lo strumento con cui la si vuole attuare deve seguire rigidamente il dogma. Poiché però il compromesso tra repressione e prevenzione è inevitabile, l'intero sistema – che vorrebbe essere rigido, ma non vi riesce – è in realtà estremamente permeabile alle obiezioni⁶². Questi sono i due vizi di fondo del sistema dualistico, che lo tacciano tutto d'irrazionalità, e questo ha delle conseguenze anche sulla confisca, come vedremo.

Ciascuna delle teorie della pena e gli orientamenti delle due scuole hanno dei pregi e dei difetti.

La teoria retributiva ha il grande vanto di introdurre il principio di proporzionalità nel calcolo della pena; ma è vero che essa – come sostenevano i positivisti – si presenta fredda e poco attenta all'uomo. La teoria della prevenzione generale inserisce il discorso del diritto al ricorso alla pena in un'ottica attenta ai suoi effetti sull'intera società, ma rischia di trattare l'uomo come un mezzo. Le teorie della prevenzione, dell'emenda e della difesa sociale introducono il fondamentale tema della rieducazione del condannato – cui le pene devono tendere *ex art. 27 Cost.* – e s'interrogano non solo su come reagire al reato, ma anche come prevenirlo, rispondendo a esigenze pressanti della società; ma rischiano talvolta di sfociare in un determinismo psico-biologico che non lascia scampo al delinquente e di invaderne

⁶² A seguito dell'entrata in vigore della Costituzione ci si chiese se l'art. 25 comma 3 nel fare esplicito riferimento alle misure di sicurezza avesse costituzionalizzato il sistema dualistico; o meglio, quella parte della dottrina favorevole al suo mantenimento, usò la previsione costituzionale per rispondere negativamente al *refrain* sulla sua abolizione poiché la Costituzione l'avrebbe definitivamente legittimato (Tra cui v. BETTIOL G., *I problemi di fondo*, cit., p. 7, che fornisce così anche l'interpretazione conforme alla volontà del legislatore storico, essendo autore assieme all'on. Leone dell'emendamento confluito nell'art. 25 c. 3 Cost.; CARACCIOLI I., *I problemi generali*, cit., p. 160). Altra parte della dottrina sostenne e sostiene che la Costituzione non renda doveroso il mantenimento del doppio binario, ma dovendosi occupare del principio di legalità si limiti semplicemente a prendere atto del sistema codicistico (Tra cui v. MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 823; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale*, cit., p. 573; MUSCO E., *Misure di sicurezza e pericolosità: profili di riforma*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di VASSALLI G., Milano, 1982, p. 176; PULITANÒ D., *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009, p. 177).

l'inviolabile sfera di libertà morale – le pene non possono consistere in trattamenti contrari al senso di umanità, sempre *ex art. 27 Cost.*

Il difetto comune a tutte è di partire da posizioni ideologiche alle quali non intendono abdicare, restando sospese nel cielo dei concetti e non occupandosi di come la pena effettivamente sia strutturata dal diritto positivo, operando distinzioni astratte (prevenzione/repressione, coazione fisica/psicologica) che nulla hanno a che vedere rispetto a come la pena sia avvertita da chi effettivamente la subisce.

Attualmente la dottrina maggioritaria ritiene che la pena assolva più funzioni⁶³, vuoi ritenendo che esse coesistano⁶⁴, vuoi ritenendo possibile distinguere più fasi all'interno dell'*iter* punitivo e assegnare a ognuna di queste fasi una funzione diversa⁶⁵.

Una spinta verso questo sincretismo l'ha sicuramente portata la Costituzione, che imponendo come fine ultimo la rieducazione del condannato ha inequivocabilmente ricompreso tra le finalità della pena quella della risocializzazione⁶⁶, ossia ciò che nelle parole delle vecchie scuole è emenda e in parte anche prevenzione speciale e ciò che l'idea rigidamente retribuzionista rifiutava. Anche l'art. 133 fa crollare le distinzioni ideologiche, perché se il giudice deve tenere conto nella commisurazione della pena, tanto della gravità del reato (comma 1) quanto della capacità a delinquere (comma 2), significa che quando il giudice calcola la pena – quindi quando essa entra in gioco nella pratica e non nella

⁶³ Rinviano solo ad alcuni importanti manuali di parte generale v.: MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale*, cit., pp. 3 e ss, i quali distinguono tra i criteri che devono guidare il legislatore e quelli che devono guidare il giudice nella concreta irrogazione; MA NTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 719, e PALAZZO F., *Corso di diritto penale, p.te generale*, IV ed., Torino, 2011, p. 38, i quali parlano della pena come di un *mixtum compositum*.

⁶⁴ VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 297. L'illustre autore in tale scritto elaborò la sua nota concezione *polifunzionale* della pena, basata essenzialmente sull'idea che giustizia – repressione – e utilità – prevenzione – fossero inseparabili; la retribuzione, ossia il male per il male, costituirebbe l'essenza stessa della pena, ed essa avrebbe una funzione tanto *repressiva* quanto *preventiva*. All'interno della funzione repressiva troverebbero luogo la restaurazione dell'ordine giuridico violato e la prevenzione generale; all'interno della funzione preventiva, la prevenzione speciale.

⁶⁵ CATTANEO M.A., *Pena (filos.)*, cit., p. 708; DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 78; FIANDACA G., *Sub art. 27 comma 3°*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., PIZZORUSSO A., Roma, 1991, p. 237

⁶⁶ Indipendentemente dai rigurgiti del dibattito tra le due scuole che sorsero proprio con l'art. 27 comma 3 Cost., rispetto al quale ci si chiese in dottrina se il costituente avesse sancito la definitiva vittoria della scuola positiva. Sul tema si rinvia a FIANDACA G., *Sub art. 27 comma 3° Cost.*, cit., pp. 222 e ss.; ROSSI P., *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1953, pp. 182 e ss.

teorica – egli guarda tanto al *quia peccatum est* quanto al *ne peccetur*. La distinzione rigida tra prevenzione e repressione è pertanto considerata oggi un po' desueta, e questo ha notevole influenza – come avremo modo di verificare in chiusura del presente capitolo – sulla natura giuridica della confisca.

Le misure di prevenzione in senso stretto (intendendosi con ciò quelle misure che si applicano *ante delictum*) si collocano al di fuori di questa diatriba.

Con tale termine s'intendono misure che vengono applicate a seguito di una prognosi di pericolosità criminale per neutralizzare la possibilità che determinati soggetti – ritenuti pericolosi dalla legge per specifiche condizioni soggettive – commettano in futuro dei reati.

Come le misure di sicurezza rientrano – usando un termine caro ai positivisti – nei *sostitutivi penali*, ossia in quelle misure positive e/o negative che hanno come presupposto un accertamento di carattere individuale circa la commissione di un reato o circa l'esistenza di una situazione soggettiva di pericolosità penale e analogamente a quelle perseguono finalità di prevenzione speciale⁶⁷; a differenza delle misure di sicurezza però, non presupporrebbero la precedente commissione di reati⁶⁸. Tale ultima espressione è stata autorevolmente criticata in quanto tendenzialmente ma non sempre vera⁶⁹; vi sarebbero dei casi in cui le misure sono applicate in presenza di fattispecie indiziarie o di sospetto che lasciano supporre condotte criminose non sufficientemente provate⁷⁰, e sarebbero pertanto più corretto parlare di misure che prescindono "dall'accertamento giudiziale della commissione di un reato"⁷¹.

Sono ritenute strumento di prevenzione speciale e di riadattamento sociale, ma anche quest'ultima caratteristica è stata criticata, perché molte delle misure di

⁶⁷ NUVOLONE P., *Relazione introduttiva*, in *Le misure di prevenzione – Atti del convegno tenutosi ad Alghero nel 1975*, Milano, 1975, p. 19. La Corte Costituzionale nella sent. n. 177/1980 ha in proposito affermato che possono essere considerate "specie di un unico *genus*".

⁶⁸ CARACCIOLI I., *I problemi generali*, cit., pp. 204 ss. Si veda sul punto la posizione di VASSALLI G., *Misure*, cit., p. 1623, che ritiene le misure di sicurezza strumenti di difesa repressiva o *post-delictum*, le misure di prevenzione strumenti di difesa preventiva prossima o diretta *ante-delictum*.

⁶⁹ BRICOLA F., *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali delle misure di prevenzione*, in *Le misure di prevenzione – Atti del convegno tenutosi ad Alghero nel 1975*, Milano, 1975, p. 32.

⁷⁰ Un caso è proprio la confisca, ma si veda anche l'art. 1 della stessa l. antimafia 575/1965 e i nn. 2, 3, 4 della l. n. 1423/1946: si tratterebbe di stati soggettivi non puniti come reati perché manca la prova, sostituita dalla "notorietà", dall'"opinione".

⁷¹ BRICOLA F., *Forme*, cit., p. 33.

prevenzione (ad es. il foglio di via obbligatorio) sono destinate più allo sradicamento e all'allontanamento dell'individuo dalla comunità sociale, che a un suo inserimento nella stessa⁷²; sarebbero da considerarsi più che altro strumenti di *difesa sociale*.

Come si vede già da questi primi accenni al ruolo delle misure di prevenzione nel contrasto alla criminalità, si tratta di un istituto particolarmente discusso: vi è un forte movimento dottrinale che nega con decisione la legittimità costituzionale *tout court* della prevenzione *ante delictum*⁷³⁻⁷⁴, altri autori che – pur criticandone la disciplina attuale – ne sostengono la doverosità costituzionale⁷⁵.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ La tesi negativa parte dal binomio art. 13/art. 25 Cost. Il primo non sarebbe norma *in bianco* ma ausiliaria, ossia "servente a norme sostanziali della Costituzione che stanno al di fuori di esso"(così ELIA L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 Cost.*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 949.); ossia norma processuale che stabilisce una riserva di giurisdizione e di stretta legalità qualora vengano disposte restrizioni alla libertà personale per finalità considerate legittime da altri articoli della Costituzione attraverso il classico bilanciamento. Se l'art. 13 fosse considerato un contenitore vuoto, esso potrebbe essere riempito delle finalità più disparate e più in antitesi con la Costituzione stessa: sarebbe paradossale se il costituente "dopo aver affermato nell'esordio dell'art. 13, il carattere inviolabile della libertà personale, ne [avesse] poi autorizzato la restrizione per qualsiasi finalità!"(così BRICOLA F., *Forme di tutela*, cit., p. 66). Una delle disposizioni sostanziali della Costituzione nella quale rinvenire il fondamento di restrizioni alla libertà personale sarebbe l'art. 25 Cost., che vieta limitazioni della libertà personale al di fuori della commissione di reati: per sole esigenze di prevenzione e fuori delle pena e della misura di sicurezza, non è possibile limitare la libertà personale (TAGLIARINI F., *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in *Le misure di prevenzione – Atti del convegno tenutosi ad Alghero nel 1975*, Milano, 1975, p. 370). Gli artt. 13 e 25 metterebbero pertanto "un tappo" alla possibilità di prevedere restrizioni alla libertà personale per esigenze di tutela della collettività dalla criminalità, nel senso che fuori dai fini propri dell'art. 25 non sarebbe possibile ricorrere all'art. 13. Non solo la Costituzione non offrirebbe alcun asilo alle misure di prevenzione, ma conterrebbe chiare indicazioni di segno opposto: "la presunzione di non colpevolezza sancita dall'art. 27 bandisce dal nostro ordinamento ogni fattispecie di sospetto e attribuisce al giudice il monopolio dei giudizi di colpevolezza, e, più in generale, di demerito sociale"(così CORSO G., *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di FIANDACA G., COSTANTINO S., Milano, 1986, p. 140).

⁷⁴ Le misure *praeter delictum* sono state aspramente criticate anche sotto il diverso aspetto della loro efficacia. Si è evidenziata la *spirale* criminogena che quasi sicuramente intraprenderà il soggetto sottoposto a misura di prevenzione le prescrizioni inerenti alle misure sarebbero a tal punto inesigibili da condurlo necessariamente a infrangerle, commettendo un reato di creazione poliziesca e cristallizzando così la sua supposta pericolosità in responsabilità. (BRICOLA F., *Forme di tutela*, cit., p. 41; PETRINI D., *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996, p. 193; STORTONI L., *Profili costituzionali delle fattispecie penali previste dalla legge 27 dicembre 1956 n. 1423*, in *Le misure di prevenzione – Atti del convegno tenutosi ad Alghero nel 1975*, Milano, 1975, p. 341). Basterebbe evidenziare gli innegabili effetti criminogeni del soggiorno obbligato degli indiziati di appartenere ad associazioni mafiose, che, lungi dall'eliminare una situazione di pericolo l'ha estesa ad aree del paese immuni, per negarle cittadinanza (v. in particolare FIANDACA G., *Misure*, cit., pp. 117–118). La critica relativa all'efficacia è a sua volta – mi scuso per il gioco di parole – efficace, poiché contrasta l'assunto più spesso ripetuto per giustificare le misure di prevenzione, e cioè che esse sarebbero *necessarie*. Poiché ogni intervento sulla libertà personale è lesivo di un bene giuridico individuale *invioleabile* quale la libertà personale, e tale ferita è ancor più bruciante se viene inferta senza che sia stato compiuto un reato e prima che vi sia stato un accertamento giudiziale, effettuare una valutazione d'efficienza delle misure di prevenzione può

4. Lo statuto speciale della confisca. Critica alla qualificazione legislativa come misura di sicurezza

La collocazione della confisca nell'alveo delle misure di sicurezza operata dal legislatore del 1930 è foriera di non poche conseguenze derivanti dal particolare binario percorso da queste rispetto alle pene. Tale collocazione è dovuta al comune oggetto di queste misure, ossia la *pericolosità*, contrapposta ideologicamente alla *responsabilità*, oggetto delle pene. Ma, come si avrà modo di notare nelle prossime pagine, esistono numerosi elementi di divergenza tra il regime applicativo delle misure di sicurezza e quello della confisca, che rendono quest'ultima un'estranea rispetto alle altre misure di sicurezza e la connotano come vera e propria *sanzione*.

Una delle prime conseguenze della qualificazione nel senso di misura di sicurezza riguarda il principio d'irretroattività.

Se per quanto riguarda il principio di legalità il trattamento riservato alle misure di sicurezza è identico a quello riservato alle pene⁷⁶ – "Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge" (art. 25 co. 3 Cost.) e "Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dei casi dalla legge stessa preveduti" (art.

sfociare in una valutazione sulla loro legittimità perché così facendo si opera un calcolo *costi/benefici* o, per usare una terminologia da costituzionalisti, un *bilanciamento* tra interessi costituzionalmente rilevanti.

E' pertanto necessario chiedersi: se la misura di prevenzione è idonea al fine che si è prefissa; se essa è necessaria, ossia se non esista una misura più mite che può raggiungere lo stesso fine; se è proporzionata al fine che intende raggiungere (PETRINI D., *La prevenzione inutile*, cit., p. 266). Solo qualora tali parametri siano soddisfatti il sacrificio della libertà personale può dirsi giustificato; altrimenti diventa una lesione inutile che maschera intenti vessatori, ed è forse sotto questo parametro che le misure di prevenzione andrebbero vagliate per verificarne la loro legittimità costituzionale.

⁷⁵ NUVOLONE P., *Relazione introduttiva*, in *Le misure di prevenzione – Atti del convegno tenutosi ad Alghero nel 1975*, Milano, 1975, p. 16; ID., *Misure*, cit., p. 634. Per tale autore compito fondamentale dello Stato sarebbe quello di prevenire la commissione dei reati perché solo così si tutelerebbero adeguatamente i diritti inviolabili dell'uomo che ex art. 2 Cost. la Repubblica deve garantire; la prevenzione sarebbe coperta anche dall'art. 25 (che ammetterebbe restrizioni alla libertà personale per finalità di prevenzione) e dall'art. 13 (disposizione caratterizzata dal c.d. "vuoto dei fini" che ammetterebbe da un punto di vista generale – quindi non solo in riferimento alla carcerazione preventiva – restrizioni alla libertà personale se decise dall'autorità giudiziaria e nei casi tassativamente indicati dalla legge).

⁷⁶ Sul punto vi è unanimità in dottrina. V. *ex multis* ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 12. Conferme si traggono anche dalla relazione ministeriale, p. 251: "Tale principio importa che ogni attività di sicurezza pubblica debba trovare nella legge il suo concreto riconoscimento e la sua misura: in guisa che debba la legge determinare la specie di misure di sicurezza applicabili e debba, altresì, la legge tassativamente indicare i casi nei quali tali provvedimenti possono o debbono essere adottati".

199 c.p.) – diverso è lo *status* assegnato alle misure rispetto a un altro principio cardinale in materia di sanzioni penali, quello d'irretroattività⁷⁷. L'art. 25 co. 2 della Costituzione sancisce il diritto di ogni uomo, cittadino o straniero ("nessuno"), a non essere *punito* in virtù di una legge entrata in vigore dopo il fatto da lui commesso. L'art. 200 c.p. prevede, al comma 1, che le misure di sicurezza siano regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione e il comma 2 aggiunge che se la legge vigente nel momento della loro esecuzione è diversa, si applica quest'ultima.

Proprio l'esautorazione del principio d'irretroattività riguardo alla confisca è uno degli elementi che rende lo *status* delle misure di sicurezza appetibile veicolo di elusione delle garanzie costituzionali e sovranazionali dettate in riferimento alle pene.

Tali previsioni sono fortemente criticate da parte della dottrina, che ne dà un'interpretazione restrittiva e – secondo questi autori – costituzionalmente orientata. In particolare alcuni autori ritengono che il legislatore non possa prevedere l'applicazione retroattiva di una misura di sicurezza a un fatto per il quale la misura non fosse prevista, e che quindi la retroattività valga solo se il legislatore muti le modalità esecutive in senso sfavorevole⁷⁸. A prescindere dalla soluzione che s'intende accogliere, ci si limiti per il momento a verificare se all'interno di tale sistema sia coerente l'inquadramento della confisca.

Quale la ragione logica della mancata estensione del principio d'irretroattività alle misure di sicurezza?

Essa viene tendenzialmente giustificata con la considerazione che la pericolosità sociale è uno stato mutevole nel tempo, a differenza della responsabilità penale che è scolpita dall'accertamento giudiziale, e dovrebbe pertanto essere pienamente riconosciuta al legislatore la possibilità di prevedere misure di sicurezza più gravi per fenomeni di pericolosità che destino in epoche diverse un diverso allarme sociale, tenuto conto che la pericolosità sociale del sottoposto a misura di sicurezza è tenuta sotto costante osservazione, e quindi sarebbe pienamente possibile rispondere a un suo aumento o a un suo affievolimento, adeguando volta a volta la

⁷⁷ La Corte costituzionale nella sent. 53/1968 ha peraltro confermato la legittimità del diverso statuto riservato alle misure di sicurezza; su questa sentenza si v. il cap. III.

⁷⁸ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 809; PALAZZO F., *Corso di diritto penale*, cit., p. 580; PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., p. 666. Del principio d'irretroattività si tratterà nel capitolo III.

misura di sicurezza⁷⁹. Proprio per queste ragioni l'art. 200 c.p. distingue *l'applicazione* – ossia il momento nel quale il giudice dispone la misura – *dall'esecuzione* – la vigenza della misura – rendendo possibile disporre una misura più o meno grave sulla base delle esigenze di profilassi criminale dopo una prognosi sulla pericolosità del sottoposto.

L'applicazione di questa regola alla confisca però "scricchiola"; essa presuppone infatti una distinzione tra applicazione ed esecuzione della misura, ossia presuppone misure *diacroniche*. La confisca al contrario è misura tipicamente *istantanea*⁸⁰: una volta che il bene è incamerato dallo Stato, essa non produce più alcun effetto. Si registra così un prima stonatura tra la confisca, le altre misure di sicurezza e il regime a esse applicabile.

Seconda stonatura che si verifica tra la confisca e le altre misure di sicurezza riguarda la pericolosità. Presupposti per l'applicazione di una misura di sicurezza sono (art. 202 c.p.) la commissione di un reato o di un quasi-reato e la pericolosità sociale, ossia (art. 203 c.p.) il rischio di recidiva, desunto dall'art. 133 c.p.; tale ultimo presupposto è chiaramente escluso riguardo alla confisca dall'art. 236 c.p., la quale pertanto si applica a prescindere dalla pericolosità. Manca pertanto nella confisca quell'elemento peculiare che discrimina le misure di sicurezza in quanto strumenti di prevenzione rispetto alle pene repressive e rende possibile una loro considerazione unitaria.

L'affrancamento della confisca da qualsivoglia prognosi circa il futuro comportamento del reo è inoltre testimoniato dalla possibilità per il giudice (art. 164 comma 3 c.p.) di disporla contestualmente alla sospensione condizionale della pena⁸¹. Poiché quest'ultima viene concessa quando la valutazione sulla pericolosità del condannato è negativa, la regola è per l'incompatibilità tra applicazione di una misura di sicurezza e concessione del beneficio; e questo segna un ulteriore punto di distacco tra la confisca e le altre misure di sicurezza.

Coerentemente con questi rilievi, giustamente parte della dottrina ritiene inappropriata la qualificazione legislativa della confisca come misura di sicurezza e

⁷⁹ V. MANZINI V., *Trattato*, cit., p. 240 e C. Cost. 196/2010.

⁸⁰ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 12.

⁸¹ Il rilievo poi ripreso da altra parte della dottrina si deve inizialmente ad ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 15.

ne sostiene la natura *sanzionatoria*⁸²; volendo recuperare una distinzione spesso ripetuta dagli autori meno recenti favorevoli all'istituzione del doppio binario⁸³, essa non perseguirebbe scopi di *utilità* (propri delle misure di sicurezza), ma scopi di *giustizia* (propri delle pene), poiché il fine non è la profilassi criminale, ma principalmente evitare che colui che ha commesso un reato conservi le utilità che ne ha tratto o mantenga impunemente gli strumenti con cui lo ha commesso.

A tali argomenti la dottrina che si mantiene fedele alla qualificazione legislativa della confisca come misure di sicurezza, replica introducendo l'aleatorio concetto di pericolosità della cosa⁸⁴, figlio della necessità di scovare anche nella confisca tracce del concetto di pericolosità per poterla considerare non solo formalmente misura di sicurezza. A ben vedere, però, tale concetto costituisce una vera e propria *creazione* dottrinale, poiché esso non compare in alcuna norma ed è solo oggetto di un ambiguo accenno nella relazione ministeriale⁸⁵.

Il fondamento normativo di questo supposto requisito – di cui si è già discusso⁸⁶ – è quindi assai debole. Si ricordi inoltre che è fortemente criticato poiché si ritiene che il potenziale criminale non possa che essere valutato in relazione alla persona. L'orientamento prevalente precisa invero che la pericolosità nel caso delle confisca sarebbe derivante dalla relazione *res-reo*⁸⁷: la cosa sarebbe una scintilla che accende nel delinquente la miccia della delinquenza.

Nonostante ciò, la giurisprudenza è nettamente orientata nel senso di rispettare la qualificazione della confisca prevista dall'art. 240 c.p. offerta dal legislatorie. Tuttavia a sfogliare alcune sentenze, si ha la netta impressione che l'affermazione circa la trasmissione – quasi si trattasse di un virus – della pericolosità dalla cosa al soggetto sia più una clausola di stile che un'argomentazione

⁸² ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., *passim*; ARDIZZONE U., *Appunti in tema di confisca*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, pp. 254 e ss.; GRASSO G., *Sub art. 240*, cit., pp. 521 e ss.; IACCARINO C.M., *La confisca*, cit., *passim*; MANZINI V., *Trattato*, cit., pp. 383 e ss. Le posizioni di questi autori si differenziano però perché taluno la considera sanzione *sui generis* (Manzini), altri pena accessoria (Iaccarino), altri sanzione amministrativa (Ardizzone).

⁸³ *Ex multis* ROCCO A., *Le misure*, cit., p. 45.

⁸⁴ CARACCIOLI I., *I problemi*, cit., p. 144, il quale pur riconosce che la confisca si distacchi dalle altre misure di sicurezza per il mancato riferimento alla pericolosità; GUARNERI G., *Confisca*, cit., p. 40; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 838; MASSA O., *Confisca*, cit., pp. 981 e ss.

⁸⁵ *Relaz. min. prog. cod. pen.*, cit., p. 245 "cose che [...] mantengono viva l'idea e l'attrattiva del reato".

⁸⁶ *Supra*, cap. I, par. 1.5.

⁸⁷ In particolare cfr. MASSA O., *La confisca*, cit., p. 983.

dedotta da un attento esame del rapporto reo-cosa⁸⁸; e inoltre che il riferimento alle intenzioni del legislatore storico sia effettuato per dare autorevolezza all'inquadramento in mancanza di un dato normativo forte in tal senso.

Ancora, per giustificare in qualche modo l'inquadramento della confisca tra le misure di sicurezza, si è affermato in dottrina che essa pur rispondendo alla duplice finalità di *prevenzione* (sottrarre all'agente ciò che potrebbe costituire un incentivo per nuovi reati) e *repressione* (evitare che l'agente possa godere del frutto del reato commesso), sarebbe collocata esattamente poiché la prima sarebbe prevalente⁸⁹; similmente in giurisprudenza si è detto che essa, pur risolvendosi quanto a effetti pratici in una sanzione pecuniaria, svolge una funzione cautelare ed è quindi misura di prevenzione⁹⁰.

Queste argomentazioni non scalfiscono però – a giudizio di chi scrive – gli inequivocabili dati normativi che spingono verso la qualificazione come *sanzione*; che tutte le pene perseguono fini di repressione e prevenzione è un'ovvietà, poiché le due funzioni non possono essere separate nettamente, come invece il legislatore ha inteso fare introducendo il doppio binario. Una volta però che si riscontri che la confisca persegue scopi *anche* repressivi, tale premessa va portata alle sue conseguenze necessarie circa la natura (per lo meno) *anche sanzionatoria* dell'ablazione. Non è possibile pertanto continuare a sostenere che la finalità preventiva è prevalente solo perché il legislatore l'ha inquadrata tra le misure di sicurezza che dovrebbero – il condizionale è d'obbligo – avere finalità preventiva: questa è un'argomentazione tautologica, perché la premessa (ossia che la qualificazione è corretta perché la natura è preventiva) diventa argomentazione a sostegno della tesi che si vorrebbe dimostrare.

Insomma, delle due l'una: o si riconosce che la confisca *ex art.* 240 ha anche natura repressiva, e se ne traggono le conseguenze circa la sua natura (non potendosi

⁸⁸ Cfr. Cass. pen., SS. UU., 22 gennaio 1983 (dep. 26 aprile), Marinelli, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1737 e Cass. pen., SS. UU., 22 gennaio 1983 (dep. 26 aprile), Costa, in *Cass. pen.*, 1983, p. 1742. In queste due sentenze vi sono dei passi identici parola per parola. E' pur vero che l'udienza si tenne nello stesso giorno e che medesimo fu il relatore ma qui si vorrebbe parlare di pericolosità, che non può che essere soggettiva.

⁸⁹ CACCIAVILLANI I., GIUSTOZZI R., *Sulla confisca*, cit., pp. 462 e ss; GULLO D., *La confisca*, cit., pp. 41–42.

⁹⁰ Le due sentenze citate alla nota 88.

sostenere in contrario che l'afflizione derivante dalle misure di sicurezza sarebbe solo fisica e non psicologica⁹¹); oppure si rimane ancorati alla qualificazione come misura di sicurezza e da questa si trae per fedeltà – che appare preconcepita – la natura preventiva della confisca.

Sussistono poi ulteriori elementi che segnano ulteriormente la discontinuità con il profilo contenutistico delle altre misure di sicurezza.

E' stato giustamente notato che il legame tra la confisca e la sentenza di condanna (o provvedimento equiparato) – sciolto solo per le cose intrinsecamente criminose⁹² – dimostra come presupposto dell'ablazione sia la concreta punibilità del reo e non la sua pericolosità⁹³; è per questo che la misura non verrà disposta in caso di quasi reato.

Si tratta di un ulteriore elemento differenziale rispetto alle altre misure di sicurezza che invece si applicano *ex art.* 205 c.p. tanto in caso di condanna quanto in caso di proscioglimento: il loro presupposto difatti non è la responsabilità per un illecito, ma la pericolosità sociale⁹⁴.

Ciò dimostra che si tratta di strumento con cui *punire* un fatto previsto dalla legge come reato e accertato in quanto tale, più che per prevenire la pericolosità – anche oggettiva – la quale sussiste ugualmente nei confronti di un soggetto non punibile.

Anche la possibilità di disporre la confisca col decreto penale di condanna ne segna l'eccentricità, poiché si tratta di rito che il legislatore non ritiene adatto a contenere valutazioni sul comportamento futuro del reo, come dimostra del resto l'espresso divieto di disporre una misura di sicurezza detentiva nell'ambito di questo procedimento speciale⁹⁵.

⁹¹ Come sostiene autorevole dottrina citata alla nota 59.

⁹² V. *supra* par. 1.3.1. del capitolo I;

⁹³ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 14.

⁹⁴ Tanto che i soggetti dai quali nasce il dibattito che porta alla previsione delle misure di sicurezza erano proprio i non imputabili e i semi-imputabili, non dotati – secondo le vecchie scuole – di libero arbitrio, quindi non responsabili moralmente quindi non punibili; anche alla luce di questo la confisca fuoriesce dal paradigma delle altre misure di sicurezza poiché non si applica in caso di quasi-reato, classica occasione in cui si può ravvisare la pericolosità ma non la punibilità. E' una misura diretta ai *responsabili*, non ai *pericolosi*, e questo ne accresce la natura di sanzione.

⁹⁵ ALESSANDRI A., *op. loc. cit.*, p. 15

Infine, la competenza per l'esecuzione della confisca dopo la sentenza di condanna o di proscioglimento spetta al giudice dell'esecuzione, non al magistrato di sorveglianza come per le altre misure, e inoltre l'impugnazione dei capi di sentenza relativi alla confisca si propone con le regole ordinarie (art. 579 c.p.p.), a differenza delle altre misure di sicurezza per le quali la competenza è della Corte d'appello in sede di sorveglianza⁹⁶.

A ben vedere poi, è la fragilità stessa del doppio binario a rendere fragile la classificazione della confisca codicistica come misura di sicurezza. Il sistema dualistico è fragile perché fragile è la dicotomia tra repressione e prevenzione su cui è ideologicamente retto: il compromesso tra le due finalità è inevitabile. Tale debolezza è ancora maggiore poiché nel codice alla premessa ideologica non seguono le necessarie conseguenze: le misure di sicurezza dovrebbero incentrarsi quanto a presupposto esclusivamente sulla pericolosità, non sulla punibilità, quanto a modalità esecutive sulla prevenzione, non sulla repressione. Poiché questo non si verifica, ma è parzialmente inevitabile che non avvenga perché è difficile che le due finalità non confluiscono, la confisca, come altre misure di sicurezza⁹⁷, persegue una finalità repressiva.

Quella che si può muovere al legislatore del 1930 è in fin dei conti un'obiezione d'incoerenza, rispetto all'istituzione del sistema dualistico e rispetto

⁹⁶ V. GRASSO G., *Sub art. 240*, cit., p. 524.

⁹⁷ I maggiori strali della dottrina li guadagnano le misure di sicurezza detentive nei confronti degli imputabili: se il sistema si potrebbe giustificare nei confronti dei soggetti non imputabili ma pericolosi, come spiegare razionalmente la sottoposizione a colonia agricola o a casa di lavoro di chi sia già stato sottoposto a reclusione, se le modalità esecutive delle due misure sono pressoché identiche tanto che la l. ord. penit. estende all'internato la disciplina prevista per l'esecuzione della misura detentiva. Si veda – come rileva MARUCCI A., *Sulle sanzioni – pene e misure di sicurezza*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di VASSALLI G., Milano, 1982, p. 167 – l'art. 20 della l. ord. penit. n. 354/1975: "Il lavoro è obbligatorio per i condannati e per i sottoposti alle misure di sicurezza della colonia agricola e della casa di lavoro". Parte della dottrina le classifica pertanto vere e proprie *pene a tempo indeterminato*, pertanto incostituzionali (v. MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale*, cit., p. 573; MUSCO E., *Misure di sicurezza e pericolosità*, cit., p. 173). La Costituzione ha decisamente influito sul dibattito relativo alle misure di sicurezza: l'art. 27 comma 3 impone il finalismo rieducativo della pena e secondo parte considerevole della dottrina ciò comporterebbe che la pena usurpi parzialmente il ruolo che il doppio binario attribuisce alle misure di sicurezza (v. ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, p.te generale*, XVI ed., Milano, 2003, p. 835; MARUCCI A., *Misure*, cit., p. 586; PELUSO C., *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. penal.*, Torino, 1994, cit., p. 149). Parte della dottrina risponde che la rieducazione riguarderebbe la pena solo nella sua esecuzione, non nella sua finalità. (v. BETTIOL G., *I problemi di fondo*, cit., p. 7; ma tale A. è ancorato a una concezione rigidamente retribuzionista della pena).

soprattutto – che è la questione che più ci interessa – alla fisionomia assunta dalla confisca.

In conclusione, una serie di elementi devono indirizzare l'interprete a ritenere che già la confisca contenuta nell'art. 240 c.p. non sia nella sostanza una misura di sicurezza, ma una vera e propria *sanzione*. Tali elementi – che sono l'istantaneità della misura, la mancanza di prognosi di recidiva per la sua applicazione, la possibilità di disporla contestualmente alla sospensione condizionale, il suo legame con la condanna e la possibilità di disporla all'esito di uno dei procedimenti speciali previsti dal codice di procedura – riducono notevolmente il tessuto comune tra la confisca e le altre misure di sicurezza. E inoltre, il che potrebbe apparire paradossale, ruotano attorno a una *marginalizzazione* della pericolosità quale elemento fondante della confisca, mentre essa dovrebbe costituire il perno della confisca come delle altre misure di sicurezza. Il paradosso però si scioglie se ci si stacca dal cordone ombelicale della qualificazione legislativa e da questi tratti differenziali se ne deriva che la confisca già nell'impianto del codice del 1930, non è strumento di contrasto della pericolosità sociale, ma mezzo con cui *punire* un fatto pregresso, quindi vera e propria *sanzione*.

5. Il patriarca è ormai tramontato: le tendenze nella legislazione *extra art. 240*

Studiando le diverse ipotesi di confisca di cui è costellato il nostro ordinamento, è inevitabile avvertire la perdita di vitalità della confisca classica prevista dall'art. 240 c.p.

Le applicazioni giurisprudenziali più cospicue, le discussioni dottrinali più accese e gli interventi degli organi di legittimità più rilevanti interessano negli ultimi decenni quasi esclusivamente le forme moderne di confisca: la confisca per equivalente, allargata, di prevenzione e le altre ipotesi collocate nella parte speciale del codice o al di fuori di esso.

Si tratta di un processo – che potremmo definire di *decodificazione* – che investe tutto il codice e la perdita della centralità di questo a garanzia del cittadino⁹⁸; ma è un tramonto che getta ombra soprattutto sulla confisca anche come punto di riferimento per le nuove ipotesi di ablazione.

La collocazione della confisca operata dal legislatore tra le misure di sicurezza porta spesso – vuoi per fedeltà al codice, vuoi per sfruttare lo statuto meno garantista delle misure di sicurezza – dottrina e giurisprudenza a veicolare l’eterno ritorno della qualificazione come *misure di sicurezza* anche per le nuove ipotesi di confisca⁹⁹. Ma se all’inappropriatezza – o quanto meno all’incoerenza – della qualificazione come misura di sicurezza della confisca classica si aggiunge la difficoltà di ricondurre le ipotesi di confisca comparse nella parte *extra codicem* a un paradigma unitario e il fatto che in tali nuove forme di confisca l’aspetto sanzionatorio sia ulteriormente accentuato, il risultato non può che essere la radicale *inadeguatezza* della qualificazione come misure di sicurezza delle ipotesi di confisca *post codicem*.

La vanità dello sforzo di cucire addosso alle nuove ipotesi la veste di misura di sicurezza è dimostrata da alcune tendenze comuni in esse riscontrabili; tendenze il cui comune denominatore è la particolare aggressività nei confronti delle ricchezze accumulate grazie al reato – principalmente il profitto, nei confronti del quale la confisca classica mostra particolarmente i suoi limiti¹⁰⁰ – ma che si presentano in modo disorganico nella legislazione¹⁰¹. Tali pulsioni sono inequivocabilmente indice della natura *sanzionatoria* delle ipotesi di confisca *extra codicem*.

Prima fra queste tendenze è il passaggio che inesorabilmente si verifica dalla facoltatività all’obbligatorietà dell’ablazione, che caratterizza tutte le ipotesi di confisca trattate nel capitolo I.

⁹⁸ Il tema sarebbe molto più ampio, e l’esigenza di un nuovo codice penale viene spesso motivata non solo con l’esigenza di adeguamento ai tempi, ma anche alla Costituzione; che si tratti comunque di un tema "caldo", lo dimostrano i numerosi tentativi di progettare e introdurre un nuovo codice. Per citare solo i più recenti, quello della commissione Pagliaro (1988), della commissione Grosso (1999), del progetto Riz (1999), della commissione Nordio (2002) e della commissione Pisapia (2006).

⁹⁹ Tentativo che viene compiuto soprattutto dalla giurisprudenza; sul punto *infra* par. success.

¹⁰⁰ V. cap. I, par. 2.

¹⁰¹ Tutta la dottrina è critica nei confronti della disarmonia della legislazione in tema di confisca *extra codicem*; *ex multis* FORNARI L., *Criminalità del profitto*, cit., pp. 29 e ss.

La motivazione di questo distacco dal regime previsto dall'art. 240 c.p. potrebbe essere una rinnovata e aggravata valutazione di pericolosità per i beni che risultino connessi con determinati reati (l'associazione di tipo mafioso, l'usura, il contrabbando, etc.). Ma quest'orientamento pone un interrogativo: poiché sfocia in considerazioni sulla personalità del reo – è sempre su costui che va valutato l'influsso "emotivo" del bene – che la legge non prevede, allora è da pensare che s'introduca una sorta di presunzione di pericolosità basata sull'idea che il delinquente non potrà che delinquere nuovamente¹⁰². Poiché però questo importerebbe una presunzione di pericolosità che non può essere accettata e poiché la prognosi di pericolosità nulla ha a che fare – secondo quanto detto in precedenza – con la confisca, la ragione va trovata altrove¹⁰³.

Rendere sempre operante la confisca significa far sì che essa scatti ogni qual volta venga pronunciata condanna per il reato per il quale essa è prevista, significa, insomma, far sì che essa acceda *necessariamente* alla sentenza di condanna. Essa diviene allora componente essenziale dell'apparato sanzionatorio previsto per una determinata incriminazione, rimessa non più al libero apprezzamento giudiziale, ma inscritta nella minaccia legale stessa; se si accetta la tesi per cui all'interno dell'*iter* punitivo il compito di prevenzione *generale* è svolto principalmente dalla minaccia legale per un dato comportamento¹⁰⁴, ne consegue che la confisca assume così la fisionomia di una vera e propria *pena*, che attraverso la coazione psicologica mira a far sì che i consociati si astengano da un determinato comportamento.

L'intimidazione è difatti elemento estraneo alle misure di sicurezza, che dovrebbero avere a oggetto la sola prevenzione *speciale*.

Seconda caratteristica comune è il progressivo allentamento del nesso di derivazione causale che deve legare i beni – anche qui, in particolar modo il profitto – al reato: dapprima si concede la possibilità di confiscare il reimpiego (per i

¹⁰² Le presunzioni di pericolosità sociale sono state più volte oggetto di giudizio da parte della corte Costituzionale. Nelle sentenze più remote ritenute legittime (sent. n. 19/1966), quindi ammesse se razionalmente fondate sull'*id quod plerumque accidit* (v. sent. 1/1971 e 110/1974), infine giudicate illegittime (*ex multis*, sent. 1/1971 e 139/1983). Oggi sono sparite definitivamente dal codice penale (l. 663/1986 che ha abrogato l'art. 204 c.p.), anche se talune presunzioni di pericolosità sembrano ancora sussistere nel nostro ordinamento, anche per creazione giurisprudenziale, soprattutto nei confronti dei condannati per delitti di mafia. Cfr. cap. I, par. 6.2.2. e in particolare le note 392 e 395.

¹⁰³ Cfr. LUNGHINI G., MUSSO L., *La confisca*, cit., p. 15.

¹⁰⁴ V. CATTANEO M.A., *Pena (filos.)*, cit., p. 705.

condannati *ex art. 416 bis c.p.*), poi si consente la confisca per l'equivalente, (delitto di usura, art. 322 *ter* e verso gli enti) e infine si elimina drasticamente ogni riferibilità – né s'intende cercarla – dei beni oggetto d'ablazione al reato per cui è pronunciata condanna (nelle confische allargate).

La confisca punta i suoi occhi pertanto nei confronti più del suo soggetto passivo che nei confronti del suo oggetto, perché è più rilevante che il bene appartenga a quel *soggetto* piuttosto che sia il frutto di quel *reato*. A prescindere dal fatto che questo spostamento d'asse sgombra definitivamente il campo da ogni discorso sulla pericolosità oggettiva – perché non si confisca più un bene che derivando dal reato ne manterrebbe viva l'idea e l'attrattiva – la novità rimarca la funzione *punitiva* della confisca.

Le due tendenze comuni insistono a ben vedere proprio su quegli elementi che giustificherebbero – secondo la dottrina fedele alla qualificazione del codice – la natura di misura di sicurezza della confisca: facoltatività e nesso di derivazione causale della cosa dal reato. La prima infatti consentirebbe la prognosi di pericolosità del reo, il secondo permetterebbe di riferirsi all'influenza che il bene illecito avrebbe sulla motivazione a delinquere nuovamente del reo. Spariti anche questi, la classificazione come misura di sicurezza sgombra il campo a quella di *sanzione penale*.

Per evitare però confuse generalizzazioni, è bene passare in rassegna le diverse ipotesi speciali di confisca analizzate nel capitolo I alla luce del dibattito dottrinale sulla loro natura giuridica; si avrà modo così di verificare come quasi tutte vengano considerate sanzioni.

La confisca obbligatoria prevista dall'art. 416 *bis* comma 7 viene considerata dalla dottrina avente funzione general-preventiva e pertanto classificata tra le *pene accessorie*¹⁰⁵, per la funzione d'intimidazione generale che fuoriesce dai compiti tradizionalmente riservati alle misure di sicurezza.

Nei confronti della confisca prevista per il reato di contrabbando non vi è unanimità di vedute, anche se l'obbligatorietà dell'ablazione è chiaro indicatore

¹⁰⁵ FIANDACA G., *Commento*, cit., p. 267; GIALANELLA A., *Patrimoni*, cit., p. 38; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 839; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 446; SPAGNOLO G., *L'associazione*, cit., p. 187; TURONE G., *Problematiche*, cit., p. 8, e gli altri autori citati alla nota 122 del capitolo precedente.

della natura *punitiva* della misura¹⁰⁶. Non si può che sottoscrivere in questo contesto quanto affermato da un commentatore: "dire che esiste una confisca preventiva solo perché il c.p., inesattamente, ha collocato la confisca tra le misure di sicurezza, che hanno carattere preventivo; dire che la confisca discende da un esame di pericolosità della cosa solo perché le misure di sicurezza personali derivano dalla pericolosità delle persone [...] significa accostare l'inaccostabile"¹⁰⁷.

La confisca disposta dal giudice penale avente a oggetto le costruzioni abusivamente eseguite, è sempre stata considerata prevalentemente *sanzione amministrativa reale*; poiché tale qualificazione si deve alla giurisprudenza – pur essendo accolta anche da parte della dottrina¹⁰⁸ – se ne rinvia l'esame al paragrafo successivo.

Anche sulla dibattuta natura giuridica della confisca prevista dall'art. 186 comma 6 cod. str. la giurisprudenza ha svolto un ruolo assai importante; la discussione è dovuta oggi all'improvviso stravolgimento dell'orientamento giurisprudenziale – che era arrivato a definire la confisca *pena accessoria* – a opera del legislatore, che nella l. 120/2010 ha definito la confisca dell'autoveicolo *sanzione amministrativa accessoria*. Parte della dottrina ritiene che l'intervento legislativo non muti la natura giuridica dell'istituto, soprattutto per il fatto che la misura continua a essere disposta dal giudice penale¹⁰⁹, oltre al fatto che si prevede che la confisca sia disposta anche in caso di sospensione condizionale della pena¹¹⁰ – previsione del tutto inutile, secondo questa dottrina, per le sanzioni amministrative – e che è prevista la revoca della confisca in caso di positivo svolgimento del lavoro di pubblica utilità¹¹¹ – altra previsione che si giustificerebbe mantenendo la natura penale della confisca. Tuttavia quest'orientamento trascura di considerare che proprio quell'autorevole dottrina cui esso s'ispira riconosce che possa costituire una

¹⁰⁶ Per la natura di pena, v. ARDIZZONE U., *Confisca e diritto*, cit., c. 82; *contra* per la natura di misura di sicurezza VASSALLI G., *Confisca con indennizzo?*, cit. pp. 51 e ss.

¹⁰⁷ ARDIZZONE U., *Confisca e diritto*, cit., c. 82.

¹⁰⁸ VIOLANTE L., *Confisca giudiziaria*, cit., p. 834.

¹⁰⁹ DIES R., *La confisca del veicolo*, cit., p. 2034, che sul punto richiama l'opinione autorevolmente espressa da VASSALLI G., *La confisca dei beni*, Padova, 1951, p. 67, per il quale ogni sanzione a contenuto afflittivo sia disposta dal giudice penale per fatti di cui solo egli è competente ad accertare la sussistenza e la responsabilità, si è di fronte a una pena criminale.

¹¹⁰ Art. 186 com. 2 lett. c) cod. str.

¹¹¹ Art. 186 com. 9 *bis* cod. str.

deroga al principio della penalità in base alla giurisdizione l'esplicita dichiarazione del legislatore in senso contrario¹¹²; e pertanto secondo altra parte della dottrina a fugare ogni dubbio derivante dall'utilizzo da parte del legislatore della preposizione "e della" che potrebbe portare a ritenere che l'espressione "sanzione amministrativa" si riferisca solo alla sospensione della patente¹¹³, e non anche alla confisca, militerebbe anche l'art. 224 *ter*, relativo al sequestro, che definisce la confisca inequivocabilmente come *sanzione amministrativa accessoria*¹¹⁴. Inoltre poiché la guida in stato di ebbrezza è stata trasformata in illecito amministrativo, mancherebbe in tal caso uno dei presupposti, la dipendenza dal reato, da cui trarre la natura penale della sanzione¹¹⁵; se poi l'orientamento che persiste nel ritenere la natura penale della confisca si spiega con la volontà di ancorare l'ablazione allo statuto più garantista delle pene, si consideri come molte delle garanzie individuali possono considerarsi, anche secondo la giurisprudenza della Corte e.d.u, proprie non del diritto penale in senso stretto, ma del diritto punitivo nel quale rientrano anche le sanzioni amministrative¹¹⁶.

La confisca per equivalente – in tutte le sue diverse apparizioni – viene considerata dalla dottrina pressoché unanime come *sanzione penale accessoria*¹¹⁷.

Le ragioni di questa qualificazione si rinvergono – oltretutto nell'obbligatorietà della confisca diretta che investe anche l'ablazione sostitutiva –

¹¹² VASSALLI G., *La confisca dei beni*, cit., p. 67.

¹¹³ Il comma 6 3 cpv. così recita: "La condanna per il reato di cui la periodo precedente comporta la sanzione amministrativa accessoria della sospensione della patente di guida per un periodo da sei mesi a due anni e della confisca [...]".

¹¹⁴ BRICHETTI R., PISTORELLI L., *Massima severità per chi rifiuta il test spirometrico*, in *Gui. dir.*, spec. n. 35, 2010, p. 22; PADULA L., *Sequestro e confisca*, cit., p. 1; VIGANÒ F., GATTA G.L., *Natura giuridica*, cit., par. 6.

¹¹⁵ Questo secondo non solo un consolidato orientamento dottrinale, ma anche per la giurisprudenza della Corte e.d.u. Sul punto si rinvia al par. 8 del presente capitolo.

¹¹⁶ La questione e la posizione della Corte e.d.u. è più complessa; si rinvia nuovamente al par. 8.

¹¹⁷ Riguardo alla confisca di valore per il delitto di usura (art. 644) v. MANZIONE D., *Usura*, cit., p. 110, *contra* per la natura di misura di sicurezza v. BOCCAREDA BOY C., *Sub art. 644*, cit., p. 4683; per le fattispecie corruttive (art. 322 *ter* e gli altri a esso rinviati) v. FIANDACA G., *Legge penale*, cit., c. 5, MAIELLO V., *La confisca per equivalente*, cit., p. 440, ROMANO M., *I delitti*, cit., p. 248, *contra* continua a sostenerne la natura di misura di sicurezza, pur evidenziandone la funzione general-preventiva BENUSSI C., *Sub art. 322 ter*, cit., p. 2317; per i reati societari v. ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 107, MUSCO E., *I nuovi reati*, cit., p. 24; per i reati tributari v. CORSO P., *La confisca "per equivalente"*, in *Corr. tribut.*, 2009, p. 1778; DELLA RAGIONE L., *La confisca per equivalente*, cit., p. 2; svolgono invece il discorso in relazione all'istituto della confisca di valore in generale: BALDUCCI P., *La confisca per equivalente*, cit., pp. 231 e ss.; ID., *Concorso di persone*, cit., pp. 3109 e ss.; FURFARO S., *Confisca per equivalente*, cit., p. 974; ID., *La confisca per equivalente*, cit., p. 2080; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 147.

nella rottura del nesso di pertinenzialità, che rende impossibile discorrere coerentemente di pericolosità della cosa e svela che la *ratio* della norma è rendere l'illecito penale improduttivo: da un lato chiarendo a chi meditatesse di compiere uno dei reati per i quali essa è prevista, che lo Stato provvederà *comunque* – che egli distrugga, occulti, alieni, trasformi, distrugga il bene originario – all'ablazione dell'utilità economica che il reo avrà tratto, con ciò assolvendo al compito di prevenzione generale; dall'altro restaurando lo *status quo ante*, con una funzione recuperatoria e compensatoria nei confronti di un arricchimento non meritevole di tutela.

Particolarmente dibattuta è la natura della confisca allargata prevista dall'art. 12 *sexies* l. n. 356/1992. Parte della dottrina ne sostiene la natura di misura di sicurezza¹¹⁸ e altra parte l'ha ritenuta peculiare misura di prevenzione applicabile *post delictum*, operando un parallelismo con l'omologa misura *ante delictum*¹¹⁹.

Le ragioni che fondano questi due orientamenti sono comuni: è affermazione ricorrente che scopo precipuo della confisca sarebbe la prevenzione patrimoniale rispetto a un rinnovato concetto di pericolosità reale, consistente nell'allarme sociale destato dalla disponibilità in capo alle organizzazioni criminali di ingenti patrimoni.

La dottrina maggioritaria invece lamenta in relazione all'art. 12 *sexies* uno dei più gravi casi di frode delle etichette operato dal legislatore e ne sostiene con forza la natura di *pena accessoria*¹²⁰ – per la regola dell'obbligatorietà e la mancanza del nesso di derivazione dal reato – particolarmente gravosa perché del tutto *illegiti soluta*.

Se la qualificazione come misura di prevenzione deve essere certamente respinta, poiché la confisca *ex art.* 12 *sexies* è comunque vincolata alla condanna e non presenta il carattere peculiare delle misura di prevenzione¹²¹, altrimenti si risolverebbe in un inutile doppione dell'art. 2 *ter*, più incerto viene ritenuto da altra parte della dottrina l'inquadramento tra le rigide categorie delle pena e delle misura

¹¹⁸ LOCATELLI G., *La confisca del patrimonio*, cit., p. 8304.

¹¹⁹ NANULA G., *Le nuove norme*, cit., p. 10134.

¹²⁰ ABBAGNANO TRIONE A., *L'art. 12 sexies*, cit., p. 434; BERNASCONI A., *La speciale*, cit., p. 1420; FORNASARI G., *L'ultima forma*, cit., *passim*; SQUILLACI E., *La confisca allargata*, cit., p. 1528.

¹²¹ V. BELFIORE E., *Sub art. 12 sexies*, cit., p. 829; FORNARI L., *Criminalità*, cit., p. 65.

di sicurezza¹²². La confisca allargata si presenta difatti come un *ibrido*: si riconosce il particolare ruolo preventivo da essa svolto che mette in nuova luce la pericolosità patrimoniale; questo non vale però a renderla una *misura di sicurezza*, per l'inadeguatezza del concetto puro di pericolosità reale (perché un bene non è pericoloso di per sé) o relazionale quindi soggettiva (delle due l'una: o la pericolosità è presunta oppure manca, mancandone la prognosi).

Sporca anzitutto la finalità meramente preventiva il fatto che presupposto della misura sia la presunzione circa l'origine illecita del patrimonio¹²³: la confisca così guarda inevitabilmente al passato né si può argomentare, se la pericolosità della cosa deriva dall'uso che un soggetto può farne, che tale pericolo derivi solo dalla parte illecita del patrimonio. Inoltre inficia l'effettiva consistenza di questa nuova (ma poi non più di tanto) prevenzione reale il fatto che oggi l'ambito dei reati presupposto sia stato allargato, in particolare ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione, per i quali non è configurabile quel meccanismo di infiltrazione nell'economia lecita come fonte di nuova delinquenza che sorreggeva l'assioma: se di pericolosità della cosa si vuole ancora parlare, si torna senza alcuna differenza a quella sostenuta in relazione all'art. 240. "Tale sanzione non è fondata su una mera prognosi di pericolosità, ma svolge una funzione preventiva come qualunque altra pena, che rappresenta una reazione (afflittiva) dell'ordinamento a una violazione, finalizzata alla prevenzione di future violazioni"¹²⁴.

Anche la classificazione tra le pene accessorie è ritenuta insoddisfacente¹²⁵, poiché queste interdicono al soggetto cui si applicano lo svolgimento di un'attività o l'esercizio di legittime prerogative del cui abuso il reato sia una manifestazione.

Questi autori più che tentare di definire sottolineano il carattere schiettamente punitivo di questa misura sia per la sua afflittività che per lo scopo perseguito di incapacitazione economica¹²⁶; non essendo possibile considerare la misura né pena

¹²² BELFIORE E., *op. loc. cit.*, p. 830; FONDAROLI D., *Ipotesi speciali*, cit., pp. 222 e ss.; FORNARI L., *op. loc. cit.*, cit., pp. 63 e ss.; MAUGERI A.M., *Le moderne*, cit., pp. 517 e ss.

¹²³ FORNARI L., *op. loc. cit.*, p. 67; MAUGERI A.M., *op. loc. cit.*, p. 520.

¹²⁴ MAUGERI A.M., *op. loc. cit.*, p. 519.

¹²⁵ Gli autori citati alla nota 121, rispettivamente a p. 830 e 66.

¹²⁶ V. nota 122; in particolare si osservi la posizione espressa da FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., p. 225 che considera la confisca di prevenzione analoga alla *Vermögensstrafe* tedesca, pena patrimoniale prevista dal § 43a StGB, dichiarata incostituzionale dal Tribunale tedesco per difetto di determinatezza.

né misura di sicurezza *tout court*¹²⁷, è quindi sull'inflizione di un male e sulla reazione a un supposto illecito che l'attenzione andrebbe puntata per sostenerne (alla luce della giurisprudenza convenzionale, come vedremo a breve) la natura sanzionatoria, che mira a punire l'illecita accumulazione della ricchezza in capo alle organizzazioni criminali per prevenirne l'illecito utilizzo da parte delle stesse.

Anche l'individuazione della natura giuridica della confisca prevista dall'art. 2 *ter* è particolarmente sofferta.

Parte autorevole della dottrina ne sostiene la natura squisitamente preventiva coerentemente con l'indicazione del legislatore¹²⁸, poiché con essa il legislatore avrebbe inteso "esaltare il momento preventivo, neutralizzando la situazione di pericolosità insita nel permanere della ricchezza nelle mani di chi può continuare a utilizzarla per produrre altra ricchezza attraverso la perpetuazione dell'attività delinquenziale"¹²⁹.

Altra parte consistente della dottrina al contrario ne sostiene la natura sanzionatoria¹³⁰; a sostegno di questa tesi tali autori adducono una serie di argomenti condivisibili.

Anzitutto il fatto che la misura si applichi solo nei confronti del patrimonio considerato illecito: se si trattasse di misura preventiva la genesi del patrimonio non influirebbe sulla pericolosità derivante dall'utilizzo che un soggetto possa farne; il presupposto della misura risulta pertanto essere la precedente commissione di attività criminose e lo scopo non sarebbe quello "di prevenire la commissione di futuri reati, ma piuttosto quello di sottrarre i beni di provenienza illecita sulla base di meri elementi indiziari e, quindi, di sanzionare dei reati, dei quali non si riescono a fornire

¹²⁷ Tale impossibilità di incasellare definitivamente la confisca deriva – a giudizio di chi scrive – dall'errore di fondo del nostro legislatore, ossia l'introduzione del doppio binario e la pretesa di distinguere nettamente prevenzione e repressione.

¹²⁸ AMODIO E., *Le misure di prevenzione*, cit., *passim*; FIANDACA G., *Misure di prevenzione*, cit., p. 123; FURFARO S., *Misure di prevenzione*, cit., p. 900.

¹²⁹ FIANDACA G., *op. loc. cit.*, *ivi*.

¹³⁰ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 25; COMUCCI P., *Il sequestro e la confisca*, cit., p. 100; FILIPPI L., *La confisca di prevenzione*, cit., p. 270, il quale considera tutte le misure c.d. di prevenzione in realtà repressive; FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., p. 192; MANGIONE A., *La misura*, cit., pp. 386 e ss. il quale la definisce senza mezzi termini "sanzione penale"; MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione patrimoniali*, cit., pp. 1804 e ss.; ID., *Dalla riforma delle misure*, cit., pp. 476 e ss.; ID., *Le moderne sanzioni*, cit., pp. 525 e ss.

le prove"¹³¹. In tal senso per l'appunto è stato suggerito un paragone con la sospensione provvisoria dall'amministrazione dei beni personali prevista dall'art. 22 della l. 152/1975, questa sì misura pienamente preventiva che si applica a tutti i beni dell'indiziato in quanto la loro disponibilità potrebbe agevolare l'attività socialmente pericolosa¹³².

In seconda battuta, la definitività della misura urta con la prevenzione in senso stretto che dovrebbe essere ancorata alla pericolosità sociale, condizione che non può che essere transeunte – cioè destinata a cessare o a manifestarsi nel reato – o comunque sottoposta a rivalutazioni¹³³. *Quid iuris* dei beni confiscati una volta che sia cessata la pericolosità? Le Sezioni unite hanno escluso che la confisca sia revocabile per questo motivo¹³⁴; se la confisca fosse realmente di prevenzione essa dovrebbe essere reversibile – ma allora non sarebbe più confisca, bensì *sequestro* – o quanto meno revocabile.

Infine un ulteriore colpo al paradigma preventivo l'hanno sferrato le tendenze giurisprudenziali, le riforme del 2008–2009 e il nuovo Codice delle misure di prevenzione, come si è evidenziato nel capitolo precedente¹³⁵: quale ruolo preventivo per una misura il cui unico presupposto soggettivo è l'indizio di appartenenza a un'associazione criminale, dal momento che si può valutare la pericolosità sociale in riferimento al passato (quindi questa non è una vera valutazione di pericolosità, dal momento che questo requisito non può che essere attuale, perché si tratta dell'*esigenza di prevenire un pericolo attuale per la società*) o che essa è sostanzialmente presunta nei confronti di certe categorie di soggetti?

La confisca di prevenzione sembra sempre mirare più al passato che al futuro, a sanzionare l'attività illecita pregressa più che a neutralizzare la pericolosità futura¹³⁶. Si potrebbe obiettare che la prevenzione si attua nei confronti dei patrimoni, indipendentemente dalla persona come vera e propria *actio in rem*; ma

¹³¹ MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 526.

¹³² *Ex multis* COMUCCI P., *Il sequestro e la confisca*, cit., p. 101.

¹³³ Cfr. ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 25.

¹³⁴ Cass. pen., SS. UU., 19 dicembre 2006 (dep. 8 gennaio 2007), n. 57. In questa sentenza la revoca è stata ammessa come rimedio connesso alla tutela giurisdizionale ex art. 24 Cost., nel caso di mancanza originaria dei presupposti della misura. V. anche Cass. pen., sez. V., 15 gennaio 2004 (dep. 12 febbraio), n. 5738, D'Agata, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3772.

¹³⁵ Parr. 6 e 7.

¹³⁶ MANGIONE A., *La misura di prevenzione*, cit., p. 394.

oltre ai dubbi sulla correttezza di una siffatta concezione della pericolosità, su quest'ipotesi si addensano le nuvole dell'incostituzionalità¹³⁷.

La qualificazione della confisca prevista nei confronti degli enti offre sicuramente meno problemi; qui è lo stesso legislatore che, coerentemente con le funzioni svolte dalla confisca all'interno della responsabilità da reato degli enti, smarca definitivamente lo strumento dall'ingombrante art. 240 e lo inserisce tra le *sanzioni principali* (art. 9 d.lgs. 231/2001).

Poiché però la misura è prevista in contesti diversi, essa assume connotazioni peculiari a seconda delle singole previsioni.

L'ablazione prevista dall'art. 19 (confisca obbligatoria anche per equivalente) viene considerata una *sanzione punitiva* di una condotta illecita, come "imprescindibile strumento deterrente, nel senso che l'ente nel programmare la sua politica d'impresa e i suoi affari deve essere certo che il crimine non paga"¹³⁸.

L'ipotesi prevista dall'art. 6 comma 5 (confisca del profitto tratto dal reato quando l'ente non ne risponda) è considerata dalla dottrina maggioritaria¹³⁹ "uno strumento di *compensazione* dell'equilibrio economico violato, una misura che non assume carattere punitivo e pertanto può essere applicata indipendentemente dalla responsabilità dell'ente"¹⁴⁰.

Tale posizione – accolta favorevolmente anche dalla giurisprudenza di legittimità¹⁴¹ – è contestata con forza da parte della dottrina¹⁴², che sostiene che la norma introduca una sanzione – perché così è comunque classificata la confisca dall'art. 9 – per una responsabilità oggettiva dell'ente per il fatto illecito dell'apicale,

¹³⁷ V. cap. III.

¹³⁸ MAUGERI A.M., *La lotta*, cit., p. 505. La dottrina è anche qui pressoché unanime: BEVILACQUA F.C., *La natura*, cit., pp. 1114 e ss.; GUIDO E., *Sul rapporto*, cit., p. 1869; LOTTINI R., *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 167; MONGILLO V., *La confisca del profitto*, cit., pp. 1762 e ss.; PAOLOZZI G., *Vademecum*, cit., p. 90. *Contra* ne sostiene la natura di misura di sicurezza FOLLA N., *Le sanzioni pecuniarie*, cit., p. 112.

¹³⁹ GUIDO E., *Sul rapporto*, cit., p. 1870; LOTTINI R., *Il sistema sanzionatorio*, cit., p. 168; PAOLOZZI G., *Vademecum*, cit., p. 91; SANTORIELLO C., *La confisca*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2090.

¹⁴⁰ MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 156.

¹⁴¹ Cass. pen. SS. UU., 27 marzo 2008, (dep. 2 luglio 2008), n. 26654, Impregilo et al., in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1263.

¹⁴² FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., pp. 325 ss.

in cui l'ablazione è subita per il solo fatto del rapporto di immedesimazione organica sussistente tra la persona giuridica e quella fisica per essa agente¹⁴³.

La confisca prevista dall'art. 15 comma 4 (confisca del profitto che l'ente trae dalla prosecuzione della sua attività) recupera la sua funzione *sanzionatoria*¹⁴⁴, poiché è volta ad "impedire che da quanto è stato disposto a tutela di un interesse pubblico l'ente possa trarre vantaggio"¹⁴⁵.

Funzione di sanzione *principale* svolge la confisca prevista dall'art. 23 comma 2 (in caso di violazione di una sanzione interdittiva), perché riconnessa in via primaria alla violazione di un obbligo¹⁴⁶.

In conclusione, le numerose figure di confisca apparse *extra art.* 240, che seguono tutte le due direttrici punitive dell'obbligatorietà e dell'allargamento dell'oggetto, virano tutte verso il modello *sanzionatorio*, e la qualificazione di esse come misure di sicurezza – cui la dottrina ha spesso giustamente rinunciato – già inesatta per la confisca classica, appare *a fortiori* inesatta e fuorviante.

6. La qualificazione della giurisprudenza: *tertium genus* o *tertium non datur*?

L'atteggiamento della giurisprudenza ordinaria di fronte al problema della qualificazione della confisca appare talvolta un po' schizofrenico, ma in esso è possibile scorgere una matrice comune: la confisca viene quasi sempre qualificata ricorrendo al paradigma codicistico della misura di sicurezza. Quasi tutte le suggestioni che provengono dalle qualificazioni operate dalla dottrina vengono ignorate; ma in realtà, come si è detto, le suggestioni provengono dallo stesso panorama legislativo, che però la giurisprudenza raramente legge con spirito critico e autonomia.

Si passa da sentenze che accettano acriticamente le definizioni offerte dalla legge ad altre che, riconosciuta la multiformità della confisca, utilizzano come ancora di salvataggio definizioni quanto meno fantasiose per non dire *creative*, raramente fornendo le basi normative che legittimerebbero tali classificazioni;

¹⁴³ Sul punto, v. analiticamente *infra*, cap. III.

¹⁴⁴ Così la *Relazione*, cit., p. 35.

¹⁴⁵ ALESSANDRI A., *Criminalità economica*, cit., p. 2135.

¹⁴⁶ MONGILLO V., *La confisca del profitto*, cit., p. 1764.

L'impressione è che la giurisprudenza tenti spesso di "rattoppare" i vuoti di coerenza lasciati dal legislatore, utilizzando con estrema disinvoltura le categorie logiche a sua disposizione e non trattenendosi dal creare discutibili ibridi.

Peggio ancora, è spesso la giurisprudenza ordinaria che sfrutta la categoria delle misure di sicurezza come capiente contenitore tutte le volte che il legislatore utilizza il termine "confisca" al solo fine di consentire l'applicazione retroattiva dello strumento, senza curarsi di verificare se la singola ipotesi abbia realmente fine preventivo; questa è una tendenza assai comune, come avremo modo di analizzare nel capitolo III.

Dell'utilizzo della formula ripresa dalla relazione ministeriale quando si tratti dell'art. 240 c.p. si è già detto¹⁴⁷.

Desta particolare interesse il caso della confisca prevista in caso di lottizzazione abusiva; tale misura è stata a lungo definita dalla giurisprudenza *sanzione amministrativa "reale"*¹⁴⁸.

La Corte di cassazione ha sempre giustificato l'attributo "amministrativa" con la circostanza che il potere di ordinare questa forma d'ablazione non risiederebbe in un compito *ab origine* del diritto penale, ma essendo svolto dal giudice penale solo in supplenza dell'autorità amministrativa, esso non muterebbe il carattere della funzione svolta e la tipologia dell'ablazione¹⁴⁹. L'*iter* logico seguito è del tutto simile a quello sostenuto soprattutto in passato per sostenere la natura amministrativa delle misure di sicurezza; là era l'occasione – ossia il reato – che attribuiva al giudice il compito di irrogare la misura, che rimaneva amministrativa; qui è la supplenza, e anch'essa non altera il tipo di funzione.

Tralasciando momentaneamente la questione circa la natura amministrativa¹⁵⁰, suscita particolare curiosità l'utilizzo dell'aggettivo "reale". Si

¹⁴⁷ *Supra*, par. 4, in particolare nota 86.

¹⁴⁸ Cass. pen., sez. III, 18 dicembre 1990, Licastro, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1308; Cass. pen., sez. III, 18 novembre 1997, Farano, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3087; Cass. pen., sez. III, 7 luglio 2004, n. 38730, Vittorioso, in *Giur. it.*, 2005, p. 910.

¹⁴⁹ Cfr. Cass. pen., sez. III, n. 38730/2004, Vittorioso, cit.; Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2008 (dep. 17 novembre 2008), n. 42741, Silvioli, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2553; Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2011, n. 6267.

¹⁵⁰ Che è da rifiutare, poiché le indicazioni della legge portano a ritenerla sanzione penale: basti considerare che dipende da reato e che è applicata da un giudice penale. Recentemente la Corte e.d.u. è intervenuta sul punto con la sentenza Sud Fondi et al. c. Italia, cui si è già accennato e che verrà

tratta in effetti di un aggettivo inusuale, poiché il legislatore solitamente utilizza per la confisca l'aggettivo "patrimoniale", come se con l'espressione "reale" si volesse rimarcare il fatto che la misura cada sulla *res* a prescindere dalla persona, laddove il riferimento al "patrimonio" necessariamente postula un'imputazione soggettiva.

Il percorso argomentativo per giungervi sembra essere questo: poiché la misura si applica indipendentemente dall'accertamento della responsabilità di chi ha commesso la lottizzazione – questo l'orientamento prevalente a causa dell'utilizzo del verbo "accertare" – essa ha natura reale poiché inerisce esclusivamente alla cosa e per questo si applica anche alle persone estranee¹⁵¹. Analogamente a un diritto reale di garanzia, si potrebbe dire, la confisca segue il bene dovunque si trovi e a prescindere dalla persona che lo possiede o detiene.

Il punto critico di questa soluzione giurisprudenziale però – oltre al profilo della mancanza di un accertamento sulla responsabilità personale, giudicato tra l'altro illegittimo dalla Corte e.d.u. – è che non sono indicati gli elementi da cui trarre la natura "reale", né si chiarisce se esista tale categoria di *sanzioni reali* al cui interno ricondurre la confisca e con cui trovare affinità. L'impressione è che la categoria sia deliberatamente inventata al fine di giustificare un consolidato orientamento giurisprudenziale le cui basi storiche abbiamo già indicato¹⁵² e per mascherare un dato inconfutabile, e cioè che la confisca, per quanto abbia una cosa per oggetto, incide sul suo proprietario.

Invece di partire dal dato inequivocabile che la misura dipende da un reato il quale non può portare a una condanna con correlata sanzione senza il necessario elemento soggettivo – a prescindere da ogni considerazione sulla supplenza o meno del compito giudiziale – e che pertanto la confisca come ogni sanzione dipendente da reato non può che cadere su una persona, s'inverte l'ordine dei fattori, e al fine di ottenere l'applicabilità della misura a prescindere dalla condanna e anche nei confronti dei terzi, la si nomina "reale"; un utilitarismo definitorio che non può che

trattata compiutamente nel par. 8 del presente capitolo. Si noti però che la sentenza Silvioli citata alla nota precedente, pur qualificando la confisca in senso amministrativo, arriva a considerare la misura non applicabile nei confronti dei terzi estranei per i principi comuni al diritto amministrativo sanzionatorio e al diritto penale – rientranti sotto quello che si è definito diritto *punitivo* – fatti propri dalla l. 689/1981.

¹⁵¹ Cfr. la sent. 38730/2004, Vittorioso, citata.

¹⁵² Cap. I, par. 2.3.

essere criticato. Ci troviamo di fronte a un altro tentativo di introdurre in sordina un'*actio in rem*¹⁵³, incentrata sui beni e non sulle persone; per la compatibilità di questa e altre sanzioni *reali* con il principio di responsabilità della personalità penale si rinvia al capitolo III.

Anche nei confronti della confisca di prevenzione la giurisprudenza si è mostrata spregiudicata.

Con una pronuncia a sezioni unite del 1996, poi seguita da altri arresti giurisprudenziali¹⁵⁴, la Cassazione ha ricondotto la confisca prevista dall'art. 2 *ter* a "quel *tertium genus* costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile (quanto al contenuto e agli effetti) alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240 cpv c.p."¹⁵⁵; e tale definizione si spiegherebbe poiché la confisca, non perseguendo in modo esclusivo finalità di prevenzione né di repressione, ma contenendo entrambe, non può essere ricondotta né alle misure di prevenzione né alle sanzioni penali; ecco allora che la Corte tira fuori dal cappello il *tertium genus*. E si noti l'utilizzo dell'aggettivo "quel", sottintendendo che questo genere "terzo" preesista ma non spiegando quale sia né quali altre "sanzioni" vi si possano ricondurre.

Inoltre, la scelta delle sanzioni amministrative quale *tertium genus* appare – a giudizio di chi scrive – errata; poiché la dicotomia è tra sanzioni amministrative e sanzioni penali, le prime non sono un *tertium genus*, ma una delle due *species* all'interno delle sanzioni punitive. E si aggiunga che la misura di prevenzione è da considerarsi per le qualità già dette *sanzione penale*, non amministrativa; e allora, all'interno della *species* la scelta obbligata per collocare la confisca è tra pena, misura di sicurezza, misura di prevenzione: *quartum non datur*.

Di fronte all'ovvia constatazione che la confisca è insieme repressiva e preventiva¹⁵⁶, la Corte, invece di accertare quale delle due funzioni sia prevalente e coerentemente indicarne la natura giuridica, decide di non decidere: poiché se le alternative sono due, non è possibile per comodità crearne una terza, altrimenti trovare una definizione agli istituti diventa equilibrismo intellettuale.

¹⁵³ Il primo tentativo, che è stato trattato nel capitolo I, riguarda la confisca di prevenzione prevista dall'art. 2 *ter* l. 575/1965.

¹⁵⁴ Cass. pen., sez V, 23 maggio 2006, n. 25620; Cass., pen., sez V, 20 gennaio 2010, n. 16580.

¹⁵⁵ Cass. pen., SS. UU., 3 luglio 1996, (dep. 17 luglio), Simonelli et al., in *Cass pen.*, 1996, p. 3609.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 3613.

Peggio ancora, la definizione non è solo inutile, ma anche dannosa e strumentale, poiché consente alla Corte di stabilire un parallelismo tra la confisca *ex art. 2 ter* e la misura di sicurezza prevista dall'art. 240 comma 2 nn. 1 e 2, al fine di consentire l'ablazione in mancanza dell'accertamento di pericolosità così come nell'art. 240 co. 2 è possibile anche in mancanza dell'accertamento di responsabilità (e sul punto, errando nuovamente, poiché solo in relazione al n. 2 si verifica la soluzione del nesso con la condanna).

Nei confronti della confisca prevista dall'art. 12 *sexies* la giurisprudenza ordinaria è "granitica" nel ritenerne la natura di misura di sicurezza servendosi della sponda offerta dall'art. 240 al fine di consentirne l'applicazione retroattiva¹⁵⁷; solo talvolta se ne è proposto l'inquadramento come misura di prevenzione¹⁵⁸.

Alle molteplici suggestioni provenienti da parte della dottrina che ne sostiene il carattere di pena per l'innegabile *côtè* repressivo, la Corte di cassazione ha risposto che la confisca allargata ha sì natura di misura di sicurezza, ma *atipica* con funzione *anche dissuasiva* (ossia di prevenzione generale!). Questa posizione è stata assunta dalle sezioni unite prima nel 2001¹⁵⁹, poi ripresa nel 2004¹⁶⁰ ed è tuttora richiamata dalla giurisprudenza di legittimità¹⁶¹.

L'atipicità della misura deriverebbe dal fatto che in essa sono compresenti funzione preventiva e funzione repressiva¹⁶², ma la prima sarebbe prevalente, poiché fine precipuo della misura sarebbe impedire l'infiltrazione dei patrimoni mafiosi

¹⁵⁷ Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 1996 (dep. 28 maggio), Berti, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3649, dove tra l'altro si riconosce che "la confisca va vieppiù acquisendo una utilizzazione più ampia che nel passato, anche in funzione generalpreventiva-dissuasiva, con riferimento a fenomeni criminosi particolarmente allarmanti, in cui l'aggressione ai beni illecitamente accumulati si dimostra più efficace della stessa sanzione penale"; Cass. pen., sez. II, 23 settembre 1998 (dep. 25 novembre), n. 53582, Simoni, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3550; Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 2001 (dep. 21 marzo), n. 11049, Di Bella, in *Riv. pen.*, 2004, p. 756; in particolare sulla retroattività v. Cass. pen., sez. I, 15 gennaio 2009 (dep. 25 febbraio), n. 8404.

¹⁵⁸ Trib. di Bari, 20 novembre 2005, Rubini, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1629, con nota di CHIARIELLO G, dove si sostiene che la confisca – per la sua finalità – sia uno strumento più di prevenzione che penalistico.

¹⁵⁹ Cass. pen., SS. UU., 30 maggio 2001 (dep. 17 luglio), n. 29022, Derouach, in *Cass. pen.*, 2001, p. 3385.

¹⁶⁰ Cass. pen., SS. UU., 17 dicembre 2003 (dep. 19 gennaio 2004), n. 920, Montella, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1182.

¹⁶¹ Cass. pen., sez. VI, 19 ottobre 2010 (dep. 17 novembre), n. 40537.

¹⁶² V. in particolare la sentenza citata alla nota precedente, che si occupa estesamente della natura giuridica della confisca per sproporzione poiché il ricorso in Cassazione nasce da una ritenuta violazione dell'art. 7 CEDU, in quanto la confisca da classificarsi, secondo il ricorrente, come sanzione penale, può essere applicata retroattivamente.

nell'economia lecita e quindi il rafforzamento dell'attività criminale dell'organizzazione.

All'obiezione che l'allargamento dei reati presupposto operata dalla l. 296/2006 avrebbe rimarcato le finalità punitive della misura (poiché il paradigma accumulo + infiltrazione = nuovi delitti, tipico delle associazioni di stampo mafioso non sussisterebbe più), la giurisprudenza ha risposto in modo anodino che anche nei confronti di tali delitti sussisterebbe un particolare allarme sociale e anch'essi sarebbero capaci di grandi accumulazioni di ricchezza¹⁶³.

Ora, non si vuole contestare il fatto che la confisca si possa presentare – come molte altre sanzioni – con una duplice faccia, anzi, questo è proprio ciò che s'intende dimostrare in questo capitolo. Però sembra che anche la presa d'atto della matrice punitiva della confisca sia diventata una clausola di stile con cui accompagnare l'eterno ritorno dell'art. 240 c.p.¹⁶⁴, come a dire in parole semplici che ci si è resi conto che le moderne forme d'ablazione hanno superato e in parte stravolto la confisca classica, ma questo non basta (quasi mai) a invalidare la qualificazione come misura di sicurezza.

Se dunque l'ago della bilancia pende da qualche parte, è sicuramente verso il ruolo *punitivo* della confisca allargata. Lo suggeriscono non pochi elementi: l'obbligatorietà, la rottura del nesso di pertinenzialità, infine l'aumento dei delitti presupposto che stravolge l'assunto della particolare pericolosità dei beni mafiosi; l'aggettivo "atipica" non può servire a salvare la faccia.

Sulla confisca per equivalente la giurisprudenza ordinaria ha assunto una posizione coerente con la natura di sanzione della rinnovata veste dell'istituto: essa viene definita dalla Cassazione (con l'eccezione – inspiegabile – della confisca prevista dall'art. 644 c.p.¹⁶⁵) tanto a sezioni semplici¹⁶⁶ quanto a sezioni unite¹⁶⁷, vera

¹⁶³ Cass. pen., n. 40537/2010, cit.

¹⁶⁴ E il tradizionale insegnamento della Corte costituzionale sulla natura multiforme della confisca certamente non spinge la giurisprudenza a essere più coraggiosa. Sul punto, v. par. success.

¹⁶⁵ Cass. pen., sez. III, 5 aprile 2002 (dep. 13 maggio), n. 18157, Strangiolini, in *Riv. pen.*, 2002, p. 912, che ha considerato la confisca misura di sicurezza.

¹⁶⁶ Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 2004 (dep. 1 aprile), n. 15545, Napolitano; Cass. pen., sez. II, 14 giugno 2006 (dep. 27 settembre), n. 31988, Chetta, in *Giur. it.*, 2007, p. 966; Cass. pen., sez. I, 17 agosto 2009, n. 33409, Alloum, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3107; Cass. pen., sez. I, 21 dicembre 2010 (dep. 26 febbraio 2011), n. 2737; Cass. pen., sez. II, 25 gennaio 2011 (dep. 23 febbraio), n. 6958.

e propria *sanzione penale*, in quanto (la formula è assai ripetuta) "forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti".

Anche se la formula utilizzata spesso dalla giurisprudenza – "assume prevalentemente carattere sanzionatorio"¹⁶⁸ – è diversa (forse più cauta), la sostanza è la stessa: dall'obbligatorietà e dalla possibilità di confiscare l'utilità indiretta ne consegue che "la *ratio* dell'istituto è quella di privare il reo di un qualunque beneficio economico derivante dall'attività criminosa, anche di fronte all'impossibilità di aggredire l'oggetto principale, nella convinzione della capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento, che assume i tratti distintivi di una vera e propria sanzione"¹⁶⁹.

Da queste considerazioni, la Corte costituzionale ha tratto giustamente l'inapplicabilità retroattiva¹⁷⁰.

Non altrettanto giustamente la giurisprudenza ordinaria ne trae la possibilità di disporre la misura in caso di concorso di persone nel reato per intero nei confronti di uno solo dei concorrenti, salve poi le rivalse tra questi; la questione verrà trattata nel capitolo successivo, ma non si può fare a meno di evidenziare fin d'ora che il sollievo che si sarebbe potuto provare nell'osservare che finalmente i giudici ordinari avevano classificato la confisca come sanzione, diventa subito sconforto non appena si realizza che si tratta dell'ennesima definizione utilitaristicamente adottata.

In ultima analisi, dopo aver gettato uno sguardo complessivo alla giurisprudenza ordinaria in tema di classificazione della confisca, ne esce sicuramente un quadro frammentario, in cui mancano i punti fermi – cui sopperiscono le interpretazioni creative – e in cui l'unica tendenza comune è utilizzare i contenitori a disposizione per classificare al fine di *massimizzare* l'invasività della confisca, con buona pace delle garanzie individuali.

¹⁶⁷ Cass. pen., SS. UU., 25 ottobre 2005 (dep. 22 novembre), n. 41936, Mucci, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1382; Cass. pen., SS. UU., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio), n. 26654, Impregilo et al., in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1263; Cass. pen. SS. UU., 25 giugno 2009 (dep. 6 ottobre), n. 38691, Caruso.

¹⁶⁸ V. Cass. pen., n. 15545/2004, Napolitano, cit., che sembra essere l'arresto che ha inaugurato l'intero filone giurisprudenziale.

¹⁶⁹ Cass. pen., SS. UU., n. 38691/2009, Caruso, cit.

¹⁷⁰ V. par. success. e cap. III.

7. La prudenza della Corte Costituzionale

"E' noto che la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica. Il suo contenuto, infatti, è sempre la stessa privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere, volta per volta, natura e funzione di pena, o di misura di sicurezza, ovvero anche di misura giuridica civile o amministrativa. Ciò che, pertanto, spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge".

Questo citatissimo passaggio contenuto nella sentenza 29/1961 rappresenta tutt'oggi il nucleo centrale dell'orientamento della Corte costituzionale circa la natura giuridica della confisca¹⁷¹ e ha influenzato in modo determinate l'orientamento della giurisprudenza ordinaria – che assai spesso richiama quest'insegnamento¹⁷² – nonché di parte della dottrina¹⁷³.

Alla lettera, senza conoscere la vicenda di cui tratta questa sentenza, si potrebbe intendere che la Corte inviti l'interprete a scavare nella sostanza delle cose, liberando la confisca dalle etichette con cui il legislatore la offre in modo da poter chiarire quale sia la sua vera natura nelle sue assai diverse apparizioni: un'impostazione coraggiosa e attenta a scovare le frodi di cui tanta parte della dottrina si lamenta.

Se però si considera non solo il caso *de quo*, ma anche come la stessa espressione è stata fatta vivere dalla Corte costituzionale medesima e dalla giurisprudenza di legittimità, non se ne può che desumere un atteggiamento timido e formalista dei giudici costituzionali.

Giova pertanto presentare brevemente la concreta fattispecie portata all'attenzione della Corte.

¹⁷¹ Si noti per puro spirito di cronaca che il relatore di questa sentenza fu Petrocelli, la cui posizione in merito alle misure di sicurezza e alla confisca è stata ripresa in precedenza; lo stesso fu relatore di una sentenza di pochi anni successiva, la n. 46/1964, che ebbe a oggetto una questione di diritto del tutto simile a quella della sent. 29/1961 (ossia confisca nei confronti del fascismo *versus* principio d'irretroattività) risolta nel medesimo senso.

¹⁷² *Ex multis* Cass. pen., sez. I, 21 dicembre 2010 (dep. 26 febbraio 2011), n. 2737.

¹⁷³ Cfr. *ex multis* BALDUCCI P., *Concorso di persone*, cit., p. 3113.

Si tratta dell'ipotizzata violazione dell'art. 25 comma 2 Cost. da parte dell'art. 1 comma 2 del d.l.lgt. 26 marzo 1946, n. 134, che prevedeva la c.d. confisca dei beni fascisti; il decreto luogotenenziale, al fine di fare sbrigativamente "piazza pulita" dell'oscuro passato, disponeva la confisca dell'intero patrimonio di alcuni dei collaboranti/partecipanti/ideatori del moribondo regime le cui condotte erano state incriminate dal d.l.lgt 27 luglio 1944 n. 159¹⁷⁴.

¹⁷⁴ Art. 2: "I membri del governo fascista e i gerarchi del fascismo, colpevoli di aver annullate le garanzie costituzionali, distrutte le libertà popolari, creato il regime fascista, compromesse e tradite le sorti del Paese condotto alla attuale catastrofe, sono puniti con l'ergastolo e, nei casi di più grave responsabilità, con la morte.

Essi saranno giudicati da un'Alta Corte di giustizia composta di un presidente e di otto membri, nominati dal Consiglio dei Ministri fra alti magistrati, in servizio o a riposo, e fra altre personalità di rettitudine intemerata.

Per l'impugnazione dei provvedimenti dinanzi all'Alta Corte di giustizia vedi l'articolo 1 del D.Lgs. Lgt. 17 maggio 1947, n. 494".

Art. 3: "Coloro che hanno organizzato squadre fasciste, le quali hanno compiuto atti di violenza o di devastazione, e coloro che hanno promosso o diretto l'insurrezione del 28 ottobre 1922 sono puniti secondo l'art. 1120 del Codice penale del 1889.

Coloro che hanno promosso o diretto il colpo di Stato del 3 gennaio 1925 e coloro che hanno in seguito contribuito con atti rilevanti a mantenere in vigore il regime fascista sono puniti secondo l'art. 118 del Codice stesso.

Chiunque ha commesso altri delitti per motivi fascisti o valendosi della situazione politica creata dal fascismo è punito secondo le leggi del tempo".

Art. 5: "Chiunque, posteriormente all'8 settembre 1943, abbia commesso o commetta delitti contro la fedeltà e la difesa militare dello Stato, con qualunque forma di intelligenza o corrispondenza o collaborazione col tedesco invasore, di aiuto o di assistenza ad esso prestata, è punito a norma delle disposizioni del Codice penale militare di guerra.

Le pene stabilite per i militari sono applicate anche ai non militari.

I militari saranno giudicati dai Tribunali militari, i non militari dai giudici ordinari".

Art. 8: "Chi, per motivi fascisti o avvalendosi della situazione politica creata dal fascismo, abbia compiuto fatti di particolare gravità che, pur non integrando gli estremi di reato, siano contrari a norme di rettitudine o di probità politica, è soggetto alla sospensione dai diritti elettorali, attivi e passivi, per una durata non superiore a dieci anni, o alla interdizione temporanea dai pubblici uffici, ovvero alla privazione dei diritti politici per una durata non superiore a dieci anni.

In ogni caso incorrono nella sospensione del diritto elettorale coloro che hanno ricoperto cariche direttive nel partito fascista. Tali cariche saranno indicate con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

Qualora l'agente risulti socialmente pericoloso può esserne disposta l'assegnazione ad una colonia agricola o ad una casa di lavoro per un tempo non inferiore ad un anno nè superiore a dieci.

I provvedimenti previsti dal presente articolo sono applicati da Commissioni provinciali presiedute da un magistrato e composte di due altri membri estratti a sorte, fra i giudici popolari di cui all'art. 4.

Quanto ai membri di Assemblee legislative o di enti ed istituti che con i loro voti o atti contribuirono al mantenimento del regime fascista ed a rendere possibile la guerra, la decadenza della loro carica sarà decisa dall'Alta Corte di cui all'art. 2, ciò senza pregiudizio delle sanzioni di cui al presente decreto in quanto siano applicabili".

Art. 9: "Senza pregiudizio dell'azione penale, i beni dei cittadini i quali hanno tradito la patria ponendosi spontaneamente ed attivamente al servizio degli invasori tedeschi sono confiscati a vantaggio dello Stato.

Nel caso di azione penale la confisca è pronunciata dall'autorità giudiziaria che pronuncia la condanna. In caso diverso dal Tribunale competente per territorio, su richiesta dell'Alto Commissario".

Si trattava di una forma di confisca particolarmente gravosa, poiché non solo estesa a tutto il patrimonio – con ciò determinando l’espulsione definitiva del soggetto passivo dalla comunità – ma anche svincolata dalle vicende dell’azione penale (quindi iniziabile o perseguibile a prescindere da questa); applicabile nei confronti degli eredi del colpevole; applicabile quando il reato fosse estinto per qualsiasi causa.

Questo particolare tipo di confisca diede vita a un intenso dibattito dottrinale concernente la sua natura: alcuni la ritennero una pena¹⁷⁵, altri una sanzione civile¹⁷⁶, altri ancora una misura di sicurezza¹⁷⁷.

Nel caso *de quo* gli eredi di un soggetto cui era stata applicata la confisca avevano impugnato il provvedimento ablativo disposto nei loro confronti giacché questo provvedimento dell’amministrazione finanziaria aveva comportato – per effetto del meccanismo d’inefficacia relativa stabilito dagli artt. 2 e 3 del decreto del 1946¹⁷⁸ – la confisca di un bene a essi trasferito dal *de cuius* precedentemente

L’art. 1 del d.l. del 1946 relativo alla confisca prevedeva: "Fermo il disposto dell’art. 9 del decreto legislativo Luogotenenziale 27 luglio 1944, n. 159, i beni dei condannati per il delitto previsto dall’art. 2 del decreto stesso sono confiscati.

Sono altresì confiscati, in tutto od in parte, tenuto conto della gravità del fatto e delle circostanze di cui al primo e terzo comma dell’art. 7 del decreto predetto, i beni dei condannati per alcuno dei delitti previsti dal primo e secondo comma dell’art. 3 e dell’art. 5 del decreto stesso.

La confisca è ordinata dall’autorità giudiziaria che pronuncia la condanna. Nei casi di confisca parziale, l’Autorità giudiziaria determina i singoli beni da confiscare.

Qualora non si sia provveduto con la sentenza di condanna, provvede il giudice che ha emesso la condanna stessa nella forma prescritta dal Codice di procedura penale per gli incidenti di esecuzione. Se la sentenza di condanna sia già intervenuta al momento dell’entrata in vigore del presente decreto, la confisca è disposta, dal giudice che ha emesso la condanna, su richiesta del Ministro per le finanze.

Nel caso di estinzione del reato per qualsiasi causa, permangono gli effetti della confisca già ordinata; e, ove questa non sia stata disposta, provvede il Tribunale penale nella cui circoscrizione è situato il bene o la maggior parte dei beni da confiscare.

Il Tribunale provvede, su richiesta del Ministro per le finanze, con ordinanza in camera di consiglio, previa citazione degli interessati o, in caso di morte del soggetto alla confisca, degli eredi di costui. è consentita l’assistenza dei difensori. Contro l’ordinanza è ammesso ricorso per Cassazione.

Le richieste di confisca già avanzate dall’Alto Commissario per le sanzioni contro il fascismo, a norma dell’art. 1 del decreto legislativo Luogotenenziale 31 maggio 1945, n. 364, seguono il loro corso".

¹⁷⁵ VASSALLI G., *La confisca dei beni*, Padova, 1951.

¹⁷⁶ CARAVITA, *La confisca dei beni nelle leggi sulle sanzioni contro il fascismo*, in *Foro it.*, 1946, II, p. 163.

¹⁷⁷ SABATINI G., *Sulla natura giuridica della confisca dei beni*, in *Giust. pen.*, II, p. 728.

¹⁷⁸ Art. 2: "Sono privi di effetto rispetto allo Stato, salvo quanto disposto all’art. 45:

1) gli atti a titolo gratuito posti in essere dal condannato per alcuno dei delitti previsti dall’art. 2, dal primo e secondo comma dell’art. 3 e dell’art. 5 del decreto legislativo Luogotenenziale 27 luglio 1944, n. 159, nel quinquennio anteriore al 25 luglio 1943;

2) qualsiasi atto di disposizione effettuato dopo tale data dal soggetto alla confisca.

all'entrata in vigore del decreto; sarebbe pertanto stata introdotta – secondo il remittente – una sanzione punitiva per fatti commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge incriminatrice, in violazione dell'art. 25 comma 2 Cost.

La Corte costituzionale, premessa la constatazione della natura proteiforme della confisca, escluse che in tal caso la misura potesse essere considerata una sanzione penale stante l'applicabilità della misura anche in caso di estinzione del reato e nei confronti degli eredi.

La Corte di legittimità si sofferma particolarmente su quest'ultima caratteristica affermando che essa non costituirebbe "alcuna brusca interruzione del principio della personalità della pena"¹⁷⁹. In realtà il passaggio pare un po' oscuro: non solo perché la Corte non era stata interrogata sul parametro dell'art. 27 Cost. – e l'affermazione pare pertanto una *excusatio non petita* – ma anche perché non si comprende pienamente se la Corte voglia dire che l'applicabilità agli eredi escluda la natura penale della misura o che, nonostante la natura penale, l'applicabilità agli eredi non confliggerebbe con l'art. 27 poiché "non si può non ammettere che su di essi [gli eredi] inevitabilmente incida l'onere delle misure patrimoniali a carico del *de cuius*, ma ciò soltanto come conseguenza indiretta della diminuzione sofferta dal patrimonio, ovvero, nell'ambito dell'istituto successorio, in quanto trasferimento di obblighi di natura patrimoniale"¹⁸⁰.

I giudici di legittimità qualificano per le due caratteristiche anzidette e per i poteri riconosciuti nel procedimento d'applicazione al Ministro delle finanze la confisca "misura amministrativa finanziaria a carattere restitutorio e riparatorio".

Con queste sei parole in chiusura di sentenza si introduce una nuova definizione che forse avrebbe meritato qualche precisazione in più se non altro per il carattere di novità rispetto al pregresso dibattito dottrinale. Oltretutto il percorso

Di fronte allo Stato, i beni acquistati, entro il quinquennio anteriore al 25 luglio 1943, dal coniuge del condannato per alcuno dei delitti previsti dall'art. 2 e dal primo e secondo comma dell'art. 3 del decreto legislativo Luogotenenziale 27 luglio 1944, n. 159, si considerano appartenenti al condannato medesimo.

Le stesse disposizioni si applicano anche quando il reato sia estinto".

Art. 3: "Agli effetti del primo capoverso dell' art. 9 del decreto legislativo Luogotenenziale 27 luglio 1944, n. 159, è parimenti privo di effetto rispetto allo Stato, salvo quanto disposto all'art. 45, qualsiasi atto di disposizione posto in essere dopo l'8 settembre 1943 dal cittadino il quale ha tradito la Patria ponendosi spontaneamente ed attivamente al servizio degli invasori tedeschi".

¹⁷⁹ C. Cost, sent. 29/1961.

¹⁸⁰ *Ibidem*.

argomentativo seguito dalla Corte è viziato – a giudizio di chi scrive – da un’inversione dell’ordine logico: partendo da una determinata concezione della pena, si dice che la sanzione penale non si applica agli eredi e che ciò che si applica agli eredi non è sanzione penale.

In realtà non è questione di *essere*, bensì di *dover essere*: non si tratta di ontologia della sanzione, ma di prescrizioni che si applicano di necessità a sanzioni del diritto positivo. Le sanzioni penali per rispettare il principio di personalità della responsabilità penale *non possono* applicarsi alle persone estranee al reato, tra cui gli eredi. In definitiva, anche il meccanismo interpretativo seguito in questo contesto dalla Corte è *utilitaristico*: si prende quella che è una prescrizione garantistica delle sanzioni penali, ossia la loro personalità (da cui deriva la non applicabilità agli eredi), non per concludere – come si deve concludere – che ciò che non rispetta la prescrizione viola il principio di personalità, ma per sostenere che ciò che non si conforma al principio di personalità non è *sanzione penale* (e può pertanto applicarsi agli eredi).

Con queste conclusioni, l’affermazione anzidetta circa il polimorfismo della confisca e la necessità di svelare la vera natura della confisca così come si presenta nel diritto positivo, rimane un vuoto simulacro delle interpretazioni anti-formaliste, una presa d’atto che se non è portata alle necessarie conseguenze circa la natura *sanzionatoria* della confisca, appare del tutto priva di significato. La Corte infatti fa esattamente l’opposto di ciò che professa: il suo atteggiamento è sotto molto aspetti simile a quello dimostrato dalla giurisprudenza ordinaria, con l’aggravante del ruolo della fonte da cui proviene tale linea interpretativa. Insomma, da un soggetto istituzionalmente preordinato a garanzia della Costituzione e dei diritti individuali in essa contenuti, ci si sarebbe potuti aspettare maggior riguardo ai diritti individuali in campo penale.

Vi sono per lo meno altre due importanti sentenze nelle quali la Corte costituzionale sfiora il tema della natura giuridica della confisca.

In una prima sentenza la Corte decide di non sporcarsi le mani; si tratta della sentenza 229/1974 con la quale il giudice delle leggi dichiara l’illegittimità costituzionale dall’art. 116 comma 1 l. n.1424/1940 (legge doganale) nella parte in cui "quanto alle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, impone

la confisca anche nelle ipotesi di appartenenza di esse a persone estranee al reato alle quali non sia imputabile un difetto di vigilanza"¹⁸¹.

In questa decisione la Corte esamina il profilo dell'obbligatorietà dell'ablazione che abbiamo visto essere individuato come uno degli indici favorevoli alla natura *repressiva* della confisca; la sentenza testualmente recita: "l'avvertita necessità di una rigorosa *repressione* delle violazioni delle leggi tributarie ha indotto il legislatore a dare ampia applicazione all'istituto della confisca delle cose oggetto del reato o che comunque servirono o furono destinate a commetterlo, rendendola obbligatoria, anche nei casi per i quali l'art. 240 del codice penale la prevede come facoltativa"; e ancora: "se, in deroga alla disciplina generale stabilita dall'art. 240 del codice penale, la obbligatorietà della confisca delle cose di cui trattasi trova una ragionevole giustificazione ai fini di una *lotta più incisiva* ad una attività penalmente illecita [...]"¹⁸².

Tra le righe il giudice delle leggi afferma quindi – con il primo passo riportato – che l'obbligatorietà è finalizzata a *reprimere* in modo più rigoroso poiché inevitabile un'attività illecita; con il secondo passo che il contrasto al contrabbando è più incisivo perché la confisca è obbligatoria, quindi che l'ablazione dell'oggetto o dell'*instrumentum* svolge una funzione di *intimidazione*.

Quale l'esito della corretta premessa?

"In sostanza, l'applicazione della confisca obbligatoria, quale discende dal contesto della disposizione impugnata (art. 116 legge doganale) snatura il carattere della misura di sicurezza così come è strutturata e introdotta nel codice vigente e ne fa uno strumento *anomalo* di *ambigua collocazione giuridica*".

Ma se l'obbligatorietà "snatura il carattere di misura di sicurezza", quale natura porta con sé? Se i poli tra cui muoversi nel nostro codice per individuare la collocazione di una risposta al reato sono due, pena e misura di sicurezza, allora la perdita di capacità d'attrazione del secondo non può che sospingere verso l'orbita del primo.

La soluzione dell'*ambiguità* appare pertanto molto pilatesca.

¹⁸¹ C. cost., sent. 229/1974. Di questa sentenza si è già trattato al par. 2.2. del capitolo I, ma vi si ritornerà nel capitolo seguente per quanto riguarda quest'anomalo onere di vigilanza imposta al terzo estraneo al reato.

¹⁸² *Ibidem*.

Nella seconda decisione la Corte si occupa della confisca di prevenzione e del suo rapporto di pregiudizialità con le misure di prevenzione personali, in particolare della possibilità di disporre la misura anche dopo la morte del proposto¹⁸³.

Il giudice delle leggi parte dalla considerazione "che le misure di ordine patrimoniale non hanno la loro ragion d'essere esclusivamente nei caratteri dei beni che colpiscono. Esse sono rivolte non a beni come tali, in conseguenza della loro sospetta provenienza illegittima, ma a beni che [...] sono nella disponibilità di persone socialmente pericolose". Con questa connotazione – come ammette la stessa Corte – è potenzialmente in contrasto però la circostanza che la confisca sia definitiva, e pertanto perda immediatamente dopo il momento in cui viene applicata ogni collegamento con la pericolosità: "la confisca [...] comporta conseguenze ablatorie definitive [...] e si distacca perciò dalla contingente premessa che giustifica tanto il sequestro quanto tutte le altre misure di carattere preventivo, valide allo stato, cioè subordinatamente al permanere della pericolosità del soggetto".

Pertanto, "la *ratio* della confisca *comprende ma eccede* quella delle misure di prevenzione consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al circuito economico di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo"¹⁸⁴.

Con salomonica equanimità la Corte decide di salvare tanto il profilo della prevenzione rispetto alla pericolosità sociale, quanto quello legato alla pericolosità del bene *sub specie* di suo riciclo nell'economia lecita.

E' pur vero, come si è sottolineato in dottrina, "che il conseguimento della ricchezza costituisce non solo un fine ma anche un mezzo per incrementare e sorreggere l'attività criminosa"¹⁸⁵, e questo costituisce il nuovo e peculiare concetto di pericolosità reale in relazione ai beni delle associazioni criminali; ma è altrettanto vero – come la stessa dottrina nota – che l'effetto ablatorio definitivo accentua il carattere sanzionatorio della confisca "peraltro sempre presente, con maggiore o

¹⁸³ C. cost., sent. n. 335/1996, in *Cass. pen.*, 1997, p. 334, con nota di MOLINARI P.V., *Una parola forse definitiva su confisca antimafia e morte della persona ritenuta pericolosa*.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 338.

¹⁸⁵ MOLINARI P.V., *Una parola*, cit., p. 342.

minore intensità, sia in tutte le misure *ante delictum* [...] e sia in tutte *quelle post delictum* [...]"¹⁸⁶.

Quindi, di fronte all'emersione del lato punitivo della confisca, dire che la sua *ratio* comprende ma eccede quella delle altre misure di prevenzione, senza chiarire in che senso vi ecceda – peraltro traspare dalle argomentazioni della Corte che essa abbia perfettamente chiaro in che senso tale eccesso si verifichi – pare l'ennesima occasione mancata per fare chiarezza.

In due recenti occasioni la Corte si è invece espressa molto chiaramente sulla natura giuridica di speciali forme di confisca.

La prima riguarda la confisca per equivalente *ex art. 322 ter* estesa ai reati tributari, la cui natura i giudici di legittimità definiscono "eminentemente sanzionatoria" in virtù della mancanza di pericolosità dei beni oggetto d'ablazione dovuta alla rottura del nesso di pertinenzialità col reato¹⁸⁷.

Senza voler sminuire l'importanza della decisione – soprattutto perché la Corte ne fa conseguire l'inapplicabilità retroattiva della particolare forma di confisca – si tratta a ben vedere di una decisione quasi "a rime obbligate" da parte della Corte: essa non fa altro che riconoscere un'uniforme interpretazione in tal senso della Cassazione, attraverso un'ordinanza di rigetto per manifesta infondatezza della questione per erroneità del presupposto interpretativo. La sentenza della Corte in ultima analisi non fa altro che conferire maggiore dignità e autorevolezza al diritto vivente.

La seconda sentenza riguarda la confisca come sanzione accessoria per il caso di guida in stato d'ebbrezza¹⁸⁸.

Il remittente elabora con particolare intelligenza l'ordinanza di rimessione ai giudici costituzionali. Egli afferma che sulla base del diritto vivente la confisca prevista dall'art. 186 cod. str. viene sistematicamente intesa per effetto del rinvio all'art. 240 c.p. come misura di sicurezza e pertanto applicata retroattivamente; ciò la

¹⁸⁶ *Ibidem*.

¹⁸⁷ C. Cost., ord. 97/2009. Cfr. i commenti di CORSO P., *La confisca "per equivalente"*, cit.; MURGIA P. *L'irretroattività della disciplina della confisca per equivalente estesa ai reati tributari*, in *Il fisco*, 2009, p. 3941.

¹⁸⁸ C. Cost. sent. n. 196/2010; in dottrina v. il commento di MANES R., *La confisca "punitiva" tra corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 534.

porrebbe in contrasto in particolare con l'art. 117 comma 1 della Costituzione e per effetto di questo con l'art. 7 CEDU quale parametro interposto.

E' interessante notare che il remittente, per rimarcare la natura punitiva e non cautelare della confisca del veicolo, porta all'attenzione della Corte la considerazione che la misura si applicherebbe anche nel caso il mezzo fosse inutilizzabile (e pertanto non pericoloso) e che essa non pregiudicherebbe l'utilizzo di altri autoveicoli da parte del soggetto.

Ma è ancora più degno di nota il fatto che il giudice *a quo* non eccepisca il contrasto col principio di irretroattività in relazione alla norma costituzionale ma a quella convenzionale, come se sapesse che trattando la questione solo sotto la luce del diritto interno la risposta della Corte potrebbe essere più prudente.

I giudici costituzionali infatti – dopo aver premesso di non poter risolvere la questione alla luce del diritto vivente come avevano fatto nell'ord. 97/2009¹⁸⁹ e aver richiamato l'anodina espressione contenuta nella sent. 29/1961 – superano le etichette fornite dal legislatore grazie "[all']indirizzo interpretativo che ha portato la Corte di Strasburgo all'elaborazione di propri criteri, in aggiunta a quello della qualificazione giuridico-formale attribuita nel diritto nazionale, al fine di stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione" e affermano che "dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo [...] si ricava [che] tutte le misure di carattere punitivo-afflittivo devono essere soggette alla medesima disciplina della sanzione penale in senso stretto"¹⁹⁰. Pertanto, i giudici costituzionali espungono dal testo dell'art. 186 il richiamo all'art. 240 per evitare che esso comporti equivoci sulla reale natura giuridica – *afflittiva* – della confisca.

A circa quarant'anni dalla volenterosa affermazione contenuta nella sentenza 29 la Corte sfonda per la prima volta il muro delle qualificazioni formali; ma poiché questo coraggioso passo è debitore – come si evince dai numerosissimi richiami al testo convenzionale e alla sua interpretazione – del lavoro svolto dalla Corte e.d.u., è di questa che adesso è necessario trattare.

Prima di passare a quest'altro argomento, è necessario abbozzare una considerazione finale. L'atteggiamento della Corte costituzionale di fronte al

¹⁸⁹ *Ibidem*, pt. 2.2. del "Considerato in diritto", poiché il diritto vivente milita in senso opposto.

¹⁹⁰ *Ibidem*, ptt. 3.1.4 e 3.1.5.

problema della qualificazione giuridica della confisca si dimostra, in ultima analisi, prudentemente ancorato alla qualificazione offerta dal legislatore e talvolta foriero di esiti quanto meno fantasiosi (misura amministrativa finanziaria a carattere restitutorio e riparatorio, *ratio* che comprende ma eccede quella delle altre misure di prevenzione, strumento anomalo di ambigua collocazione giuridica...); insomma un atteggiamento non così dissimile da quanto riscontrato nelle giurisprudenza ordinaria.

Come ci si poteva aspettare allora maggior coraggio e rigore da parte di quest'ultima, se anche il giudice costituzionale non si era certo mostrato propenso a svelare le frodi delle etichette? Si può dire invece che proprio la prudenza del giudice costituzionale sia alla base dell'ambiguità della giurisprudenza ordinaria. Basta sfogliare alcune delle sentenze citate nel paragrafo precedente, per verificare non solo quanto frequentemente sia ripreso dalla giurisprudenza ordinaria il passo riportato in apertura, ma anche quanto questo abbia costituito una formula vuota.

8. Il nuovo ruolo della Corte e.d.u.

8.1. Perché anche la CEDU?

Prima di esaminare la posizione della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla nozione di sanzione penale e sulla natura giuridica della confisca, è anzitutto necessario precisare quale sia il rango riservato alla CEDU nella gerarchia delle fonti italiane di produzione normativa, per verificare se e con quali limiti questa possa operare nell'ordinamento italiano, quindi per stabilire se e quanto la nozione di sanzione penale o di confisca elaborata a Strasburgo possa vincolare l'interprete italiano.

I rapporti del nostro ordinamento con le fonti di diritto internazionali sono stati a lungo travagliati, non solo per quanto riguarda la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ma anche per quanto riguarda tutti i trattati internazionali e il diritto dell'Unione europea (*ex* comunitario): il punto è particolarmente rilevante perché a seconda della posizione che a queste fonti di diritto si riconosce muta la loro forza

attiva e passiva, ossia la capacità di abrogare fonti di pari livello, di resistere all'abrogazione da parte delle stesse e di vincolare il contenuto di fonti subordinate.

Il punto di svolta si è avuto con le sentenze "gemelle" del 2007 della Corte costituzionale¹⁹¹; prima di allora erano state percorse diverse vie per riconoscere alla CEDU – in virtù del suo oggetto – un ruolo preminente nel nostro ordinamento che non fosse sminuito dal fatto che la sua fonte di recepimento è una norma ordinaria¹⁹²:

- a. la giurisprudenza soprattutto praticava talvolta la disapplicazione – riconosciuta dalla notissima sentenza *Granital* in relazione al diritto comunitario¹⁹³ – dell'atto di diritto interno incompatibile con la norma convenzionale;
- b. parte della dottrina sosteneva la possibilità di offrire copertura alla CEDU attraverso l'art. 10 Cost., ritenendo che tra le norme di diritto internazionale generalmente riconosciute andassero ricompresi i diritti universali dell'uomo contenuti nella Convenzione;
- c. altra parte sosteneva che la CEDU potesse essere considerata ricompresa tra le limitazioni alla sovranità dello Stato italiano intese a garantire la pace tra le nazioni previste dall'art. 11 Cost.¹⁹⁴;
- d. altri ancora ritenevano, considerando l'art. 2 Cost. clausola *aperta* e non *chiusa*¹⁹⁵, che i diritti di origine convenzionale potessero essere ricompresi tra i diritti inviolabili dell'uomo che la Repubblica s'impegna a garantire: la Convenzione come *catalogo esemplificativo*;

¹⁹¹ C. Cost., sent. nn. 348 e 349 del 2007.

¹⁹² Per una sintesi delle quali v. CARTABIA M., *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3568; IVALDI P., *L'adattamento del diritto interno al diritto internazionale*, in *Istituzioni di diritto internazionale*, a cura di CARBONE S.M., LUZZATO R., SANTA MARIA A., Torino, 2006, pp. 150 e ss.; VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 56.

¹⁹³ C. Cost, sent. n. 170/1984.

¹⁹⁴ Ma contro questa via d'ingresso si rispondeva che la Convenzione europea non avrebbe dato luogo a quelle limitazioni della sovranità nazionale cui fa riferimento l'art. 11. A questa obiezione si potrebbe rispondere però che è quanto meno discutibile che la Convenzione non dia luogo a limitazioni della sovranità, se non altro per la presenza di un organo giudiziario le cui sentenze sono vincolanti per l'Italia, e quindi nella circostanza che l'Italia debba osservare il contenuto della giurisprudenza di Strasburgo si potrebbe scorgere un condizionamento della sovranità.

¹⁹⁵ Chi ritiene l'art. 2 clausola chiusa sostiene che esso si riferisca ai diritti fondamentali espressamente previsti dalla Costituzione e non consenta l'ingresso di nuovi diritti che si sviluppino nel diritto internazionale.

- e. c'era chi sosteneva la necessità di cercare un'interpretazione delle disposizioni di diritto interno il più possibile conforme ai diritti sanciti dalla CEDU, dato il suo alto valore simbolico;
- f. infine a seguito della riforma avvenuta nel 2001 del Titolo V della Costituzione, si sosteneva – e questa era da allora la soluzione più accreditata – che la copertura fosse offerta dall'art. 117 comma 1 Cost, che prevede che "la potestà legislativa è esercitata [...] nel rispetto [...] dei vincoli derivanti [...] dagli obblighi internazionali".

La Corte costituzionale ha accolto nel 2007 quest'ultima posizione¹⁹⁶, affermando che qualora si verifichi un potenziale conflitto tra la disposizione convenzionale e una disposizione di diritto interno, a sorgere è una vera e propria *questione di costituzionalità*, tra la norma interna e l'art. 117 Cost. che obbliga il legislatore a rispettare i vincoli derivanti alla sua opera dall'ordinamento internazionale.

L'art. 117 comma 1 Cost. funge così da clausola di rinvio mobile nei confronti delle norme pattizie consentendo l'ingresso delle disposizioni della CEDU nel nostro ordinamento quali *parametri interposti* di costituzionalità; il giudice costituzionale dovrà pertanto scrutinare la legittimità delle norme di diritto interno non solo nei confronti della Costituzione, ma anche della CEDU.

Vi sono altre importanti affermazioni in queste due sentenze¹⁹⁷.

Anzitutto l'obbligo gravante sul giudice comune di fornire un'interpretazione delle disposizioni di diritto interno *convenzionalmente* conforme perché *costituzionalmente* conforme¹⁹⁸; solo qualora il contrasto non sia sanabile in via interpretativa, come per ogni altra ermeneusi costituzionalmente orientata, egli potrà invocare l'intervento della Corte costituzionale sulla norma CEDU quale parametro interposto.

¹⁹⁶ Vi è almeno un'altra sentenza – seppur da più parti considerata anomala, anche perché rimasta isolata – della Corte, la n. 10/1993, in cui essa si occupa della resistenza all'abrogazione della CEDU, sostenendo che la particolare forza passiva di questa le derivi dall'essere il frutto di una competenza "atipica".

¹⁹⁷ SCARABBA V., *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3580.

¹⁹⁸ Par. 6.2. del "Considerato in diritto" della sent. 349/2007.

In seconda battuta si prende atto della peculiarità che contraddistingue la CEDU rispetto agli altri trattati internazionali, poiché è previsto un organo – la Corte europea dei diritti dell'uomo con sede a Strasburgo – deputato a garantire l'uniformità di applicazione della Convenzione e interrogabile anche dai cittadini degli Stati aderenti; quindi non un trattato che pone obblighi e diritti solo tra Stati, ma che ha – necessariamente direi, data la sua materia – l'individuo al centro. Si tratta di un meccanismo in parte simile a quello del diritto dell'Unione europea e che fa sì che le disposizioni della Convenzione debbano essere applicate per come interpretate dalla Corte stessa (artt. 32 § 1 e 46 CEDU); la giurisprudenza di Strasburgo ha pertanto un ruolo fondamentale.

Infine, poiché la CEDU è parametro interposto, essa si pone tra le fonti ordinarie e la costituzione: ciò significa che le sue disposizioni sono comunque sottoposte al vaglio di costituzionalità. Su quest'ultimo punto entrambe le sentenze insistono molto¹⁹⁹: in quanto fonti sub-costituzionali esse devono essere conformi alla Costituzione tutta, e non solo ai "principi supremi" come avviene per le fonti dell'Unione e concordatarie, "per evitare il paradosso che una norma legislativa venga dichiarata incostituzionale in base ad un'altra norma sub-costituzionale, a sua volta in contrasto con la Costituzione"²⁰⁰.

Ovviamente, come per ogni altra norma costituzionale, il conflitto deve essere se possibile evitato attraverso il bilanciamento con le altre norme costituzionali; pertanto le disposizioni della CEDU per il tramite del rinvio mobile dell'art. 117 Cost. dovranno essere bilanciate con le disposizioni costituzionali potenzialmente confliggenti. Con quest'ultimo corollario la Corte nazionale cerca di recuperare uno spazio d'autonomia operativa rispetto alla Corte europea escludendo "che le pronunce della Corte di Strasburgo siano incondizionatamente vincolanti ai fini del controllo di costituzionalità delle leggi nazionali"²⁰¹. Le due Corti "hanno in definitiva ruoli diversi, sia pure tesi al medesimo obiettivo di tutelare al meglio possibile i diritti fondamentali dell'uomo"²⁰².

¹⁹⁹ Cfr. sent. n. 349/2007 par. 6.2. del considerato; sent. n. 348/2007 par. 4.7. del considerato.

²⁰⁰ C. Cost., 349/2007, *ivi*.

²⁰¹ C. Cost., sent. 348/2007, *ivi*.

²⁰² C. Cost., sent. 349/2007, *ivi*.

Qualche breve parola deve essere spesa anche sui rapporti tra diritto dell'Unione europea, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e Costituzione italiana, se non altro alla luce della nuova formulazione dell'art. 6 del Trattato sull'Unione europea (TUE) risultante dalle modifiche apportate al Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE) apportate dal Trattato di Lisbona, sottoscritto il 13 dicembre 2007 e in vigore dal 1° dicembre 2009.

L'art. 6 TUE difatti prevede, nella sua versione attuale, tre possibili meccanismi d'interazione tra Convenzione europea e diritto dell'Unione europea:

- a. il § 2 prevede l'adesione – non ancora avvenuta, ma i cui relativi negoziati sono iniziati – dell'Unione alla Convenzione europea;
- b. il § 3 afferma poi che i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea nonché risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali di diritto (§ 3);
- c. il § 1, soprattutto, riconosce alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000 (Carta di Nizza), lo stesso valore giuridico dei Trattati (§ 1 art. 6 TUE), e l'art. 52 comma 3 della Carta di Nizza dispone: "Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla stessa convenzione".

Quindi, i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU fanno attualmente ingresso nel diritto dell'Unione europea attraverso due vie (fino a quando non si aggiungerà la terza, e più diretta via, offerta dall'adesione dell'Unione alla Convenzione²⁰³): la prima, come principi generali di diritto, di cui la Corte di giustizia dell'Unione europea garantisce l'osservanza in quanto "i trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo, cui gli Stati membri hanno cooperato e aderito, possono del pari fornire elementi di cui occorre tener conto

²⁰³ Che, molto probabilmente, comporterà che la Corte di Strasburgo, competente a garantire l'osservanza della Convenzione europea, svolgerà tale ruolo anche nei confronti dell'unione europea, e quindi anche nei confronti della CGUE di Lussemburgo. V. sul punto ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, II ed., Torino, 2010, pp. 251 e ss.

nell'ambito del diritto comunitario"²⁰⁴; la seconda via, attraverso la Carta di Nizza e quindi con rango e forza vincolante pari ai diritti garantiti dalla stessa, ossia con valore pari alle norme di diritto primario dell'Unione europea.

I risvolti pratici di questo discorso sono immediati: vige difatti, per le norme vincolanti dell'Unione europea, non il più ridotto obbligo per il giudice ordinario di interpretare conformemente a esse la normativa italiana potenzialmente difforme, ma quello di *disapplicare direttamente* – da parte dello stesso giudice – le disposizioni di diritto interno che appaiano in contrasto con tali norme europee; insomma, "una vera e propria rivoluzione, posto che si sarebbe nella sostanza passati da un sistema *accentrato* di controllo di legittimità delle leggi ad un sistema *diffuso*"²⁰⁵.

La Corte costituzionale è stata investita assai recentemente della questione: le è stato domandato se, alla luce del combinato disposto dell'art. 6 TUE e dell'art. 52 Carta di Nizza, "tutti i diritti previsti dalla CEDU che trovino un «corrispondente» all'interno della Carta di Nizza dovrebbero ritenersi tutelati (anche) a livello comunitario (*rectius*, europeo, stante l'abolizione della divisione in "pilastri"), quali diritti sanciti [...] dal Trattato dell'Unione"; e pertanto se "il giudice comune [sia] tenuto quindi a disapplicare qualsiasi norma nazionale in contrasto con i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU, in base al principio, fondato sull'art. 11 Cost., secondo cui «le norme di diritto comunitario sono direttamente operanti nell'ordinamento interno»"²⁰⁶. L'innovazione sarebbe davvero rivoluzionaria, perché consentirebbe al giudice ordinario di disapplicare le norme di diritto interno – anche *penali* – in contrasto coi diritti garantiti dalla Convenzione, mentre la strada indicata dalle sentenze 348 e 349 del 2007 della Corte costituzionale era quella dell'interpretazione conforme (in quanto costituzionalmente orientata) e, qualora questa fosse stata infruttuosa, della rimessione della questione al sindacato accentrato della Corte stessa.

La Corte costituzionale, dopo aver riconosciuto che dalla nuova formulazione dell'art. 6 TUE derivano – *rectius*, deriveranno quando sarà completata l'adesione dell'Unione alla CEDU – tre nuove vie attraverso le quali i diritti della Convenzione

²⁰⁴ CGCE, Hauer, sent. 13 dicembre 1979 (C-44/79).

²⁰⁵ PALAZZO F., *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, p. 658.

²⁰⁶ C. Cost., sent. 80/2011.

possono essere garantiti anche nell'ambito dell'Unione europea²⁰⁷, ha ciò nondimeno affermato che la questione rimane sottoposta agli usuali principi che regolano efficacia del diritto europeo nell'ordinamento italiano. Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza, e pertanto della possibilità per il giudice italiano di disapplicare la disposizione nazionale in antinomia apparente con una disposizione della Carta europea dei diritti e con il suo corrispondente nella Convenzione europea, è che si tratti di fattispecie disciplinata dal diritto dell'Unione *ratione materiae*²⁰⁸.

Insomma, poiché si tratta pur sempre di diritto europeo, esso è soggetto alle usuali regole di riparto di competenze. Non tocca pertanto che riferirsi all'art. 83 TFUE, che prevede:

- a. al § 1 un elenco tassativo di aree di competenza dell'Unione in ambito penale²⁰⁹ (nelle quali potranno pertanto operare direttamente le garanzie della carta di Nizza e della Convenzione), e una clausola di flessibilità: "in funzione dell'evoluzione della criminalità, il Consiglio può adottare una decisione che individua altre sfere di criminalità che rispondono ai criteri di cui al presente paragrafo"²¹⁰;
- b. al § 2 la possibilità per l'Unione di intervenire con direttive per assicurare il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri in materia penale dettando norme minime relative alla definizione di reati e sanzioni quando ciò sia necessario per garantire efficacia alle politiche comunitarie in un settore che è stato oggetto di misure di armonizzazione²¹¹.

²⁰⁷ I tre punti elencati precedentemente sub a., b., c.

²⁰⁸ C. Cost., sent. 83/2010, par. 5.5. del Considerato. In tal caso la competenza del diritto dell'Unione fu esclusa, e la disapplicazione pertanto ritenuta non possibile. Critico nei confronti di questa distinzione sulla base della competenza europea PALAZZO F., *Europa e diritto penale*, cit., pp. 658, che ritiene non possibile, in ambito penale, operare nette distinzioni sulla base delle materie, data la trasversalità del diritto penale.

²⁰⁹ Si tratta di: terrorismo, tratta degli essere umani e sfruttamento sessuale delle donne e dei minori, traffico illecito di stupefacenti, traffico illecito di armi, riciclaggio di denaro, corruzione, contraffazione di mezzi di pagamento, criminalità informatica e criminalità organizzata.

²¹⁰ In tal caso, il Consiglio delibera all'unanimità previa approvazione del Parlamento.

²¹¹ L'inserimento di questo secondo paragrafo – che quindi stabilisce la possibilità d'intervenire con direttive in materia penale quando ciò serva a garantire l'osservanza di una politica dell'Unione – si deve alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee, Grande Sezione, 13 settembre 2005, causa C-176/03, Commissione c. Consiglio UE, reperibile in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1312. La controversia tra le due istituzioni comunitarie nacque dalla decisione–quadro 2003/80/GAI con la quale la Commissione aveva stabilito norme penali minime per la protezione dell'ambiente. Il

Come molte altre questioni relative all'integrazione europea quindi, la possibilità di disapplicare le norme dell'ordinamento nazionale in contrasto con il testo europeo e con quello convenzionale, dipende in gran parte dalla volontà politica con cui gli Stati membri rinunceranno alla propria sovranità in favore delle istituzioni dell'Unione, sottoponendo larga parte dei loro poteri decisionali in ambito penale alla diretta applicabilità tanto della Carta di Nizza quanto della Convenzione²¹². Poiché questo processo è solo agli inizi, nel proseguimento della trattazione si farà riferimento alla sola Convenzione europea e alla sola Corte di Strasburgo.

8.2. La nozione di sanzione penale.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è ritagliata uno spazio autonomo nel definire cosa costituisca ai sensi della Convenzione "materia penale", "sanzione penale" e "illecito penale"²¹³ cui si applicano i diritti garantiti dalla CEDU in ambito penale, principalmente gli artt. 6 (che prevede le garanzie del *fair trial*) e 7 (che stabilisce il principio di legalità e irretroattività delle norme incriminatrici e delle

Consiglio ricorse alla Corte di giustizia, sostenendo che gli artt. 174, 175 TCE che fondavano le politiche comunitarie in materia ambientale non includevano le misure penali tra gli atti adottabili dalla Comunità europea, e che quindi la decisione–quadro esorbitasse le competenze della Comunità. La Corte di giustizia, accogliendo le osservazioni della Commissione, osservò sì che la competenza penale della Comunità era limitata (*rectius*, la Comunità non era competente in materia penale dal momento che la cooperazione giudiziaria in materia penale è atto di III pilastro), ma che "quest'ultima considerazione non può impedire al legislatore comunitario, allorché l'adozione di sanzioni penali effettive, proporzionate e dissuasive da parte delle competenti autorità nazionali costituisce una misura indispensabile di lotta contro gravi violazioni ambientali, di adottare provvedimenti in relazione al diritto ambientale degli Stati membri e che esso ritiene necessari a garantire la piena efficacia delle norme che emana in materia di tutela dell'ambiente". Il principio guida dell'*effettività* del diritto comunitario, giustifica quindi l'intervento penale – quand'anche non sia espressamente previsto – proprio per garantire l'efficacia delle politiche comunitarie.

²¹² Si tenga ben presente che da quando l'Unione europea aderirà alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e che più aumenteranno (si pensi proprio al § 2 dell'art. 83 TFUE e alla clausola di flessibilità contenuta nel § 1 dello stesso articolo) gli interventi in materia penale dell'Unione, maggiormente aumenteranno anche le prescrizioni cui il legislatore europeo dovrà attenersi in materia penale e quindi, maggiormente aumenteranno le garanzie individuali per il cittadino sottoposto a responsabilità penale in un settore in cui sia intervenuta con norme minime anche l'Unione. Si pensi agli artt. 47, 48 e 49 della Carta di Nizza, e soprattutto a quest'ultimo articolo che, tra gli altri principi, prevede a differenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo quello di *proporzionalità* delle pene.

²¹³ V. OVEY C., WHITE R.C.A., *Jacobs & White: the european convention on human rights*, Oxford, 2006, p. 210: "The terms criminal offence and penalty in Article 7 carry autonomous meanings independent of the characterization under domestic law".

pene²¹⁴), gli artt. 2 (che sancisce il diritto di revisione del proprio provvedimento di condanna da parte di un'istanza giurisdizionale superiore per chiunque sia condannato per un illecito penale) e 4 (divieto di *bis in idem*) del prot. 7.

La giurisprudenza di Strasburgo appare improntata a un sano pragmatismo teleologicamente orientato ad assicurare il rispetto dei diritti garantiti dalla Convenzione laddove entri in gioco la materia penale²¹⁵; quest'atteggiamento deriva dalla necessità di assicurare *effettività* ai principi convenzionali per evitare che le prassi dei diversi ordinamenti nazionali di considerare un determinato illecito o sanzione come amministrativi o comunque estranei all'ambito penale, possano pregiudicare l'applicazione della Convenzione e, in fin dei conti, i diritti che essa garantisce agli individui²¹⁶.

A partire dalla celeberrima sentenza *Engel*²¹⁷ essa ha elaborato gli omonimi criteri per stabilire la natura penale o meno di un illecito e della relativa sanzione e quindi applicare gli artt. 6 e 7 CEDU²¹⁸:

- a. la qualificazione giuridico-formale offerta dal diritto nazionale;
- b. la natura dell'illecito;
- c. la natura e la gravità della sanzione.

Come affermato dalla stessa Corte, tali criteri sono fungibili e non cumulativi²¹⁹; perché l'illecito o la sanzione possano essere considerati penali, è

²¹⁴ In realtà l'art. 7 non parla espressamente di legalità, ma impone un obbligo di chiarezza e determinatezza, quindi di conoscibilità da parte dell'interessato, delle fattispecie incriminate e delle relative pene. La differenza terminologica è dovuta essenzialmente alla circostanza che aderiscono alla CEDU paesi in cui vige il sistema di *common law*, che possono non conoscere o comunque differenziano il termine norma – generalmente *law* – dal termine legge – generalmente *statute* o *act*. Sul punto si tornerà diffusamente nel prossimo capitolo.

²¹⁵ V. sul punto BERNARDI A., *Sub art. 7*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., Padova, 2001, p. 256; NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2007, pp. 40 e ss.

²¹⁶ L'esigenza di effettività è comune alle corti sovranazionali che si trovino a dover applicare le disposizioni contenute nei testi devoluti alla loro nomofilachia nei confronti di altri ordinamenti. Tipico in tal senso il caso della Corte di giustizia dell'Unione europea, che ha insistito particolarmente sul fatto che gli Stati membri dessero applicazione *effettiva* al diritto dell'Unione e non ne pregiudicassero l'osservanza con la scelta di atti di recepimento interno non adatti, con prassi amministrative inosservanti o con orientamenti giurisprudenziali contrastanti.

²¹⁷ Corte EDU, *Engel et al. c. Olanda*, sent. 8 giugno 1976.

²¹⁸ La nostra dottrina è divisa sul numero dei criteri: BERNARDI A., *Sub art. 7*, cit., ne individua due (la natura dell'illecito e la gravità della sanzione) oltre a quello formale; MAUGERI A.M., *Le moderne*, cit., p. 489, ne individua tre oltre a quello formale (natura dell'illecito; natura della sanzione; gravità della sanzione); NICOSIA E., *Convenzione*, cit., p. 42, ne individua due (natura di illecito e sanzione; gravità della stessa). Qui si è preferito considerare unitariamente gli indici relativi alla sanzione.

sufficiente che sussista solo uno dei tre. Questo testimonia la recessività del criterio formale: solo laddove vi sia l'espressa qualifica come penale, opereranno le garanzie degli artt. 6 e 7; ma quando il legislatore utilizzi definizioni diverse i due criteri sostanziali – ritenuti dalla decisione sul caso *Engel* "*factor[s] of grater import*"²²⁰ – entreranno in gioco, permettendo di scavalcare l'etichetta nazionale. Sul punto la Corte e.d.u. insiste molto; nella sentenza *Otzurk* si legge: "the indications furnished by the domestic law of the respondent State have only a relative value. The second criterion stated above – the very nature of the offence, considered also in relation to the nature of the corresponding penalty – represents a factor of appreciation of greater weight"²²¹.

La Corte, per sua esplicita ammissione, vuole evitare che il custode si custodisca da solo: "if the Contracting States were able at their discretion to classify an offence as disciplinary instead of criminal [...] the operation of the fundamental clauses of the Articles 6 and 7 would be subordinated to their sovereign will"²²².

Il primo dei due criteri sostanziali risulta determinato da una serie di indici tra cui la proiezione comparatistica del precetto, le regole procedurali per il suo accertamento, l'ambito di applicazione della norma che lo prevede (generale o particolare), etc²²³.

Il secondo si riscontra sulla base del carattere repressivo e del perseguimento di finalità di prevenzione generale e speciale, secondo un modello prettamente punitivo²²⁴; per quanto riguarda la gravità della sanzione, la privazione della libertà personale è tendenzialmente sufficiente a conferirle natura penale, a meno che essa non possa per la sua natura, durata o modalità di esecuzione causare alcun serio

²¹⁹ Corte EDU, Lutz c. Germania, sent. 25 agosto 1987.

²²⁰ Corte EDU, Engel c. Olanda, cit., par. 82.

²²¹ Corte EDU, Otzurk c. Germania, sent. 21 febbraio 1986, par. 52, nel quale la Corte e.d.u. si è occupata di depenalizzazione e ha affermato che il mutamento di *nomen* di un illecito non basta a eliminarne il carattere sostanzialmente penale, soprattutto se la sanzione prevista non viene anch'essa alleggerita.

²²² *Ibidem*, par. 81.

²²³ Risulta difficile catalogare tutti gli indici elaborati dalla giurisprudenza della Corte; si rinvia pertanto a BERNARDI A., *Sub art. 7*, cit., p. 257.

²²⁴ Corte EDU, Otzurk c. Germ, cit.

pregiudizio²²⁵. L'attenzione comunque va alla pena concretamente irrogata più che alle pene edittali.

L'operazione di smascheramento dei giudici di Strasburgo non rimane sulla carta e la nozione di sanzione penale è davvero elaborata su basi sostanziali; i termini *criminal offence* e *penalty* – nell'ermeneusi funzionalmente orientata della Corte – assumono un significato che non può essere tradotto pedissequamente secondo le categorie di diritto interno, che ne restringerebbero inevitabilmente il campo, restringendo anche il campo visivo dei diritti individuali in materia penale.

Sono ritenute estranee al concetto di *penalty* così elaborato dalla Corte le misure di prevenzione *ante delictum*; determinante in tal senso sarebbe la mancanza di una condanna *ex art. 7 CEDU*²²⁶, anche se ciò non comporta che i diritti dei soggetti sottoposti a misure di prevenzione siano del tutto sguarniti di protezione da parte della Convenzione, poiché ricadono comunque sotto l'art. 5 CEDU (*right to liberty*).

L'esclusione, da parte della giurisprudenza di Strasburgo, delle misure *ante delictum* dall'area della sanzione penale è stata fortemente criticata dalla nostra dottrina, la quale ritiene che in tal caso il giudice europeo sia rimasto troppo ancorato alla qualificazione offerta dal diritto nazionale²²⁷, anche alla luce dell'acceso dibattito presente nella nostra dottrina sulla possibilità di distinguere pienamente prevenzione da repressione e sulla legittimità della prevenzione *praeter delictum* stessa²²⁸.

²²⁵ Corte EDU, Engel c. Olanda, cit., par. 82.

²²⁶ Corte EDU, Lawless c. Irlanda, sent. 1 luglio 1961; per altre indicazioni sulla giurisprudenza della Corte si rinvia a BERNARDI A., *Sub art. 7*, cit., p. 274.

²²⁷ NICOSIA E., *Convenzione europea*, cit., p. 55.

²²⁸ La Corte europea si è in effetti occupata in più occasioni delle misure di prevenzione previste nel nostro ordinamento; sulla base della sua giurisprudenza, a partire in particolare dal caso *Guzzardi* (Corte EDU, Guzzardi c. Italia, sent. 6 novembre 1980), è possibile distinguere tra misure privative della libertà personale, coperte dall'art. 5 CEDU, e misure restrittive della libertà, cui si riferisce l'art. 2 Prot. 4 (*Liberty of movement*).

Secondo la Corte per distinguere *deprivation* da *restriction* "the starting point must be his concrete situation and account must be taken of a whole range of criteria such as the type, duration, effects and manner of implementation of the measure in question" (Guzz. c. It., parr. 92 e ss.), poiché secondo la Corte la differenza tra le due è semplicemente di grado e d'intensità, non di contenuto o di natura.

Nel caso *de quo*, in cui il ricorrente era sottoposto a sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno con modalità particolarmente gravose, la Corte condannò l'Italia per violazione dell'art. 5; ma in molti altri casi i giudici hanno ritenuto che si trattasse solamente di una restrizione della libertà, giustificata dal comma 3 dell'art. 2 Prot. 4, che permette restrizioni alla libertà di circolazione dovute "alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al mantenimento dell'ordine pubblico, alla prevenzione

8.3. La confisca nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo

E' interessante notare che una delle sentenze nelle quali la Corte europea ha individuato con più precisione gli indici rivelatori della natura penale di una sanzione che non sia considerata tale dal diritto interno, sia stata resa su un caso di confisca.

Nel caso *Welch*²²⁹ la Corte si trova a esaminare un caso di confisca disposto ai sensi del britannico *Drug Trafficking Offences Act* del 1986 che prevedeva un'ablazione molto estesa dei beni di chi fosse condannato per traffico di stupefacenti; la misura non era definita nella legge, ma la difesa del Governo sostenne che, poiché la finalità della misura era quella di privare una persona dei profitti ottenuti da traffici illeciti e prevenirne così l'utilizzo futuro per il commercio di droga, "it thus did not seek to impose a penalty or punishment for a criminal offence but was essentially a confiscatory and preventive measure"²³⁰.

La Corte afferma che il concetto di *penalty* della Convenzione è autonomo e prescinde dalla qualificazione di diritto interno. Determinanti sono invece²³¹:

- a. the connection with a criminal offence;
- b. the nature and purpose of the measure in question;
- c. its characterisation under national law;
- d. the procedures involved in the making and implementation of the measure;
- e. its severity.

delle infrazioni penali, alla protezione della salute o della morale o alla protezione dei diritti e libertà altrui" (v.: Commis. EDU, Ciancimino c. Italia, decis. 27 maggio 1991; Corte EDU, Raimondo c. Italia, sent. 22 febbraio 1994,)

Un'importante apertura del giudice convenzionale nei confronti delle misure di prevenzione si è avuta sotto il profilo della loro giurisdizionalità rispetto ai canoni del giusto processo garantiti dall'art. 6 CEDU. Nel caso *Boccellari e Rizza* la Corte ha riconosciuto una violazione dei principi del *fair trial* da parte del procedimento previsto dalla legislazione italiana per l'applicazione delle misure di prevenzione nella parte in cui non prevede la possibilità che la causa sia trattata in pubblica udienza a richiesta dell'interessato (v.: Corte EDU, Boccellari e Rizza c. Italia, sent. 13 novembre 2007; conforme Corte EDU, Perre et al. c. Italia, sent. 8 luglio 2008; Corte EDU, Bongiorno et al. c. Italia, sent. 5 gennaio 2010). Da allora è intervenuta anche la Corte costituzionale, prima con la sent. 93/2010, con la quale ha semplicemente ribadito quanto sostenuto dalla Corte europea, ampliando così la giurisdizionalità del procedimento di prevenzione, poi con la sent. 80/2011, nella quale la questione si è posta in riferimento anche all'art. 6 TUE.

²²⁹ Corte EDU, *Welch* c. Regno Unito, sent. 9 febbraio 1995.

²³⁰ *Ibidem*, par. 24.

²³¹ *Ibidem*, par. 28.

Nel caso *de quo* il *confiscation order* venne considerato sanzione penale.

Altra nota decisione è quella relativa al caso *Phillips*²³² nella quale la Corte ha statuito che per definire se un'accusa finalizzata a un provvedimento di confisca, debba essere considerata afferente alla materia penale e vi si debbano pertanto applicare le garanzie del giusto processo previste dall'art. 6 CEDU, sono determinanti la qualificazione della procedura nel diritto nazionale, la sua natura e la gravità e il tipo di pena che incombono sul soggetto.

La Corte di Strasburgo si è occupata abbastanza di recente, nel caso *Sud Fondi et al. c. Italia*, della confisca per il reato di lottizzazione abusiva prevista dall'art. 19 l. 47/1985 – oggi art. 44 d.P.R. 380/2001. Il caso *Sud Fondi* è stato risolto dalla Corte in due momenti diversi: dapprima nel 2007 con la decisione sulla ricevibilità del ricorso, poi nel 2009 con sentenza sul merito.

La questione verteva sul rispetto da parte della confisca delle costruzioni abusivamente costruite dell'art. 7 CEDU per quanto riguarda i principi di chiarezza delle previsioni incriminatrici, di personalità della responsabilità penale e di colpevolezza; prima di decidere nel merito, la Corte europea ha dovuto stabilire nella decisione sull'ammissibilità se alla fattispecie portata alla sua attenzione potesse applicarsi l'art. 7, quindi "si la sanction patrimoniale infligée aux sociétés requérantes constituait une peine aux termes de l'article 7 § 1 de la Convention"²³³.

La difesa del Governo, pur riconoscendo che il provvedimento ablativo fosse collegato a un reato, sollevò un'eccezione d'irricevibilità *ratione materiae*, sostenendo che la confisca doveva essere considerata una sanzione *amministrativa*, conformemente alla monolitica giurisprudenza della Cassazione²³⁴. Inoltre secondo il Governo il fine della confisca non era reprimere un illecito, bensì "rendre le territoire conforme à la planification urbaine, et d'empêcher que les terrains abusivement lotis ne soient ultérieurement exploités"²³⁵.

La Corte, richiamata la sua giurisprudenza circa l'autonomia della nozione convenzionale di pena, afferma la natura di sanzione penale della confisca con una serie di argomentazioni ineccepibili:

²³² Corte EDU, *Phillips c. Regno Unito*, sent. 5 luglio 2001.

²³³ Corte EDU, sez. II, *Sud fondi et al. c. Italia*, decis. 30 agosto 2007,

²³⁴ *Supra* par. 6.

²³⁵ Corte EDU, *Sud Fondi*, cit.

- a. "la confiscation litigieuse se rattachait à une infraction pénale fondée sur des dispositions juridiques générales";
- b. "le caractère matériellement illégal des lotissements a été constaté par les juridictions pénales";
- c. "la sanction prévue à l'article 19 de la loi n. 47 de 1985 ne tend pas à la réparation pécuniaire d'un préjudice, mais vise pour l'essentiel à punir pour empêcher la réitération de manquements aux conditions fixées par la loi";
- d. "la gravité de la sanction qui, selon la loi n. 47 de 1985, implique tous les terrains inclus dans le projet de lotissement";
- e. "le code de la construction de 2001 classe parmi les sanctions pénales, la confiscation pour lotissement abusif".

Si noti la posizione dei criteri: quello formale è collocato per ultimo, e assumono particolare importanza quelli relativi allo scopo e alla gravità della sanzione.

La Corte e.d.u. pone così fine a un grave caso di frode delle etichette – fondato sull'equivoca idea della supplenza del giudice penale rispetto a una funzione amministrativa – che aveva portato la giurisprudenza a escludere una serie di principi prettamente penalistici – *in primis* la colpevolezza – rispetto a questa *sanzione penale*; di questo aspetto si tratterà nel capitolo seguente.

Anche la confisca di prevenzione antimafia prevista dall'art. 2 *ter* l. 575/1965 è stata esaminata alla luce della Convenzione europea dei diritti dell'uomo; si tratta di un caso piuttosto risalente in cui a pronunciarsi non fu la Corte europea, ma la Commissione europea dei diritti dell'uomo²³⁶.

Si tratta di un organo *non* pienamente giurisdizionale a competenza limitata, al quale fino all'entrata in vigore del Prot. n. 11, il 1° novembre 1998, era affidato il compito di decidere in prima istanza esclusivamente sulla ricevibilità del ricorso; in caso di decisione positiva, la Commissione avrebbe dovuto tentare una risoluzione non conflittuale della controversia. Se il tentativo fosse fallito, essa avrebbe redatto un parere che sarebbe poi stato preso in considerazione, *senza efficacia vincolante*

²³⁶ Comm. EDU, Marandino c. Italia, decis. 15 aprile 1991, in *Decisions et Rapports*, n. 70, p. 78.

ma al pari degli interventi del ricorrente e del resistente, dalla Corte europea in sede giurisdizionale.

Nel caso *Marandino* la Commissione ha affermato che la confisca di prevenzione non rientra nel concetto di *penalty ex art. 7 CEDU* poiché non presuppone un reato, ma tende a prevenirne il verificarsi impedendo l'uso illecito dei beni colpiti; né la severità della sanzione può essere presa a indice della natura penale, poiché la confisca non sarebbe esclusiva del diritto penale. Il suo fondamento non sarebbe la responsabilità per un fatto compiuto, ma la pericolosità dei beni accumulati.

Tale decisione è stata criticata dalla dottrina e giudicata in contrasto con gli stessi esiti cui giungono le elaborazioni della Corte europea sul concetto autonomo di "materia penale"; va rimarcato a questo proposito che si tratta di una decisione di un organo che non ha la stessa autorevolezza della Corte.

La confisca di prevenzione dovrebbe essere considerata una *sanzione penale* ai sensi degli stessi *Engel criteria*²³⁷:

- a. poiché il suo presupposto – a *fortiori* alla luce della recente legislazione – non è la pericolosità del soggetto, ma l'origine illecita del patrimonio, quindi in riferimento a sospetti reati passati (*natura dell'infrazione*);
- b. poiché la misura è definitiva (*natura della sanzione*) e colpisce tutto il patrimonio dell'indiziato (*severità della sanzione*).

Nei casi successivi²³⁸, quando la misura è stata portata all'attenzione della Corte e.d.u. è stato soltanto sotto l'aspetto di un potenziale conflitto con l'art. 1 Prot. 1 della Convenzione che tutela il diritto di proprietà; la Corte ha sempre risposto che le finalità della misura giustificano le restrizioni al godimento dei propri beni; sul punto si rinvia al capitolo successivo.

²³⁷ MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 532.

²³⁸ Tra i tanti si rinvia per ora a: Corte EDU, Raimondo c. Italia, sent. 22 febbraio 1994. Gli altri saranno esaminati nella sede opportuna.

9. Alcune considerazioni conclusive

"Indeed the aims of prevention and reparation are consistent with a punitive purpose and may be seen as constituent element of the very notion of punishment"²³⁹.

Con questa frase cristallina la Corte e.d.u. rispose al Governo britannico che asseriva la natura meramente preventiva della confisca prevista dal D.T.O. Act del 1986 pretendendo che così essa non potesse essere considerata *pena*.

Prevenzione e repressione costituiscono il *cuore* della pena; esse non possono essere usate l'una contro l'altra per stabilire cosa sia pena e cosa non lo sia, ma devono viste come due facce dell'inflizione di una sanzione penale, l'una rivolta al futuro, l'altra al passato.

La Corte e.d.u. afferma in quella sentenza che la natura di sanzione penale non dipende dalla finalità della misura, e pertanto la garanzia dell'irretroattività non dipende dal fine della pena – che è una questione di politica legislativa, giudiziaria, esecutiva – ma dalla necessità di non fare subire a un soggetto un danno maggiore rispetto a quello previsto nel momento in cui ha compiuto la sua azione²⁴⁰. E' un cambio di prospettiva importante: alla pena si guarda dal basso, con gli occhi di chi la subisce, per il quale essa è una restrizione della libertà o di un diritto personale, ed è a questa posizione – non alla finalità preventiva o repressiva! – che si ricollega la garanzia dell'irretroattività.

Il percorso logico seguito inoltre è ineccepibile: poiché il fine non discrimina la natura, una volta affermata la natura penale di una sanzione ne consegue *naturaliter* l'irretroattività; l'opposto rispetto a quello seguito spesso dalla nostra giurisprudenza ordinaria e talvolta anche da quella costituzionale: poiché la finalità è preventiva, la misura non è pena e si può applicare retroattivamente.

Quanto affermato dalla corte sulla *relativizzazione* delle funzioni riveste una particolare importanza per la classificazione della confisca. Infatti, una delle ragioni più spesso sostenute per classificarla tra le misure di sicurezza è che essa non

²³⁹ Corte EDU, Welch c. Regno Unito, cit., par. 30.

²⁴⁰ *Ibidem*, par. 32: "The fact remains that the applicant faced more far-reaching detriment as a result of the order than that to which he was exposed at the time of the commission of the offences for which he was convicted".

perseguirebbe finalità repressive o comunque sarebbe solo fisiologicamente, ma non psicologicamente afflittiva²⁴¹. Oppure, quand'anche si riconosce che la confisca persegue finalità anche repressive, si dice sovente che la finalità preventiva sarebbe prevalente, anche se quest'ultima affermazione non è quasi mai motivata sulla base di un concreto esame delle finalità della singola ipotesi di confisca, ma è più spesso debitrice unicamente del fatto che il legislatore abbia scelto di collocare la confisca tra le misure con finalità preventiva²⁴².

Caduto l'ultimo forte argomento a sostegno della natura di misura di sicurezza della confisca, come potrebbero allora essere classificate le varie ipotesi di confisca previste nel nostro ordinamento qualora fossero sottoposte all'esame della Corte di Strasburgo?

Si riprendano anzitutto i criteri *Engel*, quelli enunciati nel caso *Welch* e le motivazioni che hanno portato i giudici di Strasburgo a classificare in termini di sanzione penale la confisca per il reato di lottizzazione abusiva nel caso *Sud Fondi*, tenendo ben presente che i criteri elaborati dalla Corte non sono *cumulativi*, ma *alternativi*, e quindi che se sussiste solo uno di essi la Corte ben potrebbe qualificare la confisca come *sanzione penale*.

Già alla luce del primo criterio individuato, la *natura dell'infrazione*, la confisca andrebbe classificata tra le sanzioni penali: tutte le ipotesi passate in rassegna nel primo capitolo sono collegate a un reato.

Melius abundare quam deficere, è poiché a questo criterio si potrebbero muovere obiezioni se si volesse rimanere fedeli alla qualificazione come misura di sicurezza (vi sono sanzioni amministrative disposte dal giudice penale), verifichiamo se altri criteri possono rafforzare la convinzione che le varie ipotesi di confisca presenti nel nostro ordinamento costituiscano sanzioni penali secondo i criteri della giurisprudenza della Corte europea.

²⁴¹ ROCCO A., *Misure*, cit., p. 44; v. anche PETROCELLI B., *La pericolosità*, cit., p. 283, che afferma: "la misura di sicurezza non è un male, né quindi ha contenuto afflittivo".

²⁴² Con ciò rivelandosi – come si è già detto – una tautologia. Per esempio nel caso della confisca dei patrimoni mafiosi, dove si dice che essa è misura atipica con funzione anche dissuasiva, quindi si riconosce che essa è tanto preventiva quanto repressiva, ma poi si conclude che essa è prevalentemente preventiva perché così l'ha immaginata il legislatore; v. *supra* par. 6 di questo capitolo.

Anzitutto la *procedura* per la loro irrogazione; senza ombra di dubbio – secondo quanto osservato nel secondo paragrafo di questo capitolo – per tutte le ipotesi prese in esame si tratta di un procedimento giurisdizionale la cui competenza è del giudice penale. Si esamini poi la *finalità* della misura: la prevenzione è componente essenziale del ruolo della pena – come affermato nel caso *Welch* – e la confisca – come affermato dalla Corte nel caso *Sud Fondi* – mira a *punire* per evitare la *reiterazione* degli illeciti; quindi, anche da questo punto di vista, essa è pena. Infine deve far propendere verso la natura di sanzione penale anche la *severità* delle diverse misure, per lo meno della confisca allargata²⁴³, la quale colpisce l'intero patrimonio del condannato. Ma anche in relazione alle altre ipotesi di confisca si potrà valutare caso per caso l'entità della sanzione, tenendo conto che anche in altri casi (in particolare la confisca per equivalente del profitto del reato, specialmente nei confronti degli enti, rispetto alla quale vi è un'accesa discussione in dottrina e in giurisprudenza se debba essere effettuata al lordo o al netto delle spese sostenute per conseguirlo), essa tende a essere particolarmente *gravosa* perché non vi è un meccanismo che ne assicuri la proporzionalità col fatto compiuto, ma essa colpisce tutta la ricchezza accumulata. Anche la confisca di prevenzione, come è stato evidenziato in dottrina e come si è esposto in precedenza, costituisce una sanzione penale ai sensi dell'art. 7 CEDU: essa è una pena del sospetto, comporta una situazione giuridica definitiva e colpisce tutto il patrimonio dell'indiziato in base al dubbio che esso sia di origine illecita. Si dica pure che la finalità è quella di prevenire la commissione di nuovi reati; tale finalità è propria delle stesse pene.

L'influenza della nozione di sanzione penale elaborata dalla Corte e.d.u ai fini dell'individuazione della natura giuridica della confisca si è già mostrata sulla nostra giurisprudenza ordinaria e costituzionale. In un arresto del 2010 della Corte di Cassazione infatti i giudici di legittimità, nel classificare la confisca prevista per l'illecito di guida in stato di ebbrezza come sanzione penale accessoria, hanno affermato che ciò sarebbe stato "in linea con la più recente elaborazione della Corte

²⁴³ La confisca allargata ex art. 12 *sexies* l. 356/1992 presenta molti punti di contatto – anzitutto l'estensione a tutto il patrimonio e il meccanismo di inversione dell'onere della prova – con il *confiscation order* che la Corte e.d.u. qualificò come sanzione penale nel caso *Welch*.

europea dei diritti dell'uomo di Strasburgo", facendo particolare riferimento al caso Sud Fondi²⁴⁴.

Influenza ancor più determinante poi si è avuta nella sentenza 196/2010, sulla medesima ipotesi di confisca, cui si è fatto cenno in precedenza²⁴⁵. In questa sentenza il riferimento alla nozione di sanzione penale e alla sua funzione anti-elusiva del necessario rispetto delle garanzie individuali in materia di pene è ancor più forte perché la stessa ordinanza di rimessione è fondata sull'art. 7 CEDU. E' pur vero che la Corte fa riferimento all'art. 25 Cost. e alla sua giurisprudenza anti-frode delle etichette. Ma abbiamo rilevato come l'intento smascheratore della Corte fosse rimasto più nella teoria che nella pratica, e il riferimento al proprio *background* giuridico andrebbe letto più come un'affermazione di indipendenza – inevitabile in un sistema di tutela multilivello come quello originato dalle due Corti – che come un elemento fondamentale dell'argomentazione della Corte, anche perché allora, se essa avesse *realmente* voluto, sarebbe potuta giungere a quell'esito ben prima, non sotto l'influenza della giurisprudenza convenzionale. Questa sentenza pertanto è un esempio di quel circuito virtuoso cui possono dar luogo i due testi – Costituzione e CEDU – e le due Corti e di cui possono beneficiare le garanzie fondamentali (in ambito penale, ma non solo) e, in ultima analisi, l'individuo²⁴⁶.

In conclusione, sussistono numerosi elementi che fanno propendere per la qualificazione delle diverse ipotesi di confisca presenti nel nostro ordinamento come *pene*. Si tratta di ragioni che risiedono anzitutto nel particolare *status* rivestito da quest'istituto all'interno delle misure di sicurezza, *status* che lo rende strumento sanzionatorio; in secondo luogo, si tratta delle tendenze emerse nella legislazione post 1930, che non fanno altro che ridurre ulteriormente le affinità tra la confisca e le altre misure e che caricano tale istituto di scopi di prevenzione generale e punitivi. A queste, si aggiunge la nozione di sanzione penale elaborata dalla Corte di Strasburgo,

²⁴⁴ Cass. pen., SS. UU., n. 23428/2010, Caligo; della sentenza e della particolare ipotesi di confisca si è già trattato *supra*, par. 2.4. del capitolo I.

²⁴⁵ Anche di essa si è trattato, oltre che nel presente capitolo, anche nel par. 2.4. del capitolo I.

²⁴⁶ Questo argomento – qui solo accennato – sarà trattato più approfonditamente in apertura del prossimo capitolo.

che, svincolata dalle etichette di diritto interno, è adatta a comprendere in sé la confisca²⁴⁷.

Lo si chiami come si vuole, quest'istituto: l'importante – e questa linea orientata al rispetto dei diritti individuali si deve esclusivamente alla Corte e.d.u – è che il nome che gli venga assegnato non serva mai a eludere le garanzie individuali che Costituzione e Convenzione europea stabiliscono in materia di pene.

²⁴⁷ Tale rilievo alla luce del diritto europeo è presente anche in VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale*, cit., p. 5.

CAPITOLO III

I DIRITTI FONDAMENTALI DI FRONTE ALLA CONFISCA

SOMMARIO: 0. Introduzione: quando l'unione fa la forza. – 1. Il diritto di proprietà (art. 42 Cost., art. 1 Prot. 1 CEDU): il figlio di un dio minore. – 1.1. Funzione sociale, utilità pubblica, interesse generale: la violabilità del diritto di proprietà. – 1.2. La confisca *versus* il diritto di proprietà: le indicazioni della giurisprudenza ordinaria, costituzionale, convenzionale sul *fair balance* tra diritto di proprietà e contrasto della criminalità. – 1.3. Due punti fermi per una possibile composizione del conflitto. – 2. Il principio d'irretroattività delle pene. – 2.1. L'art. 25 co. 3 Cost (e l'art. 200 c.p.) – 2.2. Le conseguenze della qualificazione della confisca sulla sua applicazione retroattiva. – 2.3. L'art. 7 CEDU e il caso Welch. – 2.4. La *ratio* di garanzia del principio d'irretroattività. Conclusioni. – 3. Il principio di personalità della responsabilità penale. – 3.1. La responsabilità per fatto proprio nella Costituzione e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 27 co. 1 Cost., art. 6 § 2 CEDU). – 3.2. Il principio di personalità nell'art. 240 c.p. – 3.3. Tra opportuna diffidenza e necessario garantismo. – 3.4. La confisca "sanzione reale" e la tutela del terzo in buona fede tra italianità e internazionalità. – 3.5. In particolare il caso del contrabbando. Responsabilità oggettiva o agevolazione colposa? – 4. Il principio di colpevolezza: la sua necessità... – 4.1. ...e il suo faticoso riconoscimento: nella Costituzione (art. 27 co. 1 e 3 Cost.)... – 4.2. ...e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6 § 2 CEDU). – 4.3. Colpevolezza e confisca nel nuovo corso della Corte europea: la sentenza Sud Fondi. – 5. Il principio di proporzionalità delle pene. – 5.1. Premessa: il principio di proporzione in generale. – 5.2. Il principio di proporzione in campo penale (artt. 3 e 27 co. 1 e 3 Cost.). – 5.3. Breve introduzione ai rapporti tra confisca e principio di proporzionalità delle pene. – 5.4. Confisca per equivalente, concorso di persone nel reato e proporzionalità delle pene. – 5.5. Confisca al lordo o confisca al netto? – 6. L'aggressione ai patrimoni illecitamente accumulati *versus* personalità, colpevolezza, proporzionalità delle pene. – 7. La presunzione d'innocenza (art. 27 co. 2 Cost. e art. 6 § 2 CEDU). – 7.1. *Nulla poena sine iudicio* ovvero non c'è confisca senza condanna (definitiva ?). – 7.1.2. Alcune considerazioni *de iure condendo* – 7.1.3. La nuova confisca di prevenzione. – 7.2. *In*

dubio pro reo. – 7.2.1. La posizione di dottrina, Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo. – 7.2.2. L'onere della prova e la confisca (*in dubio contra reum?*) – 7.2.3. Conclusioni.

0. Introduzione: quando l'unione fa la forza

In questo capitolo esamineremo una serie di diritti fondamentali dell'individuo in ambito penale, rispetto ai quali la rassegna svolta nel capitolo I ha instillato più di un dubbio su una loro possibile lesione da parte di alcune forme di confisca presenti nel nostro ordinamento.

Tali diritti individuali sono garantiti tanto dalla Costituzione, quanto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo. I due testi però – come è logico, essendo la prima il frutto della nostra tradizione giuridica, la seconda il tentativo di una sintesi tra tradizioni giuridiche diverse, in particolare quella dell'Europa continentale e quella anglosassone – contengono previsioni diverse, per lo meno dal punto di vista lessicale: per esempio il principio d'irretroattività è riconnesso dalla Convenzione europea alle sanzioni penali in generale (art. 7), dalla Costituzione alle sole pene, non alle misure di sicurezza (art. 25 Cost.).

Alla diversità dei due testi si aggiunga la diversità degli organi predisposti alla loro tutela: il principio *nulla poena sine culpa*, pur non espressamente ricompreso in una disposizione costituzionale, è stato riconnesso dalla nostra Corte costituzionale fin dalla notissima sentenza 364/1988 tanto alla funzione rieducativa assegnata alla pena (poiché non può esserci rieducazione per colui al quale il fatto compiuto non possa essere rimproverato) quanto al principio di legalità. Tale principio non rientra *expressis verbis* neanche nella Convenzione, e la Corte europea, interrogata per la prima volta sul punto, avallò invece la possibilità che all'interno di un ordinamento nazionale una condotta venga sanzionata penalmente senza che tra essa e il suo autore venga rinvenuto un collegamento soggettivo¹ (anche se

¹ Corte EDU, *Salabiaku c. Francia*, sent. 7 ottobre 1988.

ultimamente in verità la Corte pare mostrare una maggiore apertura nei confronti del principio di colpevolezza, ma sul punto si tornerà in seguito²).

Insomma, i due testi non sono identici e non vengono neanche interpretati con lo stesso metro: *quid iuris* quando le garanzie previste siano diverse e potenzialmente in contrasto, in particolare l'una più estesa, l'altra più ridotta?

La CEDU prevede un meccanismo apposito; l'art. 53 recita: "Nessuna delle disposizioni della presente Convenzione può essere interpretata in modo da limitare o pregiudicare i Diritti dell'Uomo e le Libertà fondamentali che possano essere riconosciuti in base alle leggi di ogni Parte Contraente o in base ad ogni altro accordo al quale essa partecipi". Quindi non sarà certamente la Convenzione a pregiudicare l'operatività di una disposizione della Costituzione che preveda una garanzia più ampia per un diritto o una libertà contenuta anche nella Convenzione.

Nella Costituzione non è previsto un meccanismo di questo tipo³. Per rispondere pertanto, si deve riportare alla memoria quanto contenuto nelle due sentenze del 2007 con cui la Corte costituzionale ha aperto la strada d'ingresso alla CEDU nel nostro ordinamento, attraverso il rinvio mobile offerto dall'art. 117 co. 1 Cost., e che da allora costituisce un orientamento consolidato della Corte⁴. In quelle sentenze i giudici di legittimità avevano affermato che le norme della Convenzione europea fanno ingresso nel nostro ordinamento come parametri interposti di costituzionalità; in quanto parametri interposti, esse si *interpongono* tra le fonti ordinarie e la Costituzione, un gradino sopra le une e uno sotto l'altra. Ciò comporta però, per evitare che una disposizione legislativa sia dichiarata incostituzionale per contrasto con una norma convenzionale a sua volta incostituzionale, che le disposizioni della Convenzione siano sottoposte alla Costituzione *tutta*, e la debbano

² Nel sentenza Corte EDU, Sud Fondi c. Italia, sent. 20 gennaio 2009, per esempio, la Corte ha affermato che anche l'art. 7 CEDU richiede che tra l'autore e il fatto sia rintracciato un legame di natura intellettuale che permetta di affermare la responsabilità di chi ha commesso il fatto.

³ Questo non è un segno di minor attenzione ai diritti fondamentali; è naturale che la Convenzione, in quanto atto di diritto internazionale pattizio che andrà a operare nei confronti di Stati aderenti che presentano un ordinamento giuridico autonomo, senta l'esigenza di stabilire come essa si debba coordinare con le fonti di diritto interno o con altre fonti pattizie nel caso in i rispettivi ambiti d'applicazione si sovrappongono.

⁴ C. Cost., sent. nn. 348/2007, 349/2007, 239/2009 e 311/2009.

rispettare⁵. Quando si palesi la possibilità di un contrasto tra una disposizione costituzionale e una convenzionale allora, quello che il giudice costituzionale dovrà fare, e prima ancora di esso lo stesso giudice ordinario, è tentare di individuare un *bilanciamento* tra le due norme, ossia un'interpretazione convenzionalmente orientata compatibile con la Costituzione, perché in fin dei conti costituzionalmente orientata al parametro di costituzionalità rappresentato dall'art. 117 Cost.

I c.d. controlimiti, che invece possono limitare l'ingresso nel nostro ordinamento delle norme convenzionali per come interpretate dalla Corte e.d.u., non possono però assumere una connotazione fumosa, ma per poter svolgere davvero il compito loro assegnato di *custodi della costituzione*, devono essere individuati in modo preciso. Non è sufficiente, insomma, che la Corte costituzionale rifiuti di riconoscere i principi convenzionali affermando apoditticamente che quelli costituzionali sono prevalenti, ma è necessario che essa indichi in modo preciso "un interesse di rango costituzionale le cui ragioni di tutela [possano] plausibilmente essere ritenute dalla Corte *necessariamente prevalenti* rispetto non ad un qualsiasi altro interesse di rango costituzionale, ma a un vero e proprio *diritto fondamentale della persona*"⁶.

Recentemente tra l'altro la Corte ha ribadito la possibilità "apprezzare la giurisprudenza europea consolidatasi sulla norma conferente, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un *margin* di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi"⁷; non sarebbe fuori luogo però pretendere dalla Corte parole un po' più chiare su cosa debba intendersi per "margin di apprezzamento", soprattutto perché dietro la sibillina espressione si potrebbe celare un atteggiamento di chiusura nei confronti della Convenzione. Se con esso

⁵ Non solo ai *principi supremi* come avviene per le fonti dell'ordinamento comunitario e per i Patti Lateranensi.

⁶ Così VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza 236/2011*, 2011, p. 7, in www.penalecontemporaneo.it

⁷ C. Cost., sent. 236/2011, pt. 9 del Considerato in diritto. Per un'analisi di questa sentenza v. l'A. citato alla nota 6, per il quale (pp. 13 e ss.) non sorgerebbe alcuna contraddizione tra gli esiti di questa sentenza e la massimizzazione delle garanzie di cui si dirà a breve, giacché questa copre il principio di irretroattività della norma penale più favorevole, quindi la garanzia di prevedibilità dell'*an* e del *quantum* della pena, non la retroattività della *lex mitius*.

s'intendono i controlimiti, essi devono essere indicati senza circonvoluzioni; se invece s'intende la possibilità di circoscrivere la portata dei principi emersi nella giurisprudenza convenzionale secondo il significato che a essi è attribuito in tale giurisprudenza, ben venga. Non si possono però chiudere gli occhi di fronte all'evidenza, e cioè al fatto che i principi che oggi possiamo trarre dalla Convenzione provengono per la *quasi totalità* dall'ermeneusi della Corte europea; senza il suo orientamento teso all'*effettività* delle garanzie, il contenuto delle garanzie convenzionali sarebbe piuttosto scarno. Inoltre ci si dimentica che è la Corte l'unico organo deputato all'interpretazione della Convenzione e, come le sentenze "gemelle" hanno riconosciuto, l'interpretazione del testo convenzionale non può essere sciolta dalla lettura che ne fornisce la Corte; risulta assai difficile *apprezzarle* disgiuntamente.

Come si può evincere da questo discorso, grande importanza per comprendere quali siano i rapporti tra Costituzione e Convenzione riveste il ruolo che la Corte costituzionale intende assumere di volta in volta nel bilanciare le norme delle due fonti; difatti da un atteggiamento di chiusura e di salvaguardia dell'esistente potrebbe derivare un rifiuto delle diverse garanzie – anche maggiori – previste dalla CEDU per come interpretata a Strasburgo, in quanto le disposizioni che le contengono sono comunque di rango inferiore rispetto alla Costituzione⁸.

Il percorso che la Corte costituzionale ha dichiarato di voler seguire nel coordinare i due testi sembra, al momento, di apertura; piuttosto recentemente per l'appunto è stato portato all'attenzione della Corte ciò che essa nelle sentenze "gemelle" aveva solo ipotizzato, ossia un potenziale conflitto tra una norma costituzionale – l'art. 111 Cost. – e una norma convenzionale – l'art. 6 CEDU⁹; nel caso *de quo* il remittente ipotizzava che la norma convenzionale desse luogo a un *surplus* di tutela, ma che essa potesse entrare in potenziale conflitto con il principio di ragionevole durata del processo posto dall'art. 111 Cost. La Corte costituzionale nella sentenza 317/2009 ha espresso il suo pensiero in modo chiarissimo : "È evidente che questa Corte non solo non può consentire che si determini, per il tramite dell'art. 117, primo comma, Cost., una tutela inferiore a quella già esistente in base

⁸ Il riferimento è in particolare al principio d'irretroattività.

⁹ C. Cost., sent. n. 317/2009.

al diritto interno, ma neppure può ammettere che una tutela superiore, che sia possibile introdurre per la stessa via, rimanga sottratta ai titolari di un diritto fondamentale. La conseguenza di questo ragionamento è che il confronto tra tutela convenzionale e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla *massima espansione delle garanzie*, anche attraverso lo sviluppo delle potenzialità insite nelle norme costituzionali che hanno ad oggetto i medesimi diritti"¹⁰; e ancora: "il risultato complessivo dell'integrazione delle garanzie dell'ordinamento *deve* essere di segno positivo, nel senso che dall'incidenza della singola norma CEDU sulla legislazione italiana deve derivare un *plus* di tutela per tutto il sistema dei diritti fondamentali"¹¹.

Quindi dai rapporti tra le due fonti non può che derivare un aumento e mai una diminuzione delle garanzie individuali, a meno che non entri in gioco un diritto fondamentale la cui supremazia sia costituzionalmente imposta o a meno che il dato letterale non impedisca di allargare il contenuto precettivo delle norme costituzionali. L'incremento di tutela non deriva però, come ha precisato la Corte, dalla prevalenza delle norme della Convenzione sulle norme costituzionali – o viceversa – quanto piuttosto da "dal dispiegarsi degli effetti della normativa CEDU [che] certamente non viola gli articoli della Costituzione posti a garanzia degli stessi diritti, ma *ne esplicita ed arricchisce il contenuto*, innalzando il livello di sviluppo complessivo dell'ordinamento nazionale nel settore dei diritti fondamentali"¹².

Anche l'opera ermeneutica della Corte europea, attraverso le disposizioni convenzionali affidate alla sua cura, è suscettibile di rivestire un ruolo particolarmente importante per l'interpretazione delle disposizioni costituzionali; non solo nei confronti della nozione di *penalty*, ma nella ricostruzione del significato di tutti i concetti giuridici contenuti nella Convenzione, i giudici di Strasburgo – come avremo modo di osservare per ogni singola norma – paiono orientati a individuare quale sia dal punto di vista *sostanziale* l'interesse giuridico individuale protetto dalla singola disposizione, al di là della definizione che l'ordinamento interno chiamato in causa offre. Quando la Corte si occupa del diritto di proprietà per esempio, anche il

¹⁰ *Ibidem*, par. 7 del Considerato in diritto".

¹¹ *Ivi*.

¹² *Ibidem*, par. 8.

concetto di *possessions* (art. 1 Prot. 1) è del tutto svincolato dalle qualificazioni di diritto interno. L'impostazione autonoma della Corte allora può allargare di molto la tutela offerta dall'ordinamento interno, quando la Corte costituzionale decida di fare propria – al fine di *massimizzare* la tutela – l'impostazione sostanzialistica di Strasburgo¹³.

Alla luce di queste argomentazioni e tornando al tema che ci compete, un'analisi dei rapporti tra la confisca e i diritti fondamentali che la Convenzione europea e la Costituzione dettano in materia penale, non solo può, ma *deve* essere svolta dando una lettura congiunta delle due fonti – considerate in se stesse e alla luce della rispettiva interpretazione – perché alle carenze dell'una suppliranno le garanzie più estese previste dall'altra. Dei due testi e delle due esegesi è in fin dei conti possibile presentare una visione integrata, perché il fine perseguito – ossia il massimo rispetto possibile dei diritti individuali – è comune, e ogni risorsa che sia offerta allo scopo – tanto sul piano europeo quanto su quello nazionale – deve essere impiegata.

1. Il diritto di proprietà (art. 42 Cost. e art. 1 Prot. 1 CEDU): il figlio di un dio minore

Nel capitolo precedente, sulla base di un'interpretazione delle norme penali che disciplinano le plurime forme di confisca presenti nel nostro ordinamento che ha guardato più alle caratteristiche sostanziali di tale istituto che alla forma con la quale il legislatore lo offre all'interprete (ossia quella delle misura di sicurezza), si era giunti a sostenere la natura di *pene* delle ipotesi di confisca presenti nel nostro ordinamento esposte nel primo capitolo. Tali indicatori della natura sanzionatoria della confisca, presenti già nel modello codicistico e affiorati con particolare insistenza nella legislazione *post* 1930, sono, particolarmente: la mancanza di prognosi di pericolosità, il legame con la sentenza di condanna, la compatibilità con la sospensione condizionale della pena, per l'istituto generale; l'obbligatorietà e la rottura del nesso di pertinenzialità per le ipotesi speciali.

¹³ Si veda, come esempio di aumento di tutela operato dalla Corte costituzionale, la sent. 196/2010 in tema di confisca, su cui si è già discusso e sulla quale si tornerà brevemente.

Dalle conclusioni del capitolo precedente emerge la necessità di analizzare se la confisca rispetti, in quanto pena, le prescrizioni poste dalla Costituzione e dalla Convenzione europea che limitano il potere del legislatore di prevedere sanzioni penali (irretroattività, personalità, colpevolezza, proporzionalità, presunzione d'innocenza). Si è scelto però d'iniziare questo capitolo da un'analisi del diritto di proprietà, che il diritto soggettivo su cui la confisca incide. Questa scelta è un po' provocatoria, ma ha dalla sua, ritengo, valide ragioni.

Nella letteratura italiana, infatti – qui sta la provocazione – i rapporti tra la confisca e il diritto di proprietà non sono particolarmente presi in considerazione¹⁴. Anche la nostra giurisprudenza, ordinaria e costituzionale, quando si trova a dover esaminare la conformità dell'ablazione con l'art. 42 Cost. che tutela la proprietà privata, non si sofferma troppo a lungo e approfonditamente sulla questione; solo la Corte e.d.u. l'ha affrontata analiticamente.

Tuttavia vi sono due valide ragioni per iniziare l'esame dei rapporti tra la confisca e le disposizioni costituzionali–convenzionali in materia penale, proprio dal diritto di proprietà: *in primis*, dal momento che quello di proprietà è un diritto individuale (fondamentale?), è bene chiarirne il contenuto per verificare a quali condizioni se ne possa giustificare il sacrificio; quindi, se il legislatore – come nel caso della confisca – sceglie uno strumento penale per sacrificarlo, si tratterà anche delle condizioni che ne legittimano l'utilizzo, oltretutto delle condizioni che legittimano il sacrificio del diritto di proprietà indipendentemente dalla qualificazione del mezzo scelto. In secondo luogo, ogni violazione da parte della confisca delle norme costituzionali-convenzionali sulla disciplina delle sanzioni penali si riverbera anche sul diritto di proprietà, perché se si viola una di esse in fin dei conti si sacrifica ingiustamente il diritto di proprietà; e quindi può essere interessante analizzare il diritto di proprietà nella Costituzione e nella Convenzione, per cogliere cosa si sacrifica. Insomma, non va dimenticato che ciò che la confisca sacrifica è un diritto individuale fondamentale, seppur *relativizzato*, come avremo modo di vedere. L'analisi partirà allora proprio dal diritto di proprietà.

¹⁴ Si soffermano sul diritto di proprietà in particolare FILIPPI L., *Il procedimento di prevenzione patrimoniale. Le misure "antimafia" tra sicurezza pubblica e garanzie individuali*, Padova, 2002, p. 76 e MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., pp. 668 e ss.

1.1. Funzione sociale, interesse pubblico, interesse generale: la violabilità del diritto di proprietà

Esaminando il diritto di proprietà nella nostra Costituzione (art. 42), balza subito all'occhio che esso non sia inserito nel titolo I della parte I della Costituzione, dove i diritti individuali sono assistiti dalla garanzia dell'*inviolabilità* (artt. 13, 14, 15) o comunque da prescrizioni piuttosto rigide per le loro restrizioni (artt. 16–21); esso viene collocato invece nel titolo dedicato ai rapporti economici (il III) dove nessuna situazione è assistita dall'attributo dell'*inviolabilità* che invece accompagnava la proprietà stessa nell'art. 29 dello Statuto Albertino. Anzi, la Costituzione repubblicana *relativizza* il diritto di proprietà, poiché l'art. 42 ne ancora modi d'acquisto, di godimento e limitazioni – su base legale, beninteso – alla clausola generale della *funzione sociale* della proprietà stessa. Ciò comporta che "in un regime in cui la proprietà sia qualificata come inviolabile gli interventi restrittivi devono essere considerati eccezionali [...]; l'opposta conclusione, invece, vale nei casi in cui gli interventi rientrino in un quadro che esplicitamente assuma come riferimento la funzione sociale"¹⁵.

Questo comporta un'innegabile caduta di rango della proprietà rispetto ad altri diritti individuali, come la libertà personale¹⁶, e una sua particolare apertura rispetto a eventuali limitazioni dovute a esigenze collettive, contenibili con una certa facilità nella clausola della funzione sociale¹⁷; il costituente sceglie in fin dei conti un diverso criterio di selezione degli interessi "che permette istituzionalmente di assicurare la prevalenza dell'interesse sociale su quello individuale"¹⁸, cosa che non potrebbe mai avvenire per l'inviolabile libertà personale *ex art. 13 Cost.*

¹⁵ RODOTÀ S., *Sub art. 42 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., Bologna, 1982, p. 113.

¹⁶ Credo nessuno si sognerebbe di mettere in discussione la ragionevolezza della disparità di trattamento, vista l'innegabile maggior importanza della libertà personale rispetto alla proprietà personale.

¹⁷ Ciò che avviene per l'appunto nei confronti della confisca, laddove si ritiene che l'attività di repressione e di prevenzione dei reati costituiscano una funzione sociale e permettano così il sacrificio del diritto di proprietà; sul punto v. *infra* par. success.

¹⁸ RODOTÀ S., *op. loc. cit.*, p. 118.

Esaminando anche solo superficialmente i lavori preparatori dell'art. 42, ci si rende conto della minor considerazione riservata al diritto di proprietà¹⁹: nell'adozione del testo definitivo da parte della III Sottocommissione, poi presentato all'Assemblea plenaria, scompare il riferimento – contenuto nel testo elaborato dalla I Sottocommissione – alla proprietà come *garanzia per la libertà e lo sviluppo della persona*, che avrebbe sicuramente portato gli interpreti a collegare il diritto di proprietà agli altri diritti individuali maggiormente di quanto non sia stato fatto finora.

La Convenzione europea dei diritti dell'uomo si occupa del diritto di proprietà all'art. 1 Prot. 1, il quale prevede: "Every natural or legal person is entitled to the peaceful enjoyment of his possessions. No one shall be deprived of his possessions except in the public interest and subject to the conditions provided for by law and by the general principles of international law.

The preceding provisions shall not, however, in any way impair the right of a State to enforce such laws as it deems necessary to control the use of property in accordance with the general interest or to secure the payment of taxes or other contributions or penalties".

La struttura della previsione ricalca quella dei diritti individuali garantiti dagli artt. 8–11 della CEDU (*Right to respect for private and family life, Freedom of thought, conscience and religion, Freedom of expression, Freedom of assembly and association*) e l'approccio seguito dalla Corte europea per analizzare i casi di supposta violazione del *Right of property* è per molti versi simile a quello seguito per gli altri diritti individuali²⁰, ossia la metodologia del *test of proportionality*, che analizzeremo a breve. Insomma, la formulazione e la tutela del diritto di proprietà sono più simili nella Convenzione, alla formulazione e alla tutela di quei diritti che la nostra carta costituzionale considera inviolabili. Con ciò si evidenzia una differenza tra Convenzione e Costituzione e, probabilmente, un *plus* di tutela della prima rispetto alla seconda; anche l'art. 1 Prot. 1 però, al pari dell'art. 42. Cost. presenta delle valvole di sfogo per le esigenze collettive in contrasto col diritto di proprietà (*public interest, general interest, securing the payment of taxes or other*

¹⁹ Un esame dei lavori preparatori è contenuto nell'A. citato alla nota precedente, pp. 76 e ss.

²⁰ OVEY C., WHITE R.C.A., *Jakobs & White*, cit., p. 345 e 346.

contributions or penalties), tanto che "its content is broadly framed and the permissible restrictions are broad in scope"²¹.

Grande importanza per cogliere la portata della tutela del diritto di proprietà nella Convenzione riveste la giurisprudenza della Corte e.d.u.²²; essa ha anzitutto individuato una nozione autonoma di *possessions* al fine di garantire effettività alle previsioni dell'art. 1 Prot. 1 che finisce così per coincidere con qualsiasi diritto o interesse di natura economica; poiché però questo non è l'argomento del presente lavoro, si rinvia a opere più complete, per concentrarsi sulle limitazioni del diritto di proprietà²³.

Tradizionalmente, la Corte distingue all'interno dell'art. 1 tre norme²⁴: la prima, contenuta nella prima parte del primo paragrafo, statuisce il principio generale del *pacífico godimento* dei propri beni; la seconda, contenuta nella seconda parte del primo paragrafo, disciplina la *privazione* della proprietà subordinandola a determinate condizioni; la terza, contenuta nel secondo paragrafo, riconosce agli Stati aderenti la possibilità di *regolare l'utilizzo* della proprietà conformemente all'interesse generale.

Il *modus operandi* della Corte è questo: una volta stabilito che l'interesse del ricorrente sia da classificare come *possessions*, essa passa ad analizzare se si sia verificata una *deprivation of possession* o un *control of the use of possessions*²⁵; se non sussiste nessuna delle due situazioni, essa valuta se si sia verificata semplicemente un'interferenza *in the peaceful enjoyment of possessions*. La distinzione è rilevante, perché diverse sono le condizioni che legittimano i tre interventi, ma non fondamentale, perché l'approccio pragmatico della Corte

²¹ *Ibidem*, p. 345

²² Il discorso può essere rivolto a tutte le disposizioni della Convenzione. E' vero che tale discorso vale sicuramente anche per la Costituzione e per ogni testo normativo, ma vale in particolar modo per la Convenzione, vista l'autonomia definitoria sempre affermata dalla Corte per assicurare effettività ai diritti sottoposti alla sua cura.

²³ Trattano approfonditamente la questione OVEY C., WHITE R.C.A., *op. loc. cit.*, pp. 349 e ss.; PADELLETTI M.L., *Sub art.1. Protezione della proprietà*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, a cura di BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., Padova, 2001, pp. 802 e ss.

²⁴ Corte EDU, Sporrong e Lönnroth c. Svezia, sent. 23 settembre 1982; Corte EDU, James et al. c. Regno Unito, sent. 21 febbraio 1986, par. 37; Corte EDU Iatridis c. Grecia, sent. 25 marzo 1999, par. 55; Corte EDU, Sud Fondi et al. c. Italia, cit., par. 126.

²⁵ V. Corte EDU, Air Canada c. Regno Unito, sent. 23 aprile 1994, par. 29 e ss.

valorizza il test di proporzionalità, non previsto da nessuna delle tre norme ma centrale nei giudizi della Corte.

Sono condizioni per una privazione della proprietà (§ 1), ossia per l'estinzione del diritto del proprietario²⁶:

- a. la conformità alla legge, che deve essere precisa, accessibile e prevedibile nelle sue conseguenze;
- b. il rispetto dei principi generali di diritto internazionale;
- c. la finalizzazione al pubblico interesse, che richiede un bilanciamento tra questo e il diritto individuale.

Per la legittimità del controllo dell'uso dei beni (§ 2) sono invece necessari:

- a. una base legale del provvedimento;
- b. la sussistenza di un interesse generale (il pagamento delle imposte o di altri contributi o di sanzioni penali) che giustifichi la regolamentazione;
- c. la proporzionalità della regolamentazione al fine perseguito come necessità dell'esigenza invocata.

A questo punto, devono essere fatte però delle importanti precisazioni. Anzitutto è emersa nella giurisprudenza più recente della Corte la tendenza ad adottare un approccio comune in tutte le ipotesi di interferenza pubblica con il diritto di proprietà²⁷, per cui essa nella sua giurisprudenza più recente giudica indifferente verificare se si tratti di *deprivation* (§ 1) o *control of the use of property* (§ 2), giacché ciò che essa valorizza è la previsione contenuta nella prima parte del primo paragrafo a garanzia che l'individuo possa pacificamente godere dei suoi beni²⁸. Delle tre norme è pertanto possibile offrire una *lettura congiunta* poiché i principi applicati sono sostanzialmente gli stessi in tutti e tre i casi, e l'unico elemento di distinzione è forse costituito dall'indennizzo previsto per il caso di privazione della proprietà²⁹.

²⁶ Per la quale – di nuovo – non è rilevante la qualificazione del provvedimento nel diritto interno, ma gli effetti sostanziali dello stesso: v. *ex multis* Corte EDU, Sacri Monasteri c. Grecia, sent. 9 dicembre 1994, par. 58.

²⁷ OVEY C., WHITE R.C.A., *Jakobs & White*, cit., p. 375.

²⁸ Si veda sempre la sentenza Corte EDU, Sud Fondi et al. c. Italia, cit., par. 129.

²⁹ PADELLETTI M.L., *Sub art. 1*, cit., p. 824.

Arriviamo così alla seconda considerazione: criterio fondamentale per verificare la legittimità dell'interferenza è, secondo la Corte, il *test of proportionality*, elemento che accomuna le tre diverse norme dell'art. 1. Si tratta di verificare se la misura che disturba il pacifico godimento dei beni risulti proporzionata al fine perseguito; vale a dire, in altre parole, che deve essere ricercato un *fair balance* tra le necessità d'interesse generale e la richiesta di protezione dei diritti individuali fondamentali, di modo che la persona non soffra un pregiudizio eccessivo e non necessario³⁰. Nonostante il criterio del giusto equilibrio sia stato introdotto inizialmente nei casi di privazione della proprietà, oggi esso è utilizzato dalla Corte anche nei casi di semplice disturbo del pacifico godimento: "the concern to achieve this balance is reflected in the structure of Article 1 of Protocol No. 1 as a whole. In particular, there must be a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be realized by any measures applied by the State, including measures depriving a person of his or her possessions. In each case involving the alleged violation of that Article the Court must, therefore, ascertain whether by reason of the State's action or inaction the person concerned had to bear a disproportionate and excessive burden"³¹.

Proprio questo ha portato a sviluppare una *protezione generale* del diritto di proprietà basata sul giusto equilibrio tra esigenze collettive e diritti individuali che si avvicina – proprio per l'utilizzo del parametro di proporzionalità – alla protezione che la Corte garantisce ad altri (e ben più rilevanti, almeno secondo la nostra Costituzione) diritti individuali (artt. 8-11 CEDU)³². Comune con gli altri diritti individuali è pertanto la verifica se il diritto individuale in questione sia stato eccessivamente e sproporzionatamente sacrificato. Permane però una differenza non irrilevante: l'art. 1 Prot. 1 offre contenitori più capienti alle esigenze degli Stati contraenti (*public e general interest*), rispetto a quelli offerti dagli artt. 8-11 che possono essere limitati solo per le esigenze contenute negli stessi articoli (per la sicurezza nazionale, per la pubblica sicurezza, per il benessere economico del paese,

³⁰ Tra le tante: Corte EDU, James et al. c. Regno Unito, cit., par. 50; recentemente Corte EDU, Tendam c. Spagna, sent. 13 luglio 2010, .

³¹ Corte EDU, Broniowski c. Polonia, sent. 22 giugno 2004, par. 150.

³² OVEY C., WHITE R.C.A., *op. loc. cit.*, p. 346 e 375.

per la difesa dell'ordine e per la prevenzione dei reati, per la protezione della salute o della morale, per la protezione dei diritti e delle libertà altrui, etc.).

Giungiamo così alla terza considerazione: le possibilità di limitare il diritto di proprietà sono pertanto più vaste. La Corte e.d.u. ha sviluppato in effetti la c.d. *dottrina del margine di apprezzamento statale*: essa concede tendenzialmente ampi margini di libertà agli Stati per stabilire quali siano le esigenze collettive che possano giustificare il sacrificio del diritto di proprietà e sul punto non sostituisce il proprio apprezzamento a quello delle autorità nazionali³³, ma si limita ad applicare il test di proporzionalità, ossia a verificare se l'esigenza conclamata non sia del tutto sfornita di basi razionali, con ciò comportando un sacrificio irragionevole, e sproporzionato, del diritto individuale³⁴.

In ultima analisi, la dialettica è tra l'ampia latitudine concessa alle esigenze statali e l'efficacia della valutazione di proporzionalità; l'ampiezza della protezione garantita al diritto di proprietà sarà stabilita dalla determinazione con cui la Corte deciderà volta per volta di stabilire se un'interferenza col *Right of Property* possa essere giustificata con (e risulti pertanto proporzionata al) l'interesse pubblico invocato dallo Stato.

1.2. La confisca *versus* il diritto di proprietà: le indicazioni della giurisprudenza ordinaria, costituzionale, convenzionale sul *fair balance* tra diritto di proprietà e contrasto della criminalità

E' necessario ora gettare uno sguardo sul diritto vivente e passare dalle discussioni generali al tema specifico, ossia la confisca, per verificare come le due esigenze contrapposte – *individuale* al mantenimento della proprietà, *collettiva* al contrasto della criminalità – vengano composte: quale *fair balance* viene individuato quando si tratta di confisca?

Due premesse sono d'obbligo.

³³ PADELLETTI M.L., *Sub art. 1*, cit., p. 811.

³⁴ Corte EDU, James et al. c. Regno Unito, cit., par. 46.

Anzitutto è necessario chiarire quale sia la funzione sociale (art. 42 Cost.) e quale l'interesse generale-pubblico (art. 1 Prot. 1 CEDU) che possono legittimare la confisca dei beni collegati a un reato.

E' fuor di dubbio che la commissione di un reato costituisca un uso del diritto di proprietà non conforme alla sua funzione sociale e tale, quindi da giustificare la perdita; inoltre, la garanzia costituzionale della proprietà non si può estendere al prodotto, al profitto o al prezzo del reato, perché l'art. 42 prevede che i modi di acquisto della proprietà siano fissati su base legale, e nel nostro ordinamento la legge non considera il reato come modo di acquisto di tale diritto³⁵; quindi la confisca può dirsi legittimata dall'art. 42.

Per quanto riguarda l'interesse generale o pubblico, è pacifico che questi possano consistere nell'interesse alla prevenzione o repressione dei reati attraverso la confisca di cose considerate illecite o pericolose, in particolare di ricchezze che potrebbero essere reimpiegate per l'attività delittuosa: anche alla luce dell'art. 1 Prot. 1 la confisca può trovare piena giustificazione.

La seconda premessa che bisogna fare è una necessaria distinzione all'interno delle varie ipotesi di confisca previste nel nostro ordinamento: non tutte importano lo stesso sacrificio economico per chi le subisce e non tutte riguardano le stesse entità economiche. Diciamo quindi subito che vi sono alcune forme – la confisca classica, la confisca per equivalente – rispetto alle quali, avendo esse per oggetto cose intrinsecamente illecite oppure cose che sono state acquisite attraverso il reato (prezzo o profitto o loro equivalente), non è pensabile immaginare una lesione del diritto di proprietà, perché tale diritto non è riconosciuto dall'ordinamento a causa del suo modo d'acquisizione; ritenerlo protetto dall'art. 42 Cost. o dall'art. 1 Prot. 1 CEDU appare paradossale. Due sono pertanto le forme che potrebbero risultare in conflitto con la garanzia del diritto di proprietà: la confisca di prevenzione antimafia

³⁵ MAUGERI A.M., *Le moderne*, cit., p. 669. L'A. sviluppa il discorso sulla confisca allargata e di prevenzione anche in relazione al parametro offerto dall'art. 41 Cost. sulla libertà d'iniziativa economica privata, e adl'art. 23 Cost., che impone che il contenuto delle prestazioni patrimoniali sia predeterminato dalla legge. Si è preferito, per il parallelismo con la Convenzione europea, limitare l'indagine all'art. 42 Cost., tenuto conto comunque che anche in esso si può riscontrare il principio di legalità di cui all'art. 23 Cost.

e la confisca definitiva³⁶, poiché esse sono estese a tutto il patrimonio ingiustificato e non hanno nessun collegamento col reato che funge solo da occasione per la loro disposizione. L'illiceità dei beni che esse toccano è solo sospettata e non è affatto scontato che nel patrimonio colpito non siano ricomprese ricchezze che con l'illecito nulla hanno a che fare. E' in fin dei conti cosa ben diversa confiscare il profitto della rapina in banca pari a 20.000 €, l'equivalente della tangente pari a 50.000 €, oppure tutto il patrimonio sospetto pari a 1.000.000 €.

La nostra giurisprudenza ordinaria non dedica ai rapporti tra confisca e diritto di proprietà molta attenzione, se paragonata a quella dedicata ad altre questioni sorte in materia di confisca; i casi trattati riguardano soprattutto le due confische allargate³⁷. In riferimento alla confisca di prevenzione *ex art. 2 ter l. 575/1965* la Corte di cassazione ritiene che, non essendo paragonabile il diritto di proprietà con la libertà personale, esso può essere espropriato per motivi d'interesse generale, sicuramente sussistenti in caso di confisca dei beni provenienti da attività delittuose³⁸, oppure che "l'accertata pericolosità attuale di determinati soggetti, alimentata e potenziata dalla disponibilità di beni di illecita provenienza, determina una sorta di utilità pubblica alla espropriazione di detti beni ed alla restituzione alla collettività di quanto è stato illecitamente ad essa sottratto e mascherato in forma di legittima disponibilità"³⁹. Vi sono invero alcune sentenze in cui è possibile rinvenire una presa d'atto del (almeno potenziale) conflitto tra confisca di prevenzione e diritto di proprietà *ex art. 42 Cost.*; in alcuni arresti la Cassazione afferma che per contemperare le esigenze di difesa sociale e di prevenzione speciale, con quella di garantire la proprietà individuale, nel caso in cui il reimpiego di beni di sospetta provenienza illecita avvenga unitariamente all'utilizzo di beni di accertata provenienza illecita, il provvedimento ablativo dovrà colpire solo quella quota dei

³⁶ Annotazione simile, riferita anche ad analoghi strumenti previsti in altri ordinamenti, si rinviene in NICOSIA E., *Convenzione europea*, cit., p. 169.

³⁷ Ma per un pronunciamento anche su questa questione relativamente alla confisca per equivalente prevista dagli artt. 322 *ter* e 640 *quater* c.p., v. Cass. pen., sez. II, 14 giugno 2006 (dep. 27 settembre), n. 31988, Chetta, in *Giur. it.*, 2007, p. 967, dove si afferma che "la dissuasione, perseguita non irragionevolmente dal legislatore attraverso la minaccia sanzionatoria [...] assolve appunto ad una funzione sociale che è a fondamento dei limiti che il legislatore stesso può imporre".

³⁸ Cass. pen., sez. I, 4 gennaio 1985, Pipitone, in *Cass. pen.*, 1986, p. 378.

³⁹ Cass. pen., sez. VI, 7 maggio 1993, n. 704, Carnana et al., in *Riv. pen.*, 1994, p. 441; Cass. pen., sez. VI, 24 gennaio 1995, n. 249.

beni riferibile al reimpiego dei profitti illeciti⁴⁰. Esemplificando, se il sospetto cade su un'azienda, che si ritiene avviata in parte col riciclaggio di profitti illeciti, ma si sa che nel valore di quest'azienda sono confluite anche delle somme legittimamente ricevute in eredità, la confisca dovrà riguardare solo la quota di azienda riferibile al reimpiego dei profitti illeciti. L'affermazione pur lodevole pare ovvia: sarebbe radicalmente *contra legem* permettere la confisca dell'intero bene, perché di parte di esso si è fornita giustificazione e la confisca per sproporzione non è possibile giacché uno dei suoi presupposti è mancante⁴¹; la questione c'entra poco o nulla con il bilanciamento tra diritto individuale e esigenze collettive.

L'atteggiamento della giurisprudenza ordinaria di fronte all'art. 12 *sexies* l. n. 356/1992 non è poi così diverso: si afferma che la tutela costituzionale della proprietà si riferisce alla proprietà legittimamente acquisita e che la confisca limitata ai beni di cui non si giustifichi la legittima provenienza escluderebbe la violazione del diritto di proprietà⁴².

Alcune sentenze della Cassazione si sono occupate infine anche del diritto di proprietà in relazione alla confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle costruzioni ivi abusivamente costruite (art. 44 d.P.R. 380/2001)⁴³; in alcuni di questi casi i ricorrenti lamentavano la lesione del diritto di proprietà poiché per effetto della confisca sarebbero stati privati di terreni non connessi al reato, e quindi la confisca si sarebbe dimostrata sproporzionata realizzando un'illegittima violazione del diritto di proprietà priva di giustificazione⁴⁴. La Corte nomofilattica ha tendenzialmente risposto che la privazione della proprietà troverebbe giustificazione nella necessità di assicurarne la funzione sociale, "cosicché, nel contrasto tra interesse collettivo e interesse privato, e quindi tra diritti della collettività e del privato tutti costituzionalmente garantiti, è razionale che debbano prevalere i primi"⁴⁵.

⁴⁰ Cass. pen., sez. VI, 24 gennaio 1995, n. 249; Cass. pen., sez. VI, 2 marzo 1999, n. 803; Cass. pen., sez. I, 4 luglio 2007, n. 33479.

⁴¹ Sui presupposti della confisca ex art. 12 *sexies* d.l. 306/1992 v. cap. I, par. 5.3.

⁴² Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 1996, Berti, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3652; Cass. pen., sez. VI, 26 marzo, 1998, n. 1087;

⁴³ Cass. pen., sez. III, 27 gennaio 2005, n. 10037; Cass. pen., sez. III, 26 giugno 2008, n. 37472; Cass. pen., sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078.

⁴⁴ V. le ultime due sentenze citate alla nota precedente.

⁴⁵ Cass. pen., sez. III, 26 giugno 2008, n. 37472 v. anche per una motivazione analoga Cass. pen., sez. III, 27 gennaio 2005, n. 10037.

La giurisprudenza ordinaria si dimostra in effetti piuttosto sbrigativa e propensa a giustificare nella clausola della funzione sociale il sacrificio del diritto di proprietà; anche la Corte costituzionale, che pur se n'è occupata in più di un'occasione, non si è mai soffermata particolarmente sul punto.

Una prima sentenza, che tra l'altro non riguarda direttamente la confisca ma il delitto di possesso ingiustificato di valori *ex art. 708 c.p.*, può essere presa a esempio della *tolleranza*⁴⁶ dimostrata (anche) dalla Corte nei confronti del sacrificio del diritto di proprietà di fronte a esigenze connesse alla lotta alla criminalità e alla prevenzione del riciclaggio come strumento di reiterazione dei reati. Nella sent. 464/1992 la Corte ha sbrigativamente negato – in chiusura delle sue considerazioni – la violazione dell'art. 42 Cost. da parte dell'art. 708 c.p. giacché esso mirerebbe a contrastare le molteplici e mutevoli forme con le quali lo svolgimento di iniziative economiche viene a collegarsi ad attività criminali⁴⁷.

Dei rapporti tra diritto di proprietà e confisca la Corte si è inoltre occupata nella sent. 48/1994. La violazione del diritto di proprietà era stata impostata in relazione alla possibilità di disporre il sequestro preventivo finalizzato alla confisca *ex art. 12 quinquies d.l. 306/1992*: la Corte ritenne che "i limiti di disponibilità dei beni si correlano alla funzione preventiva della cautela e, quindi, ad esigenze connesse ad una situazione di pericolo per la collettività che ben possono giustificare l'imposizione del vincolo"⁴⁸.

La ricerca di un *fair balance* tra esigenze collettive e diritto individuale di proprietà nei casi di confisca è stata invece trattata in modo molto più approfondito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. La confisca viene tendenzialmente considerata non una *privazione della proprietà* (ammissibile alle condizioni indicate dal § 1 art. 1 Prot. 1), ma una *regolamentazione dell'utilizzo* dei beni al fine di

⁴⁶ L'espressione è di MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 673.

⁴⁷ Richiamando sul punto la sua ord. n. 105/1988.

⁴⁸ Oltre alle due sentenze esposte ve ne sono altre in cui la Corte si è occupata di diritto di proprietà e confisca, ma di aspetti che non rientrano nel tema della presente trattazione. Nella sent. 335/1996 la questione relativa alla violazione dell'art. 42 era stata prospettata in chiave inversa rispetto a come la si sta presentando qui, poiché il remittente giudicava in contrasto con la funzione sociale della proprietà il fatto che la confisca di prevenzione non fosse più possibile dopo la morte dell'indiziato, poiché così la legge avrebbe permesso la circolazione di beni *antisociali*; nell'ord. 18/1996, dove la Corte rinvia a quanto da essa affermato nella sent. 48/1994; nella sent. 229/1974 sulla confisca nel caso di contrabbando, in cui a entrare in gioco era il comma 3 dell'art. 42, relativo all'indennizzo, e non la questione del contemperamento tra diritto individuale ed esigenze collettive.

consentire l'adempimento delle sanzioni penali (ovvero una delle quattro finalità considerate dal § 2 art. 1 Prot. 1)⁴⁹, anche se la distinzione, che sarebbe astrattamente determinante per stabilire le condizioni necessarie per l'interferenza statale con il pacifico godimento dei propri beni, ha perso rilevanza nella giurisprudenza della Corte e.d.u. più recente perché tra le varie condizioni viene valorizzato il *test of proportionality*. Ciò che conta maggiormente è che fin dalle sue sentenze più remote su casi di confisca previsti in ordinamenti stranieri, la Corte di Strasburgo ha inteso verificare se la misura fosse proporzionata al fine perseguito e non comportasse un sacrificio eccessivo del diritto tutelato dall'art. 1 Prot. 1 CEDU⁵⁰. Tra le forme di confisca previste dal nostro ordinamento, finora la Corte ha valutato la ragionevolezza del sacrificio del diritto di proprietà comportato dalla confisca di prevenzione antimafia, che non essendo stata considerata – seppur dalla Commissione europea – *penalty*⁵¹, è stata finora portata all'attenzione dei giudici di Strasburgo per quanto riguarda la sua legittimità con l'art.1 Prot. 1 CEDU e con l'art. 5 CEDU; anche nel caso *Sud Fondi* però la Corte ha svolto il *test of proportionality*.

A partire dalla nota sentenza sul caso *Raimondo*, la Corte europea ha sempre riconosciuto che il fine perseguito dalla confisca antimafia rientra nell'interesse generale a far sì che l'uso della proprietà da parte di colui che è indiziato di far parte di un'organizzazione criminale non sia finalizzato a procurare a costui o all'organizzazione stessa illeciti vantaggi a danno della comunità⁵²; è pertanto ha giudicato legittimo – perché non sproporzionato rispetto al fine – il sacrificio del *right of property*. E da allora, sulla base di questo precedente, la Corte ha considerato tutti i casi di confisca di prevenzione portati alla sua attenzione irricevibili⁵³ o infondati⁵⁴. La valutazione di proporzionalità si conclude a favore dell'esigenze statali con pregiudizio del diritto individuale: "la Cour souligne que la mesure litigieuse s'inscrit dans le cadre d'une politique de prévention criminelle et considère

⁴⁹ Corte EDU, Phillips c. Regno Unito, sent. 5 luglio 2001, par. 51; Corte EDU, Raimondo c. Italia, sent. 22 febbraio 1994, par. 27.

⁵⁰ Corte EDU, Handyside c. Regno Unito, sent. 7 dicembre 1976; Corte EDU, AGOSI c. Regno Unito, sent. 24 ottobre 1986.

⁵¹ Sul punto, e per alcune considerazioni critiche, v. *supra* par. 8.3. cap. II.

⁵² Corte EDU, Raimondo c. Italia, cit.

⁵³ Corte EDU, Prisco c. Italia, decis. 15 giugno 1999; Corte EDU, Arcuri et al. c. Italia, decis. 5 luglio 2001; Corte EDU, Riela et al. c. Italia, decis. 4 settembre 2001.

⁵⁴ Corte EDU, Bongiorno et al. c. Italia, sent. 5 aprile 2010.

que, dans la mise en œuvre d'une telle politique, le législateur doit jouir d'une grande latitude pour se prononcer tant sur l'existence d'un problème d'intérêt public appelant une réglementation que sur le choix des modalités d'application de cette dernière"⁵⁵. Questa è in ultima analisi – anche perché l'affermazione è contenuta in numerosi pronunciamenti – la ragione che giustifica per la Corte l'ablazione di tutto il patrimonio: " The Court is fully aware of the difficulties encountered by the Italian State in the fight against the Mafia. As a result of its unlawful activities, in particular drug-trafficking, and its international connections, this "organisation" has an enormous turnover that is subsequently invested, inter alia, in the real property sector. Confiscation, which is designed to block these movements of suspect capital, is an effective and necessary weapon in the combat against this cancer. It therefore appears proportionate to the aim pursued, all the more so because it in fact entails no additional restriction in relation to seizure"⁵⁶.

Nella sentenza *Sud Fondi* invece la Corte ha ritenuto che si fosse verificata una violazione dell'art. 1 Prot. 1, però sotto il profilo della mancanza di una base legale per l'interferenza statuale col diritto di proprietà che avrebbe reso la stessa arbitraria⁵⁷; nonostante questo potesse esimere la Corte dal valutare se ci fosse stata una rottura del giusto equilibrio, essa ha inteso valutare anche questo aspetto, ritenendo che l'estensione della confisca (85 % dei terreni non costruiti) non si giustificasse col fine perseguito⁵⁸.

1.3. Due punti fermi per una possibile composizione del conflitto

Alla luce della rassegna appena svolta, l'atteggiamento delle tre Corti può essere definito di sostanziale *apertura* al sacrificio del diritto di proprietà di fronte agli interessi pubblici con esso confliggenti⁵⁹: l'attività di prevenzione e di repressione dei reati e l'allarme sociale derivante dalla disponibilità in capo alle

⁵⁵ Corte EDU, Prisco, cit.

⁵⁶ Corte EDU, Raimondo, cit., par. 30.

⁵⁷ Corte EDU. *Sud Fondi*, cit., par. 137.

⁵⁸ *Ibidem*, par. 138.

⁵⁹ Lo rileva in relazione alla sola giurisprudenza della Corte e.d.u., NICOSIA E., *Convenzione europea*, cit., p. 171.

organizzazioni criminali di ingenti patrimoni, assestano il giusto equilibrio in senso favorevole alla confisca.

La metodologia del *test of proportionality* seguita dalla Corte europea, per la sua strutturatezza e per il suo aspetto pragmatico, si mostra però più attenta al diritto individuale sacrificato rispetto alle veloci conclusioni qui spesso giungono le nostre Corti. La Corte di Strasburgo è favorita sul punto non solo dal suo tradizionale approccio teso all'*effettività* delle garanzie convenzionali, ma anche dal testo a sua disposizione – l'art. 1 Prot. 1 CEDU – che nella sua stessa formulazione imposta il diritto di proprietà come diritto *individuale* ("Ogni persona fisica o giuridica ha diritto...", "Nessuno può essere privato..."); si legga l'art. 42 Cost. per comprendere come esso, al contrario, appaia più attento a bilanciare il diritto di proprietà tra autonomia privata e intervento pubblico, che non a strutturarlo come diritto fondamentale. Non a caso, in apertura del presente paragrafo, si è sottolineata la sua stessa collocazione nel titolo dedicato ai Rapporti economici e non tra i Rapporti civili in cui rientrano i diritti fondamentali espressamente riconosciuti dalla nostra Costituzione⁶⁰. Ciò non toglie però che il diritto di proprietà debba essere considerato un diritto *individuale fondamentale*, riconosciuto anche da importanti trattati internazionali sottoscritti e ratificati dall'Italia, tra cui la Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo di New York (10 gennaio 1948)⁶¹ e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea di Nizza (7 dicembre 2000)⁶².

E a una considerazione in tal senso del diritto di proprietà si può giungere anche attraverso un'integrazione tra la Costituzione e la Convenzione europea nel senso di quell'accrescimento di tutela indicato dalla Corte costituzionale nella sent. 317/2009, come esito di una lettura congiunta delle due norme; non si rinvergono difatti dati letterali che impediscano una lettura dell'art. 42 Cost. maggiormente

⁶⁰ Non a caso, nell'autorevole commento all'art. 42 che è stato qui usato (RODOTÀ S., *Sub art. 42*, cit.), l'autore non si riferisce mai al diritto di proprietà come diritto individuale fondamentale.

⁶¹ Art. 17: "Ogni individuo ha diritto a diritto ad avere proprietà sua personale o in comune con altri. Nessun individuo potrà essere arbitrariamente privato della sua proprietà".

⁶² Art. 17: "Ogni individuo ha il diritto di godere della proprietà dei beni che ha acquistato legalmente, di usarli, di disporne e di lasciarli in eredità. Nessuno può essere privato della proprietà se non per causa di pubblico interesse, nei casi e nei modi previsti dalla legge e contro il pagamento in tempo utile di una giusta indennità per la perdita della stessa. L'uso dei beni può essere regolato dalla legge nei limiti imposti dall'interesse generale. La proprietà intellettuale è protetta".

indirizzata a considerare il diritto di proprietà come diritto fondamentale. In virtù di questa lettura, si potrebbe sperare che la Corte costituzionale sia spinta in futuro a far anche suo il test di proporzionalità utilizzato dalla Corte europea, proteggendo il diritto di proprietà non solo con l'art. 41 Cost. ma anche, come norma interposta, con l'art.1 Prot. 1 CEDU.

La tutela del diritto di proprietà però, vista anche la latitudine che la stessa Corte di Strasburgo ha riconosciuto agli interessi generali degli Stati, non si può però arrestare qui⁶³. Due condizioni possono essere quindi individuate affinché la lesione del diritto di proprietà possa considerarsi legittima:

- a. la ricerca del giusto equilibrio tra il diritto individuale e l'esigenza collettiva, di cui si è già detto⁶⁴;
- b. la legittimità dello strumento col quale si sacrifica il diritto costituzionale-convenzionale come *precondizione necessaria* per il suo sacrificio⁶⁵.

Poiché infatti si tratta della lesione di un diritto costituzionale, tale lesione deve essere apportata attraverso il *pieno rispetto* dei principi che presiedono il potere d'intervento statale, quindi, in campo penale, delle disposizioni della Costituzione e della Convenzione europea che regolano pene, misure di sicurezza, misure di prevenzione⁶⁶. Da questa necessità si allontana enormemente un arresto della giurisprudenza ordinaria, dove si è affermato, riferendosi alla confisca allargata, che la minore importanza del diritto di proprietà giustificerebbe l'inversione dell'onere della prova (e forse la violazione della presunzione d'innocenza)⁶⁷.

Ora, non si vuole negare – lo si è ribadito più volte – che il diritto di proprietà è un diritto *comprimibile*, e pertanto, che nel bilanciamento con altre esigenze

⁶³ Cfr. la recente sentenza Corte EDU, Vistins e Perepjolkins c. Lettonia, sent. 8 marzo 2011.

⁶⁴ V. anche FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., pp. 443 e ss.

⁶⁵ MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 671. V. anche l'A. citata alla nota precedente, p. 447: "la tipologia dello strumento utilizzato – espropriazione con efficacia [...] punitiva – trascina nel giudizio di bilanciamento il sottosistema delle garanzie penali e la problematica estensione di queste ad interventi punitivi diversi dalla pena detentiva e dalla pena pecuniaria".

⁶⁶ Tra questi principi che devono assistere gli strumenti penali, spicca per la sua diretta invasività sul *quantum* il diritto di proprietà sia effettivamente sacrificato, il principio di proporzionalità della pena inflitta al fatto compiuto.

⁶⁷ Cass. pen, sez. VI, 26 marzo 1998, n. 1087.

riconosciute dalla Costituzione o dalla CEDU esso possa più facilmente soccombere rispetto ad altri diritti individuali più importanti, come quello alla libertà personale.

Ciò non toglie però, che anche il diritto di proprietà abbia piena cittadinanza costituzionale e convenzionale: esso fornisce le basi materiali per lo sviluppo della persona umana, è condizione fondamentale per l'uguaglianza sostanziale delle persone (art. 3 co. 2 Cost.) e per l'esercizio *di fatto* di molti altri diritti *inviolabili* riconosciuti nelle due fonti (quale libertà di riunione, associazione, culto, espressione se non si hanno le basi materiali per il sostentamento?).

Come ogni altro diritto individuale e fondamentale pertanto, il suo sacrificio non solo va confrontato ed equilibrato con l'esigenza alla base del sacrificio stesso, ma va anche disposto con strumenti legittimi. Se nessuno si sognerebbe mai in uno Stato di diritto di consentire una violazione della libertà personale in violazione della presunzione d'innocenza o del principio di personalità della responsabilità penale, per esempio, non si vede perché questo possa accadere nei confronti del diritto di proprietà; la sua minor rilevanza non ne può consentire sacrifici illegittimi, ma solo più frequenti.

In un atteggiamento come quello riscontrato nella sentenza appena citata, ma in fin dei conti riscontrabile in tutta la giurisprudenza ordinaria riguardante la confisca, come avremo modo di verificare, si può riscontrare una certa disinvoltura nel concedere sacrifici del diritto di proprietà per mezzo di strumenti di dubbia legittimità; la ragione di questa disinvoltura si può rinvenire a sua volta nel minor peso riconosciuto al diritto di proprietà, il cui sacrificio sarebbe maggiormente tollerabile. Questo atteggiamento però, lo ripeto nuovamente, è sbagliato e *utilitaristico*⁶⁸, perché il minor peso concesso al diritto di proprietà nel bilanciamento con altre esigenze non c'entra nulla col rispetto delle garanzie individuali che presiedono gli strumenti penali a disposizione dello Stato, le quali entrano in gioco come prerequisito per l'intervento statale *qualsiasi sia* il diritto individuale compromesso. Di fronte al diritto di proprietà, in fin dei conti, il fine – ma non qualunque fine – può giustificare i mezzi, purché essi siano proporzionati e soprattutto legittimi. E poiché con la confisca il legislatore ha prescelto uno

⁶⁸ E non è neanche la prima volta che la giurisprudenza segue orientamenti utilitaristici, v. par. 6 cap. II.

strumento penale, per la precisione una vera e propria *pena* – per lo meno a giudizio di chi scrive – la confisca deve rispettare lo statuto garantistico che Convenzione europea e Costituzione stabiliscono per le pene affinché il sacrificio del diritto di proprietà non sia illegittimo.

La restante parte di questo lavoro sarà dedicata all'esame di questi principi che costruiscono il *volto costituzionale e convenzionale* delle sanzioni penali.

2. Il principio d'irretroattività delle pene

Uno dei principi con cui la Costituzione e la Convenzione europea costruiscono lo statuto garantistico delle pene è il principio di irretroattività delle stesse. Bisogna a questo punto esaminare quali sono i principi che devono regolare l'applicazione della confisca nel tempo, tenuto conto della rilevanza su tale questione del problema inerente alla sua qualificazione.

La nostra Carta costituzionale infatti – ma anche il codice penale – discrimina l'ambito di applicazione del principio d'irretroattività delle sanzioni penali in base al *nomen juris* che il legislatore assegna agli strumenti di reazione al reato; pertanto si partirà da un'analisi di tale articolo per individuare la regola generale applicabile alle misure di sicurezza, per poi esaminare come tale regola è applicata dalla giurisprudenza ordinaria alla confisca, mettendo in luce come le deviazioni dalla retroattività derivino dalla qualificazione dell'ablazione come sanzione. Quindi, si passerà a un'esposizione dell'art. 7 CEDU per tentare, alla luce di tale norma e delle posizioni della dottrina più garantista sull'art. 25 Cost. stesso, di chiarire come una lettura congiunta delle due norme possa portare a quel *plus* di tutela auspicato dalla sent. 317/2009 della Corte costituzionale.

2.1. L'art. 25 co. 3 Cost (e l'art. 200 c.p.)

L'art. 25 Cost. stabilisce, oltre al principio del giudice naturale precostituito per legge (comma 1°), l'ambito di operatività in campo penale dei principi di legalità e d'irretroattività (commi 2° e 3°). In questo paragrafo ci occuperemo del principio

d'irretroattività, poiché, come avremo modo di illustrare, le tensioni tra esso e la confisca si verificano con particolare frequenza.

All'indomani della promulgazione della Costituzione fu molto discusso se la *ratio* dell'irretroattività delle norme incriminatrici e delle pene fosse una *ratio* di *certezza* o di *garanzia*⁶⁹; questo avrebbe avuto delle notevoli conseguenze per quanto riguarda l'applicazione del principio del *favor rei*⁷⁰, previsto espressamente dall'art. 2 c.p., il quale però rimane fonte subordinata alla Costituzione. Poiché in verità la questione, sul quale è recentemente intervenuta un'importante sentenza della Corte europea⁷¹, esula dall'argomento del presente lavoro, si rinvia ad altri e ben più autorevoli lavori⁷².

Quello che è rilevante per il nostro studio è il principio di irretroattività delle *pene*, ossia quel principio che impone che la legge con cui un'azione o un'omissione vengano incriminate e punite entri in vigore prime che tale azione od omissione siano state compiute. Sembra di poter dire – senza paura di ricevere obiezioni – che tale principio racchiude una *ratio* di *certezza* in quanto *garanzia* del cittadino, dal momento che "garantisce il cittadino dagli arbitri sia del giudice sia del legislatore: il cittadino deve poter conoscere in anticipo se dalle sue azioni possono derivare responsabilità penali"⁷³ e, aggiungerei, egli deve poter conoscere anche in che forma si concretizzerà questa responsabilità penale. Il principio d'irretroattività non opera infatti solo sul piano dell'*an* della pena, quindi solo per quanto riguarda l'incriminazione, ma anche per quanto riguarda il *quomodo* della pena⁷⁴, cioè il concreto atteggiarsi della risposta sanzionatoria; su questo però torneremo in chiusura del presente paragrafo.

⁶⁹ Sul punto v. BRICOLA F., *Sub art. 25 commi 2 e 3 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., Bologna, 1981, pp. 284 e ss. A tacere dell'altra questione sollevata dall'art. 25 relativa alla costituzionalizzazione del doppio binario; sul punto v. *supra* nota 62 cap. II.

⁷⁰ Nel senso che se la *ratio* fosse stata da intendersi di garanzia, l'art. 25 avrebbe imposto l'applicazione retroattiva delle norme più favorevoli al reo; se la *ratio* fosse stata da intendersi di certezza, l'art. 25 avrebbe imposto solo l'inapplicabilità retroattiva delle norme sfavorevoli; per una posizione intermedia tra le due, v. l'A. citato alla nota precedente, p. 286.

⁷¹ Corte EDU, Scoppola c. Italia, sent. 7 settembre 2009.

⁷² *Ex multis* PALAZZO F., *Corso di diritto*, cit., pp. 161 e ss.

⁷³ D'AMICO M., *Sub art. 25 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., Torino, 2006, p. 545.

⁷⁴ *Ibidem*.

L'irretroattività delle pene deve essere considerata un *corollario* della legalità delle stesse⁷⁵: se la ragion d'essere del principio di legalità è quella di riservare alle assemblee democraticamente elette il compito di stabilire cosa costituisca reato, per evitare scelta arbitrarie del potere esecutivo o giudiziario in una materia così sensibile, si tratterebbe di una garanzia debole se poi si permettesse al potere legislativo di incriminare determinate condotte *ex post* rispetto alla loro commissione⁷⁶; in tal caso, l'esigenza di far sì che il cittadino possa parametrare le proprie azioni sulle responsabilità cui andrà incontro apparebbe comunque violata. Pertanto, il rispetto del principio d'irretroattività è necessario perché il principio di legalità non diventi una formula vuota, ma conservi il suo ruolo protettivo nei confronti del cittadino.

L'art. 25 Cost. non pone distinzioni *sostanziali* tra pene e misure di sicurezza riguardo al principio di legalità⁷⁷; riguardo al principio di irretroattività, espressamente previsto per le pene ("Nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso"), la disposizione costituzionale invece rimane *silente* in riferimento alle misure di sicurezza.

Per stabilire i criteri che regolano l'applicazione delle misure di sicurezza nel tempo, è pertanto necessario riferirsi al codice penale, in particolare all'art. 200, anche perché l'art. 25 co. 3 Cost. "viene visto come pura e semplice trasposizione sul piano costituzionale dell'art. 199 e 200 cod. pen. (1° e 2° comma)"⁷⁸.

L'art. 200 prevede due distinte regole sull'applicazione temporale delle misure di sicurezza:

⁷⁵ Secondo DEL CORSO S., *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. penal.*, Torino, 1999, p. 89, è da considerarsi un *limite* dello stesso: la questione è puramente terminologica, perché la ragione del nesso tra i due principi non cambia.

⁷⁶ Cfr. CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, v. I, a cura di INSOLERA G., MAZZACUVA N., PAVARINI M., ZANOTTI M., Torino, 2006, p. 187

⁷⁷ Nonostante la diversa formulazione (in riferimento alla pena l'art. 25 parla di "fatto", in riferimento alle misure di sicurezza parla di "casi"), si ritiene comunemente che la riserva di legge abbia la stessa portata tanto nei confronti delle pene quanto delle misure di sicurezza. Sul punto v. FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 810: "Il principio in parola, dunque, garantisce che ogni attività di applicazione di misure di sicurezza riceva la sua legittimazione dalla legge, la quale deve determinare il tipo di misura applicabile ed elencare tassativamente i casi nei quali il giudice può adottarla", dove pur tuttavia gli autori riconoscono l'ineliminabile *deficit* di tassatività delle misure di sicurezza, legato all'inevitabile margine d'incertezza delle prognosi di pericolosità.

⁷⁸ BRICOLA F., *Sub art. 25*, cit., p. 301.

- a. le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione (comma 1);
- b. se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo della esecuzione (comma 2).

Quindi, alla lettera della norma, è consentita l'applicazione retroattiva della normativa riguardante di misura di sicurezza; la portata di tale possibilità è tuttavia particolarmente discussa. Nessuno oggi ammette la possibilità che una misura di sicurezza venga applicata retroattivamente a un fatto che prima della legge che l'ha prevista non era considerato reato; in tal caso l'irretroattività sarebbe garantita dallo stesso art. 25 co. 2 Cost. e dall'art. 2 c.p., che prevedono l'irretroattività delle disposizioni incriminatrici. A ben vedere però in questo caso non si discorre tanto dell'applicazione retroattiva di una misura di sicurezza per un fatto previsto dalla legge come reato (o quasi-reato), quanto del divieto d'incriminazione retroattiva che altrimenti sarebbe svuotato del suo significato "perché sarebbe facile al legislatore aggirarne la disposizione, statuendo l'applicabilità di misura di sicurezza, anziché di pene"⁷⁹. Il reato come presupposto della misura di sicurezza non è pertanto sottratto al canone dell'irretroattività⁸⁰.

Quando il fatto è preventivamente considerato illecito, le posizioni sono diverse.

Secondo parte della dottrina, l'operatività del divieto di retroattività in relazione alle misura di sicurezza si fermerebbe al divieto d'incriminazione retroattiva⁸¹. Sarebbe pienamente possibile pertanto:

- a. *applicare una misura più grave* rispetto a quella prevista nel *tempus commissi delicti*;
- b. *eseguire la misura di sicurezza in corso con modalità più gravose* rispetto a quelle previste quando la misura fu disposta, per effetto di una legge posteriore;

⁷⁹ PAGLIARO A., *Legge penale nel tempo*, in *Encicl. del dir.*, Milano, 1973, p. 1066.

⁸⁰ GRASSO G., *Sub art. 200*, in *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di ROMANO-GRASSO-PADOVANI, Milano, 2011, p. 457.

⁸¹ CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, cit., p. 197; CARACCIOLI I., *I problemi generali*, cit., p. 119; DEL CORSO S., *Successione*, cit., p. 106; GRASSO G., *Sub art. 200*, cit., p. 457; MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 827; NUVOLONE P., *Misure*, cit., p. 651.

c. soprattutto, *applicare una misura* di sicurezza a un reato per il quale *non era originariamente prevista*.

Per giustificare quest'orientamento, oltre al silenzio della Costituzione sul punto e al testo dell'art. 200 c.p., viene invocata la *natura preventiva* e non retributiva delle misure di sicurezza, le quali tendono a porre un rimedio a uno stato di pericolosità "con le misure più adeguate, via via scoperte nel tempo"⁸².

Altra parte della dottrina restringe la possibilità di applicare retroattivamente le misure di sicurezza alle ipotesi *sub a.* e *c.*, espungendo quindi la possibilità di applicare retroattivamente una misura di sicurezza originariamente non prevista⁸³. Secondo quest'orientamento, dal momento che il legislatore utilizza i termini "applicazione" ed "esecuzione" egli intende riferirsi a due momenti diversi⁸⁴: le misure di sicurezza sono disciplinate (come le pene, salvo eccezioni derivanti dal principio del *favor rei*) dalla legge vigente nel momento in cui esse sono applicate; qualora essa cambi, è possibile procedere nell'esecuzione della misura secondo le nuove modalità, anche più gravose, conformemente al presupposto delle misure di sicurezza, ossia la – mutevole nel tempo – pericolosità sociale⁸⁵. Secondo questi autori, inoltre, l'impossibilità di applicare una misura di sicurezza a un reato rispetto al cui momento di commissione essa non era prevista, sarebbe meglio rispondente (e quindi *costituzionalmente orientata*) alla *ratio* di tutela del cittadino propria dell'art. 25 Cost.⁸⁶

Tale *ratio* di garanzia determina una delle ragioni principali che spinge questa parte della dottrina a propendere per un'interpretazione particolarmente restrittiva dell'art. 200 c.p. e consequenzialmente a estendere buona parte del principio d'irretroattività anche alle misure di sicurezza, ossia l'esigenza di ridurre il rischio di "frodi delle etichette", vale a dire la possibilità che il legislatore qualifichi ciò che è pena *nella sostanza*, come misura di sicurezza, per sfruttarne l'applicazione

⁸² MANTOVANI F., *op. loc. cit.*, *ivi*.

⁸³ FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 810; GROSSO C.F., *Responsabilità penale*, in *Noviss. dig. ital.*, Torino, 1982, p. 728; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale*, cit., p. 85; MONTEVERDE M., ZAVATARELLI F., *Sub art. 200*, in *Codice penale commentato*, a cura di MARINUCCI G. – DOLCINI E., Milano, 1999, p. 1639; PAGLIARO A., *Legge penale*, cit., p. 1066; PALAZZO F., *Corso*, cit., p. 580; PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., p. 666.

⁸⁴ PAGLIARO A., *Legge penale*, cit., p. 1067.

⁸⁵ PALAZZO F., *Corso*, cit., p. 580.

⁸⁶ *Ex multis* MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale*, cit., p. 84.

retroattiva⁸⁷; si tratta, tra l'altro, di un'esigenza avvertita anche da quegli autori che forniscono un'interpretazione del regime temporale delle misure di sicurezza coincidente esclusivamente col divieto d'incriminazione retroattiva, e pertanto con l'inapplicabilità di una misura di sicurezza a un fatto originariamente non incriminato⁸⁸.

Diciamo in parole semplici che il costituente, discriminando la portata del principio d'irretroattività delle pene sulla base della qualificazione fornita dall'ordinamento allo strumento penale come pena *strictu senso* o come misura di sicurezza, ha fornito su un piatto d'argento al legislatore la possibilità di eludere il principio d'irretroattività, tenuto conto del fatto che non vi è una regola costituzionale che lo vincoli a introdurre, a seconda dei casi, pene o misure di sicurezza⁸⁹.

Anche la Corte Costituzionale si è occupata della questione dell'applicazione retroattiva delle misure di sicurezza e ha riconosciuto la legittimità costituzionale della loro applicazione retroattiva, fondandone la razionalità sulla finalità *preventiva* delle stesse, che necessiterebbe di essere adeguata, anche retroattivamente, alle nuove istanze di prevenzione che emergano nel tempo⁹⁰.

La giurisprudenza ordinaria ritiene, concordemente con l'orientamento dottrinale meno restrittivo, che le misure di sicurezze siano regolate dalla legge in vigore al tempo della loro esecuzione: non ne viene pertanto considerata possibile l'applicazione a fatti che al momento della loro commissione non costituivano reato,

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Tra gli autori citati alla nota 83, v. MANTOVANI F., *Diritto penale*, cit., p. 827.

⁸⁹ Chiarissimo sul punto ESPOSITO C., *Irretroattività e "legalità" delle pene nella nuova Costituzione*, in *Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 100: "Tuttavia appunto perché le misure di sicurezza, per loro natura e per i loro fini, sfuggono alle garanzie ed ai limiti delle pene, sorge il problema se il legislatore possa, nel sistema della nostra Costituzione, comminare liberamente misure di sicurezza e possa, per esempio, sottoporre i delinquenti a qualsiasi misura non prevista nel momento del commesso delitto [...]. Chi dia una risposta positiva al quesito deve riconoscere che la garanzia offerta nei confronti del legislatore dalla solenne proclamazione che nessuno può essere punito se non previa legge penale è nella nostra Costituzione assai scarsa, essendo possibile che il delinquente sia, in seguito se non a cagione del delitto, sottoposto a misure di sicurezza non previste nel momento del compimento del delitto; ed essendo libero il legislatore di configurare le pene retroattive come misure di sicurezza contro il delinquente".

⁹⁰ C. cost., sent. n. 53/1968, dove la Corte ha riconosciuto che l'art. 25 riconosca l'art. 200 c.p., e che pertanto le misure di sicurezza non sono regolate "da un imperativo giuridico anteriore al fatto punibile, ma da quelle disposizioni che via via l'ordinamento riconoscerà più idonee ad una efficace lotta contro il pericolo criminale".

ma ne si consente l'applicazione a fatti di reato per i quali la misura non era originariamente prevista⁹¹.

2.2. Le conseguenze della qualificazione della confisca sulla sua applicazione retroattiva.

La qualificazione della confisca come pena o come misura di sicurezza (o di prevenzione) ha quindi un'incidenza diretta sul suo regime temporale. Bisogna chiarire però che in relazione alla confisca, essendo questa misura che non riceve esecuzione ma esaurisce i suoi effetti una volta applicata, non è possibile distinguere tra applicazione ed esecuzione, quindi la retroattività non può investire né la misura più grave rispetto al *tempus commissi delicti* né le modalità più gravose della stessa. L'art. 236 c.p., non a caso, nell'estendere alle misure di sicurezza patrimoniali le regole sul regime temporale delle misure di sicurezza personali dettate dall'art. 200 c.p., richiama per la confisca solo il primo comma, e non il secondo; anch'essa è pertanto disciplinata dalla legge in vigore al tempo della sua applicazione (art. 200 comma 1 c.p.) e non dalla legge di commissione del fatto come avviene per le pene (art. 2 comma 1 c.p.), pur non facendosi distinzioni tra applicazione ed esecuzione.

E' stato sostenuto in dottrina che il mancato richiamo del 2° comma dell'art. 200 c.p., importerebbe che la confisca non deroghi, per quanto riguarda il principio della prevalenza del trattamento più mite, all'art. 2 co. 4 c.p. (come invece farebbe, per le altre misure di sicurezza, il co. 2 dell'art. 200 c.p.); pertanto se ne è concluso che la confisca non sarebbe applicabile a fatti di reato che, al momento di commissione, non erano puniti con tale sanzione patrimoniale, giacché varrebbe il principio generale del *favor rei*, non derogato in tal caso dalla distinzione tra applicazione ed esecuzione delle misure di sicurezza⁹². Tale lettura della norma appare tuttavia forzata, anche perché pare quanto meno dubbio scorgere tra art. 2 e art. 200 un rapporto di regola ed eccezione⁹³. Si tratta piuttosto di norme che

⁹¹ Cass. pen., sez. I, 17 maggio 1984 (dep. 29 giugno), n. 1193, Sibilis, in *Riv. pen.*, 1985, p. 209.

⁹² ABBAGNANO TRIONE A., *L'art. 12 sexies*, cit., p. 436.

⁹³ Non concorda infatti ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 12, per il quale il mancato richiamo è dovuto all'impossibilità di distinguere tra applicazione ed esecuzione della confisca; secondo tale A. sarebbe possibile ritenere la confisca regolata dall'art. 2 c.p. non tanto per il mancato richiamo

regolano materie diverse: l'una la successione delle leggi incriminatrici (con relative pene), l'altra l'applicazione nel tempo delle misure di sicurezza; a estendere alla confisca il principio d'irretroattività si può giungere semmai, come vedremo nel prosieguo, per altra via.

La retroattività della confisca–misura di sicurezza, quindi, riguarda solo il suo corollario più *gravoso*, ossia la possibilità di applicare la confisca a reati rispetto ai quali essa non era originariamente prevista. La giurisprudenza ordinaria – che, come abbiamo visto in precedenza⁹⁴, rispetta quasi sempre la classificazione codicistica della confisca come misura di sicurezza (o di prevenzione) o comunque la riconduce attraverso varie peripezie a tale modello – applica perciò costantemente le diverse forme di confisca a fatti commessi prima della loro introduzione.

Questo si è verificato e si verifica tuttora in particolar modo per quanto riguarda la confisca allargata prevista dall'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992, classificata misura di sicurezza *atipica* con funzione anche *dissuasiva* e costantemente applicata a fatti commessi prima dell'entrata in vigore di tale decreto, in ragione della sua funzione⁹⁵.

Anche la confisca di prevenzione prevista dall'art. 2 *ter* l. 575/1965 viene applicata retroattivamente a stati di pericolosità sociale sorti precedentemente all'introduzione di tale articolo a opera della l. 646/1982, poiché essa – secondo la giurisprudenza ordinaria – sarebbe misura di prevenzione patrimoniale affine quanto a finalità *preventiva* alla misura di sicurezza della confisca (l'unica differenza consistendo nel momento d'irrogazione), di cui è consentita l'applicazione

dell'eccezione, quanto piuttosto per la qualificazione della confisca come pena. Sul punto v. *infra* in questo paragrafo.

⁹⁴ Cap. II par. 6.

⁹⁵ Si noti in particolare Cass. pen., sez. I, 29 marzo 1995, Gianquitto et al., in *Giust. pen.*, 1996, II, c. 177. In questo caso il provvedimento di confisca era stato impugnato dal ricorrente perché a seguito della sentenza 48/1994 della Corte costituzionale, il delitto di possesso ingiustificato ex art. 12 *quinqies* l. 356/1992 era stato abrogato e con esso la confisca da tale norma prevista. Il ricorrente in tal caso, dopo essere stato assolto dalla Corte d'Appello di Milano, ricorreva in Cassazione per ottenere l'annullamento del provvedimento di confisca, ma la Corte regolatrice rispose che, essendo intervenuto l'art. 12 *sexies* che prevede la misura di sicurezza della confisca applicabile retroattivamente, il provvedimento restava pienamente valido. V. inoltre Cass. pen., sez. VI, 29 settembre 1995 (dep. 6 novembre), Trischitta, in *Cass. pen.*, 1997, p. 71; Cass. pen., sez. I, 15 gennaio 2009 (dep. 26 febbraio), n. 8404; Cass. pen., sez. VI, 19 ottobre 2010 (dep. 17 novembre), n. 40537.

retroattiva⁹⁶. Non solo, la confisca di prevenzione è stata applicata retroattivamente anche a seguito della l. 125/2008, che ha esteso la platea dei possibili soggetti passivi della confisca di prevenzione rispetto al sistema pre-riforma⁹⁷. Il caso merita di essere brevemente esposto: il ricorrente, che nel 2003 si era visto applicare la misura di prevenzione della sorveglianza speciale, aveva chiesto alla Cassazione l'annullamento di un'ordinanza della Corte d'Appello di Lecce con cui nel 2008, sulla base della mutata disciplina, era stata disposta nei suoi confronti la confisca di prevenzione. Egli chiedeva l'annullamento dell'ordinanza leccese sostenendo la natura *sanzionatoria* della confisca *ex art. 2 ter*, ma il ricorso fu rigettato poiché "secondo il costante orientamento della giurisprudenza, la confisca non ha natura di pena sui generis o di pena accessoria, ma di misura di sicurezza; con la conseguenza che ad essa non si applica il principio di irretroattività della legge penale, sancito dall'art. 2 c.p. e art. 25 Cost., ma quello della legge vigente al momento della decisione, fissato dall'art. 200 c.p. [...]. Ciò comporta che le misure di prevenzione, al pari delle misure di sicurezza, possono essere applicate anche se previste da legge successiva al sorgere della pericolosità sociale, in quanto la misura di prevenzione non presuppone un fatto specifico costituente reato, ma concerne uno stato di pericolosità attuale, alla quale la legge intende porre rimedio"⁹⁸.

Un caso degno di nota per la sua originalità è quello offerto anche dall'art. 322 *ter* c.p., che prevede una forma di confisca per equivalente per alcuni delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione (e per altre fattispecie delittuose che hanno col tempo rinviato a questa norma)⁹⁹. L'art. 15 l. n. 300/2000 – la legge con cui è stato introdotto l'art. 322 *ter* – prevede che "le disposizioni di cui all'art. 322 *ter* del codice penale introdotto dal comma dell'art. 3 della presente legge, non si applicano ai reati ivi previsti, nonché a quelli indicati nel medesimo articolo 3, commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge". Nonostante la lettera della norma avrebbe potuto far intendere che l'utilizzo dell'espressione "reati ivi previsti" intendesse riferirsi a tutti i reati cui l'art. 322 *ter*

⁹⁶ Cass. pen., sez. I, 17 maggio 1984, Sibilio, in *Giust. pen.*, 1985, III, c. 95; Cass. pen., sez. I, 24 novembre 1986 (dep. 3 febbraio 1987), n. 3833, Bontade, in *Riv. pen.*, 1987, p. 998; Cass. pen., sez. I, 9 dicembre 1986, Lo Piccolo, in *Giust. pen.*, 1988, III, c. 8.

⁹⁷ Sui destinatari della confisca di prevenzione, v. cap. I, par. 6.1.1, 6.2.1. e 7.

⁹⁸ Cass. pen., sez. VI, 20 gennaio 2010, n. 11006.

⁹⁹ V. *supra*, cap. I, par. 3.1.

rinvia, e che quindi l'irretroattività della nuova forma di confisca fosse estesa a tutte le fattispecie, la Corte di cassazione ha optato per un orientamento restrittivo (e più aperto all'applicazione retroattiva della nuova forma di confisca), riferendo il rinvio, e quindi il divieto di *applicazione retroattiva* della confisca per equivalente, solo ai reati previsti dal nuovo art. 322 *bis* c.p. (introdotto per l'appunto dall'art 3 comma 1 l. n. 300/2000), ricollegando quindi il divieto di retroattività al divieto di incriminazione retroattiva¹⁰⁰.

Anche la riforma del c.d. patteggiamento allargato a opera della l. 143/2003¹⁰¹, che ha previsto la possibilità di disporre la confisca anche facoltativa qualora venga scelto questo rito, ha portato alcuni Tribunali in veste di giudici dell'esecuzione a disporre retroattivamente la confisca a persone cui era stata applicata la pena patteggiata ma non la confisca, giacché allora il procedimento speciale non lo permetteva; e la Corte di cassazione ha avallato questo indirizzo, poiché la confisca può essere applicata retroattivamente (sempre in ragione del suo scopo)¹⁰².

Da questa breve rassegna si può evincere che la giurisprudenza ordinaria non perda occasione per applicare *retroattivamente* la confisca, una volta qualificatala nel senso di *misura di sicurezza* alla luce della finalità che il legislatore sembra assegnarle; e la rilevanza della classificazione è dimostrata dal fatto che quando la confisca viene classificata come *sanzione*, le Corti escludono di poterla applicare retroattivamente.

Vi è, infatti, un orientamento consolidato della Cassazione che considera la confisca per equivalente prevista dagli art. 322 *ter* e 640 *quater* c.p. una *sanzione*, e sulla base di questa classificazione la Corte ha affermato che "una lettura

¹⁰⁰ Cass. pen., sez. VI, 13 giugno 2001, n. 24043. Particolarmente critico nei confronti di quest'orientamento GRASSO G., *Profili problematici delle nuove forme di confisca*, in MAUGERI A.M. (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008, pp. 135–136, il quale rileva come così venga a sussistere una disparità di disciplina irragionevole tra la confisca per equivalente *ex* art. 640 *quater* c.p. (rispetto ai quali l'irretroattività è estesa a tutti i reati cui tale previsione si applica, anche se già anteriormente vigenti) e *ex* art. 322 *ter* (rispetto ai quali l'irretroattività è limitata solo ai reati di nuova previsione).

¹⁰¹ Prima della riforma, con la sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti *ex* art. 444 c.p.p. era possibile applicare solo la confisca obbligatoria. A questa modifica si è già accennato nel cap. I, par. 1.3., nota 57.

¹⁰² Cass. pen., sez. I, 1 marzo 2006, n. 9269; Cass. pen., sez. I, 8 novembre 2007 (dep. 14 febbraio 2008), n. 7116, Liboni, in *Riv. pen.*, 2008, p. 1389.

costituzionalmente orientata del divieto di retroattività della norma penale di maggior rigore non consente di applicarla a condotte antecedenti"¹⁰³.

I pronunciamenti più interessanti in tema di (non) applicazione retroattiva della confisca sono però giunti piuttosto recentemente da parte della Corte costituzionale.

Una prima volta, essa ha escluso la possibilità di applicare retroattivamente la confisca per equivalente *ex art. 322 ter* ai reati tributari, cui l'ablazione era stata estesa per effetto della l. n. 244/2007. Con l'ordinanza 97/2009 essa ha ritenuto infondata la questione di legittimità dell'art. 200, 322 *ter* c.p. e 1 comma 143 l. n. 244/2007 per contrasto con l'art. 117 comma 1 (e attraverso esso, col parametro interposto offerto dall'art. 7 CEDU), i quali, complessivamente intesi, avrebbero potuto consentire l'applicazione retroattiva della confisca per equivalente ai reati tributari realizzati prima dell'estensione a tali fattispecie di questa forma d'ablazione, se essa fosse stata intesa come misura di sicurezza¹⁰⁴. La Corte ha rigettato la questione per erroneità del presupposto interpretativo, prendendo atto dell'orientamento consolidato della Cassazione che considerava tale forma di confisca una *sanzione*¹⁰⁵. La definizione della confisca è stata usata questa volta per negare l'applicabilità retroattiva della misura, stroncando sul nascere la possibilità che la giurisprudenza ordinaria applicasse la confisca per equivalente anche a reati per i quali essa non era originariamente prevista; la giurisprudenza ordinaria, peraltro, era già autonomamente orientata verso questa soluzione¹⁰⁶.

Una seconda pronuncia della Corte costituzionale, la n. 196/2010¹⁰⁷, ha fatto discendere dalla natura sanzionatoria di una particolare forma di confisca, quella prevista per il reato di *drive drinking* dall'art. 186 comma 2 lett. c) cod. str., l'impossibilità di applicarla a condotte per le quali essa non era prevista *ab*

¹⁰³ Cass. pen., sez. I, n. 31988/2006, Chetta, cit., p. 967. Nonostante, detto incidentalmente, a tale esito si sarebbe potuti giungere senza scomodare il divieto di retroattività attraverso una lettura corretta dell'art. 15 della l. n. 300/2000, cui si è fatto cenno.

¹⁰⁴ L'ordinanza 97/2009 è reperibile in *Corr. tribut.*, 2009, n. 22, p. 1780, con commento di CORSO P. In *Corr. tribut.*, 2008, n. 32, p. 2601, è possibile rinvenire l'ordinanza di rimessione del Tribunale di Trento, con commento di DEL SOLE A.

¹⁰⁵ Di quest'orientamento si è discusso nel capitolo II, par. 6, in particolare note 164 e 165; anche dell'ordinanza si è già brevemente parlato al par. 7 dello stesso capitolo.

¹⁰⁶ Cass. pen., sez. VI, 13 febbraio 2008, n. 13098.

¹⁰⁷ Anche di questa sentenza si è già discusso: v. par. 7, cap. II.

*origine*¹⁰⁸. In questo caso l'arresto dei giudici di legittimità è andato a incidere su un diritto vivente che si era già dimostrato favorevole all'applicazione retroattiva di questa forma di confisca¹⁰⁹; da allora la giurisprudenza segue le indicazioni della Corte costituzionale¹¹⁰.

Alla luce di questo esame della giurisprudenza ordinaria e costituzionale si potrebbe essere tentati di abbozzare già ora una risposta al quesito se sia possibile applicare retroattivamente la confisca, se non altro perché da un lato, nel capitolo precedente, si è sostenuta con forza la tesi della natura punitiva della confisca, in tutte le sue forme; e dall'altro, come si è visto, è la (supposta) finalità preventiva e la (erronea) qualificazione come misura di sicurezza da cui discenderebbe – per chi accoglie queste premesse – la possibilità di applicare la confisca a reati per i quali essa non era originariamente prevista. Meglio però rimandare le conclusioni a quando si avrà un quadro completo della questione, poiché manca all'esame l'art. 7 CEDU, anch'esso utile nel cercare di fornire una risposta esaustiva e convincente.

2.3. L'art. 7 CEDU e il caso *Welch*

L'art. 7 § 1 CEDU prevede: "No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed".

Anche la Convenzione europea quindi, al pari della nostra Costituzione, prevede tanto il divieto d'incriminazione retroattiva (1° capoverso), quanto il divieto di applicazione retroattiva di pene più sfavorevoli rispetto al *tempus commissi*

¹⁰⁸ Peraltro, tale pronuncia della Corte costituzionale è stata preceduta da un arresto della Corte di Cassazione che era giunto a esiti del tutto analoghi anche per quanto riguarda l'irretroattività: Cass. pen., SS. UU., 18 giugno 2010, n. 23428, Caligo (v. cap. I par. 2.4.).

¹⁰⁹ Cass. pen., sez. IV, 2 ottobre 2009, n. 1539; Cass. pen., sez. IV, 27 gennaio 2009, n. 9986; Cass. pen., sez. IV, 3 aprile 2009, n. 38179; Cass. pen., sez. IV, 13 maggio 2009, n. 27478; Cass. pen., sez. IV, 19 gennaio 2010, n. 12406.

¹¹⁰ Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2010, n. 6807. In tal senso, anche a seguito della novella del 2010 (l. n. 120) v. Trib. Pisa (sez. riesame), 28.01.2010 (ord.), Pres. Salutini, Est. D'Auria, in www.penalecontemporaneo.it

*delicti*¹¹¹ (2° capoverso)¹¹². La differenza non di poco conto tra i due testi riguarda il secondo principio, quello rilevante per il discorso sulla possibilità di applicare retroattivamente la confisca, giacché la Convenzione non pone distinzioni tra *pene* e *misure di sicurezza*, non conoscendo il doppio binario, ma prevede l'irretroattività di ciò che la Corte e.d.u., in piena autonomia, considera *penalty*¹¹³.

La Corte ha applicato questo principio finora in due occasioni; in entrambe, le era stato richiesto prima di classificare lo strumento coercitivo sottoposto al suo vaglio, e conseguentemente accertare se, dal momento che ne era stata acclarata l'applicazione retroattiva, verificare se vi fosse stata una violazione dell'art. 7 CEDU trattandosi di *sanzioni penali*.

Nel caso *Jamil* il ricorrente, già assoggettato alla c.d. *contrainte par corps* (una privazione delle libertà seguita al mancato pagamento di un'ammenda, nel caso *de quo* disposta a seguito di una condanna per traffico di droga), si era visto, in virtù di una legge entrata in vigore dopo la commissione del fatto, aumentare la durata della sua carcerazione da quattro mesi a due anni¹¹⁴. Egli sostenne di fronte alla Corte la natura penale della *contrainte*, e pertanto che vi fosse stata violazione dell'art. 7 in quanto la misura della sua carcerazione era stata aumentata da una *lex posterior*; il Governo sostenne che la *contrainte* "was a means of enforcing payment of a debt to the State directed against the debtor's person, not imprisonment in lieu of payment, and punished not the commission of an offence but failure to comply with a pecuniary order"¹¹⁵. La Corte europea, affermata la natura penale del *contrainte*, ritenne l'aumento di pena in violazione dell'art. 7 CEDU.

Più significativo il caso *Welch*, di cui si è già discusso¹¹⁶, da un lato perché esso tratta una forma di confisca, prevista dal *DTO Act* inglese del 1986, che

¹¹¹ BERNARDI A., *Sub art. 7*, cit., p. 281 e 292, preferisce parlare di *attualità* della pena e non d'irretroattività, giacché non è previsto un obbligo per gli Stati di far retroagire le leggi successive più favorevoli (tanto quelle di abrogazione quanto quelle che prevedono solo un trattamento più favorevole).

¹¹² Il principio d'irretroattività non è senza eccezione nella stessa Convenzione; v. art. 7 § 2: "This article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations".

¹¹³ V. cap. II, par. 8.2.

¹¹⁴ Corte EDU, *Jamil c. Francia*, sent. 8 giugno 1995.

¹¹⁵ *Ibidem*, par. 29.

¹¹⁶ V. cap. II, par. 8.3.

presenta molti tratti di affinità con la confisca allargata prevista dall'art. 12 *sexies* l. n. 356/1992 (per l'analoga estensione a tutto il patrimonio sospettato di origine illecita sulla base di uno sproporzione sulla quale s'innesta l'onere di giustificazione da parte del condannato), dall'altro perché le affermazioni che la Corte fa sulla *ratio* del principio di irretroattività delle pene sono più interessanti.

Nei confronti del ricorrente, condannato nel 1988 per un fatto di traffico di sostanze stupefacenti commesso nel novembre 1986, era stata applicata una forma estesa di confisca entrata in vigore nel gennaio 1987; egli lamentava pertanto l'applicazione retroattiva di una *penalty*, mentre il Governo chiedeva il rigetto del ricorso sulla base della finalità preventiva e non punitiva della confisca, che ne avrebbe escluso la natura di sanzione penale, consentendone l'applicazione retroattiva.

La Corte europea, dopo aver classificato il *confiscation order* come sanzione penale, ritenne sussistente nel caso *de quo* una violazione dell'art. 7 § 1 CEDU, a nulla rilevando, neanche per stabilirne la natura, la finalità perseguita dalla misura: "the fact remains that the applicant faced more far-reaching detriment as a result of the order than that to which he was exposed at the time of the commission of the offences for which he was convicted"¹¹⁷. E' in questo quindi che viene ritenuta sussistente una violazione del principio d'irretroattività delle pene, ossia nel fatto che il condannato sia stato sottoposto a un trattamento sanzionatorio deteriore rispetto al momento di commissione del fatto; la Corte parla di *danno ben maggiore*, senza neanche sfiorare, la qualifica rivestita o la finalità perseguita da questo tipo di danno.

La Corte e.d.u., libera da questioni classificatorie, riesce in questo modo a enucleare quella garanzia di libertà di scelte d'azione che è il bene costituzionalmente rilevante protetto dal principio d'irretroattività; le sue parole sono quindi molto utili per concludere il nostro discorso.

¹¹⁷ Corte EDU, Welch c. Regno Unito, cit., par. 34.

2.4. La ratio di garanzia del principio d'irretroattività. Conclusioni.

Una serie di considerazioni, emerse dagli elementi che sono stati trattati finora, deve portare a escludere con nettezza la possibilità – che diventa realtà nella pratica giurisprudenziale – di applicare la confisca a reati che, nel momento in cui furono commessi, non annoveravano quest'afflizione patrimoniale tra le sanzioni irrogabili. Si tratta di motivazioni che risiedono da un lato nella qualificazione della confisca, dall'altro nella *ratio* di garanzia del principio d'irretroattività, e sono strettamente connesse.

Partiamo dalle prime. Nel capitolo precedente, si è sostenuta la tesi della natura *punitiva* della confisca, sia per come essa è plasmata dal legislatore del 1930 sia per le caratteristiche assunte nella legislazione successiva; tutte le forme di confisca passate in rassegna nel capitolo I devono inoltre essere considerate *penalty* ai sensi del concetto autonomo da questo termine assunto nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (anche la confisca di prevenzione dovrebbe esserlo *a fortiori* alla luce delle recenti riforme¹¹⁸). La confisca non ha finalità preventiva più di quanta ne abbiano altri strumenti di reazione al reato, quali la stessa pena detentiva: quindi, quand'anche si volesse ritenere che *l'irretroattività* è *condizionata* dalla *finalità* dello strumento, sarebbe la finalità punitiva stessa della confisca, e pertanto la sua necessaria riclassificazione come *pena*, a escludere la possibilità di applicarla retroattivamente. Ma l'assunto per cui dalla finalità preventiva discenderebbe la retroattività – che, come abbiamo visto, è fatto proprio da larga parte della nostra giurisprudenza e della nostra dottrina¹¹⁹ – è non solo errato, ma contrario alla *ratio* di garanzia del principio d'irretroattività; pertanto, se possibile, le ragioni che devono portare a escludere l'applicazione retroattiva della confisca, aumentano.

Giungiamo così al secondo ordine di motivazioni, legato per l'appunto alla finalità di tutela del principio d'irretroattività. Come la Corte europea ha chiaramente

¹¹⁸ Che hanno sostanzialmente reso irrilevante la pericolosità sociale, rendendo la misura preventiva praticamente identica alla misura definitiva – quanto a finalità – con l'unica e per niente irrilevante differenza dell'anticipazione della soglia di tutela e dell'assottigliamento della consistenza probatoria richiesta per l'irrogazione della misura *ante delictum*.

¹¹⁹ V. gli autori citati alla nota 83 del presente capitolo.

illustrato nel caso Welch, l'esigenza di garantire che a un soggetto non si applichi una pena – in senso lato – non prevista nel momento in cui ha commesso il fatto per il quale è condannato, è quella di evitare che egli subisca, a seguito della condanna, un danno ben maggiore rispetto a quello preventivabile nel *tempus commissi delicti*.

E' un'esigenza che quindi richiede la necessaria *prevedibilità* delle condotte incriminate dal potere legislativo, e delle connesse conseguenze sanzionatorie, come tutela dai possibili arbitri del potere statale a salvaguardia del libero arbitrio del cittadino¹²⁰. La garanzia del cittadino va estesa dall'incriminazione del fatto alle sue conseguenze sanzionatorie¹²¹; non avrebbe senso, difatti, vietare al legislatore di incriminare condotte retroattivamente, se poi egli potesse riconnettere *ex post* qualsivoglia sanzione a una condotta preventivamente incriminata, servendosi della qualificazione della sanzione.

Questo ci dimostra come, in fin dei conti, il principio di legalità e quello d'irretroattività siano strettamente connessi, poiché non avrebbe senso richiedere l'incriminazione e la sanzione *per legge* al fine di tutelare il cittadino, se poi si consentisse di aggirare la tutela con pene o misure di sicurezza applicabili retroattivamente, giacché il valore della *prevedibilità* verrebbe comunque sacrificato. Per questi motivi, chi scrive ritiene di dover condividere l'orientamento espresso dalla dottrina più garantista¹²², che, in relazione alla confisca, porta a ritenere che essa sia regolata dalla legge in vigore nel *tempus commissi delicti*, e non nel momento di sua applicazione¹²³. Con questa esigenza di protezione, la *finalità* preventiva o repressiva della misura *non c'entra nulla*; c'entra la natura penale o meno della sanzione rispetto alla quale la finalità della stessa è solo uno, e neanche il

¹²⁰ La formulazione di questo concetto di prevedibilità, distinto ma parzialmente coincidente con quello di legalità, si deve alla Corte europea dei diritti dell'uomo. Sul punto si rinvia a NICOSIA E., *Convenzione*, cit., p. 56.

¹²¹ Così tra gli altri FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., p. 86.

¹²² V. gli autori alla nota 85 del presente capitolo. Se si volesse, il discorso potrebbe essere esteso a tutte le misure di sicurezza, per lo meno a quelle previste per gli imputabili. In tal senso v. GRASSO G., *Sub art. 200*, cit., p. 460, che svolge il suo discorso relativo alla confisca e alle altre misure di sicurezza previste per gli imputabili, proprio servendosi dell'art. 7 CEDU e della sentenza sul caso Welch; e CADOPPI A., *Il principio*, cit., p. 199. Adottano una posizione ancor più rigorosa MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale*, cit., p. 84, che estendono l'inapplicabilità a reati pregressi di tutte le misure di sicurezza.

¹²³ Cfr. ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 13: "In questo senso, la garanzia di irretroattività va ribadita rispetto ai presupposti ed all'oggetto della misura, restando spazio alla legge successiva solo per modifiche inerenti alle modalità applicative che non ridondino a danno del reo (ad. es. l'individuazione dell'ente destinatario dei beni confiscati)".

più importante, dei criteri dai quali desumere la natura sanzionatoria o meno di una misura penale (tanto che anche nella giurisprudenza della Corte e.d.u. più recente il criterio della finalità sembra essere divenuto recessivo rispetto agli altri – gravità, collegamento con un reato, etc.)¹²⁴.

In conclusione, la possibilità di applicare retroattivamente la confisca va radicalmente esclusa sia che la si voglia classificare più propriamente come sanzione, sia che si voglia rispettare la qualificazione come misura di sicurezza facendola discendere dal suo fine di prevenzione, giacché i due discorsi sono ben distinti.

Di queste considerazioni si è particolarmente debitori verso l'operato della Corte e.d.u., tanto per aver essa classificato correttamente la confisca, quanto per aver essa chiarito e conferito un *imprimatur* autorevole all'interpretazione più garantista del principio d'irretroattività.

Per finire, una breve valutazione su come potrebbero "incastrarsi" tra loro l'art. 25 Cost. e l'art. 7 CEDU, giacché il presente lavoro è teso a ricercare una lettura congiunta delle disposizioni costituzionali e convenzionali per accrescere la tutela riservata all'individuo.

Secondo chi scrive attraverso la norma convenzionale è possibile giungere a un *plus* di tutela per l'individuo, sviluppando le potenzialità dell'art. 25 Cost., il quale nulla dice sul principio d'irretroattività in relazione alle misure di sicurezza. E' da disposizioni di rango ordinario che è stata tratta la possibilità di applicare retroattivamente la confisca, e nulla vieta di estendere a questa il divieto di applicarla a fatti per i quali non era originariamente prevista, al pari di ogni altra *pena*¹²⁵. Tale estensione è resa possibile – e necessaria – dall'identità di *ratio* tra art. 7 CEDU e art. 25 Cost., entrambi tesi a tutelare il cittadino da un esercizio arbitrario – poiché imprevedibile – del potere di punire.

¹²⁴ V. cap. II, par. 9.

¹²⁵ A questo esito si dovrebbe giungere anche per quanto riguarda le altre misure di sicurezza, ferma restando la possibilità, per le misure in relazione alle quali è possibile distinguere tra applicazione ed esecuzione – quindi non la confisca – di proseguire nell'esecuzione della misura con le modalità più gravose previste dalla *lex posterior*. V. in tal senso MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale*, cit., p. 84.

3. Il principio di personalità della responsabilità penale

L'art. 27 Cost. appare come una di quelle norme dei cui commi potrebbe essere riduttivo dare una lettura separata, se non altro perché di esso ne viene spesso offerta, *in primis* dalla stessa Corte costituzionale, una lettura globale. Il primo comma prevede il principio di personalità della responsabilità penale; il secondo, la presunzione d'innocenza; il terzo, il finalismo rieducativo e la conformità al senso d'umanità delle pene; il quarto, il rifiuto per la pena di morte. Una panoramica complessiva sulla norma è particolarmente feconda di risultati: dal principio di personalità e dal finalismo rieducativo, si è tratto il principio di colpevolezza; dagli stessi, insieme all'art. 3 Cost., si ricava il principio di proporzionalità delle pene; il rispetto della dignità umana vale come limite ai tentativi di rieducazione del condannato. In questo paragrafo si tratterà del principio di personalità della responsabilità penale, per poi passare successivamente al principio di colpevolezza e a quello di proporzionalità.

3.1. La responsabilità per fatto proprio nella Costituzione e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 27 co. 1 Cost., art. 6 § 2 CEDU)

Il principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 co. 1 Cost.) importa innanzitutto che il fatto penalmente rilevante sia imputato esclusivamente a chi abbia apportato un contributo causalmente rilevante alla sua verifica e che, pertanto, le conseguenze sanzionatorie che l'ordinamento ricollega alla commissione di tale fatto siano subite solo da colui il quale possa essere considerato autore (secondo questo meccanismo causale) del fatto stesso. In questo suo contenuto *minimo*, il principio di personalità è unanimemente accettato dalla dottrina, e di questo contenuto minimo ci occuperemo nel presente paragrafo¹²⁶; e, in questo suo contenuto minimo, il principio svolge una funzione di *garanzia minima*.

¹²⁶ ALESSANDRI A., *Sub art. 27 comma 1°*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., PIZZORUSSO A., Bologna, 1991, pp. 27 e ss.; BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. ital.*, Torino, 1973, p. 7; DONINI M., *Teoria generale del reato*, in *Dis. disc. penal.*, Torino, 1999, pp. 276 e ss.; FIORELLA A., *Responsabilità penale*, in *Encicl. del dir.*, Milano, 1988, pp. 1290-1291; GROSSO C.F., *Responsabilità penale*, in *Noviss. dig. ital.*, Torino, 1982, p. 709; NUVOLONE P., *Norme*

Esso comporta infatti:

- a. il divieto di responsabilità penale per *fatto altrui*, da cui discende da un lato, la necessità di un rapporto causale tra autore e fatto, dall'altro la non conformità a costituzione di casi di responsabilità per posizione o per rischio, a meno che in tali situazioni non si radichi una posizione di garanzia di fronte a un determinato bene giuridico consistente in un obbligo, normativamente previsto, di impedire il verificarsi di un evento (art. 40 c. 2 c.p.)¹²⁷;
- b. il carattere di *stretta personalità* della pena, ossia il divieto di pene collettive o comunque applicabili agli estranei al reato (siano essi eredi, congiunti, etc.).

Due precisazioni su quest'ultimo punto.

Anzitutto, per fugare ogni dubbio, il termine pena è qui utilizzato in senso assolutamente *atecnico*, come comprensivo di qualsiasi conseguenza afflittiva che la legge riconnetta alla commissione di un reato¹²⁸. L'espressione "responsabilità penale" vale qui come responsabilità – nel senso qui chiarito di *imputazione* più *conseguenze* – "per un reato". Pertanto, anche le misure di sicurezza devono applicarsi solo all'autore del reato¹²⁹: cosa c'è di più *personale* delle misure di sicurezza, le quali sono legate alla pericolosità di una *persona*, manifestata nel reato da quella – e solo da quella – compiuto? Tra le misure di sicurezza, il principio di personalità si applica *a fortiori* alla confisca, vista la sua natura sostanzialmente di pena, quand'anche qualcuno volesse, ingiustificatamente, riferire il carattere di stretta personalità alle sole *pene* in senso tecnico. La personalità delle pene si rende *necessaria* anche in virtù di quella lettura sistematica dell'art. 27 Cost. cui si è accennato, dal momento che sarebbe *in nuce* non rieducativa una pena (e una misura

penali e principi costituzionali, in *Giur. cost.*, 1956, p. 1262; PISAPIA G.D., *La nuova disciplina della responsabilità per reati commessi a mezzo stampa*, in *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 1958, p. 207; VASSALLI G., *Sulla illegittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 219.

¹²⁷ Sui rapporti tra causalità e personalità della responsabilità penale v. ALESSANDRI A., *Sub art. 27*, cit., p. 31.

¹²⁸ Cfr. GROSSO C.F., *Responsabilità penale*, cit., p. 710.

¹²⁹ Espressamente CARACCIOLI I., *I problemi generali*, cit., p. 341; inoltre nessuno degli autori citati alla nota 128, distingue l'applicazione del principio di personalità tra pene e misure di sicurezza. V. in particolare sui rapporti tra personalità e misure di sicurezza ALESSANDRI A., *Sub art. 27*, cit., pp. 123 e ss.

di sicurezza) che colpisca un soggetto diverso dall'autore materiale del fatto¹³⁰, e sarebbe contraria al senso di umanità, non potendo neanche servire a ristabilire l'ordine giuridico violato, una pena addossata a un soggetto estraneo come "capo espiatorio"¹³¹.

La seconda considerazione concerne un'irriducibile *extra-individualità* della confisca. In questo si manifesta un collegamento delle moderne forme di confisca con la medievale confisca dei beni, che toccava tutto il patrimonio del condannato e quindi produceva un pregiudizio anche nei confronti della sua comunità familiare. E' stato affermato in dottrina che l'avvento stesso della responsabilità individuale – come conquista dell'Illuminismo giuridico grazie alla quale l'individuo risponde solo per se stesso e non anche per la sua famiglia, classe sociale, etc. – avrebbe reso incompatibile coi nuovi principi liberali il mantenimento di tale pena, radicalmente *non individuale*¹³²; non a caso, in Beccaria si legge una strenua condanna della confisca dei beni anche perché "fa[nno] soffrire all'innocente la pena del reo"¹³³.

Queste forme di confisca non sono più presenti nel nostro ordinamento; quando qui ci si riferisce all'*extra-individualità* della confisca pertanto non si vogliono fare impropri e allarmanti paragoni con tali tipologie di pene collettive. La confisca, come molte altre pene, tocca anzitutto chi la subisce, ma indirettamente anche l'intima comunità sociale che a costui fa riferimento¹³⁴. Quindi un conto è discorrere del fatto che una pena abbia un necessario *feed back* negativo, un altro è prevederne l'applicabilità *direttamente* in capo a chi non abbia partecipato in alcun modo alla commissione dell'illecito. Logico poi che gli effetti negativi su altri soggetti aumentino, e con essi aumenti l'*extra-individualità* della confisca, quanto più l'area dei beni oggetto di confisca sia estesa. Quasi tutte le ipotesi di confisca previste nel nostro ordinamento prevedono una relazione con il reato – sia essa di strumentalità o di derivazione, anche in forma di *tantundem* – che assicura una

¹³⁰ BRICOLA F., *Teoria generale*, cit., p. 51; ALESSANDRI A., *Sub art. 27*, cit., p. 29.

¹³¹ ALESSANDRI A., *Sub art. 27*, cit., p. 71.

¹³² ID., *La confisca*, cit., p. 10; v. anche ID., *Sub art 27*, cit, pp. 61 e ss., per un'indagine maggiormente approfondita sulle origini storiche del principio di personalità della responsabilità penale.

¹³³ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene. Consulte criminali*, a cura di ARMANI A., Milano, 1987, p. 54.

¹³⁴ Anche la pena detentiva per es., se porta alla carcerazione dell'unica persona lavoratrice in una famiglia monoreddito, porta degli innegabili e ineliminabili effetti negativi verso persone estranee al reato.

riduzione della *collettivizzazione* della confisca, e quindi una maggiore *individualità* di questa pena; fanno eccezione la confisca allargata e la confisca di prevenzione antimafia, che colpiscono tutto il patrimonio sospettato del sottoposto¹³⁵. Questa peculiarità di tali forme d'ablazione, consistente nell'estensione del loro oggetto in assenza di collegamenti col reato in occasione del quale sono applicate, verrà esaminata in un paragrafo successivo, poiché la tensione si verifica anche col principio di proporzionalità, oltre che con quello di personalità della responsabilità penale nel suo contenuto minimo e massimo¹³⁶.

Le ipotesi di confisca che saranno scrutinate alla luce del principio di *personalità* della responsabilità penale, pertanto, sono solo quelle in cui le conseguenze sanzionatorie vengono fatte subire *direttamente*, in base alla nuda legge o alla sua interpretazione, a persone che nulla c'entrano col reato, non quelle in cui gli effetti negativi dell'ablazione si riversano *indirettamente* su persone estranee al reato.

Passando alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, essa non prevede il principio di personalità della responsabilità penale e l'altro principio, a esso strettamente correlato, di colpevolezza¹³⁷. Tuttavia la Corte europea ha avuto modo di occuparsi di casi tanto di responsabilità penale per fatto altrui quanto di responsabilità penale per fatto proprio incolpevole.

Per quanto riguarda il divieto di responsabilità penale per fatto altrui, la Corte e.d.u. se n'è occupata nel caso *A.P., M.P., e T.P. c. Svizzera* e l'ha ricollegato alla presunzione d'innocenza prevista dall'art. 6 § 2 CEDU¹³⁸. Gli eredi di un costruttore edile, condannato per evasione fiscale, erano stati assoggettati all'ammenda penale comminata al defunto per tale reato. Nella sentenza la Corte, dopo aver ritenuto la piena ragionevolezza del prelievo fiscale a carico degli eredi in quanto titolari dei

¹³⁵ Il problema della compatibilità di forme di confisca estesa a tutto il patrimonio con il principio di responsabilità individuale si è posto e si pone nei confronti di quelle categorie di soggetti che lo Stato individua come suoi *nemici* per eccellenza, nei cui confronti la confisca dei beni assume la veste di *morte civile*, ossia di misura che comporta l'espulsione dalla società, sottraendo le basi per il sostentamento. Prima questi nemici erano i *fascisti*, la confisca dei cui beni è emblematica di quest'atteggiamento (v. la sentenza della Corte Costituzionale trattata al par. 7 del cap. II e in dottrina, sul rispetto dell'art. 27 co. 1 da parte di questa forma di confisca, VASSALLI G., *La confisca dei beni*, cit., p. 44 e ss.). Oggi tali nemici sono i *mafiosi*, soggetti passivi di una confisca analogamente estesa.

¹³⁶ *Infra*, par. 6.

¹³⁷ V. *infra*, par. 4.

¹³⁸ Corte EDU, *A.P., M.P., e T.P. c. Svizzera*, sent. 20 agosto 1997.

beni in relazione ai quali era avvenuta l'evasione delle imposte, ritenne che il fatto di imporre a soggetti estranei al reato una sanzione penale si ponesse in contrasto con la presunzione d'innocenza: "It is a fundamental rule of criminal law that criminal liability does not survive the person who has committed the criminal act. [...] In the Court's opinion, such a rule is also required by the presumption of innocence enshrined in Article 6 § 2 of the Convention. Inheritance of the guilt of the dead is not compatible with the standards of criminal justice in a society governed by the rule of law. There has accordingly been a violation of Article 6 § 2"¹³⁹.

In sostanza, seguendo l'interpretazione della Corte, non è possibile assoggettare a una pena chi sia estraneo al reato per il quale la pena è comminata, dal momento che, se non viene provato che i soggetti estranei in realtà tali non sono – avendo essi partecipato alla commissione del fatto (e non semplicemente beneficiato in modo indiretto dell'evasione fiscale) – addossare a essi una pena per fatto altrui equivale a violarne la presunzione d'innocenza¹⁴⁰.

Il divieto di responsabilità penale per fatto altrui, comprensivo del divieto di imputazione del fatto commesso da altri e del divieto di assoggettamento alle conseguenti sanzioni, risulta quindi sancito tanto a livello costituzionale quanto convenzionale.

3.2. Il principio di personalità nell'art. 240 c.p.

Richiamiamo brevemente alla mente le norme di portata generale sul terzo estraneo al reato previste dall'art. 240 c.p., cercando di specificare alcuni punti fermi che dovrebbero guidare l'interprete, per poi passare al vaglio alcune ipotesi che potrebbero sembrare in contrasto col divieto di responsabilità penale per fatto altrui.

L'art. 240 c.p. laddove prevede al comma 3 che "le disposizioni della prima parte e del numero 1 del capoverso precedente non si applicano se la cosa appartiene a persona estranea al reato", deve essere considerato la *trasposizione* in sede di disciplina della confisca del principio di personalità della responsabilità penale.

¹³⁹ *Ivi*, par. 48.

¹⁴⁰ V. NICOSIA E., *Convenzione europea*, cit., p. 85: "La sentenza desume in sostanza dall'art. 6.2 CEDU [...] un divieto di responsabilità penale per fatto altrui e un divieto di presunzione di corresponsabilità del beneficiario di un reato nella commissione dello stesso".

Poiché, infatti, tale principio comporta che le conseguenze sanzionatorie del reato siano subite solo da colui che ha commesso, da solo o in concorso, l'illecito, non si può ammettere la confisca di beni sui quali sussistano diritti soggettivi di persone che non abbiano apportato un contributo causalmente rilevante al reato per il quale si procede a confisca. L'unica eccezione che lo stesso art. 240 c.p. prevede è contenuta nel numero 2 del comma 2, e riguarda le cose intrinsecamente criminose, che vengono confiscate anche in mancanza di condanna e anche se il loro proprietario è estraneo al reato, poiché solo il fabbricarle, usarle, portarle, detenerle o alienarle costituisce inderogabilmente reato.

Questo tema è già stato affrontato precedentemente, e ci si limita qui a fornirne un sintetico quadro come punto di riferimento per la trattazione successiva¹⁴¹. Sono necessarie, per determinare il grado di tutela assicurato al terzo estraneo al reato e quindi per assicurare il rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, una serie di operazioni ermeneutiche.

Anzitutto, bisogna individuare a quale situazione giuridica soggettiva corrisponda l'*appartenenza*, impeditiva della confisca: parte della dottrina la ritiene coincidente col diritto di proprietà¹⁴² (pur ritenendo che se sulla cosa insistono diritti reali minori, essi vadano rispettati, poiché la confisca in quanto espropriazione è acquisto a titolo *derivativo*), altra parte la estende ai diritti reali di garanzia e di godimento¹⁴³. L'esito dei due orientamenti è lo stesso, ossia il rispetto dei diritti reali, anche minori, dei terzi che sussistano sul bene confiscando, ed è da condividere perché, non coinvolgendo il diritto reale minore del terzo, non fa subire a costui le conseguenze sanzionatorie di un reato che non ha commesso. Oltretutto il rispetto dei diritti dei terzi sussistenti sul bene da confiscare si mostra maggiormente aderente all'idea, ampiamente sposata dalla giurisprudenza, per la quale il bene sarebbe pericoloso poiché è detenuto dall'autore di un illecito, giacché se – ai fini di prevenzione – è necessario spezzare soltanto tale relazione, non si vede perché debba essere compresa anche la relazione giuridica del terzo col bene, dalla quale non

¹⁴¹ V. cap. I, par. 1.5.

¹⁴² V. gli autori citati alla nota 101 del cap. I.

¹⁴³ V. gli autori citati alla nota 99 del cap. I.

deriva alcuna pericolosità¹⁴⁴. Questa linea è stata accolta dalla Cassazione a sezioni unite, che nel 1999 ha sancito che eventuali diritti reali di garanzia gravanti sul bene non risultano pregiudicati dalla confisca anche quando i loro titolari "abbiano tratto oggettivamente vantaggio dall'altrui attività criminosa", purché "riescano a provare di trovarsi in una situazione di buona fede e affidamento incolpevole"¹⁴⁵.

In seconda battuta, è necessario chiarire chi debba essere considerato *terzo estraneo*. La dottrina più risalente era orientata nel ricomprendervi chi non avesse preso parte né alla commissione del reato principale né a un reato connesso¹⁴⁶; la dottrina più moderna allarga la nozione di estraneo, affermando che possa essere considerato non estraneo solo l'autore o il concorrente nel reato *de quo*¹⁴⁷. Quest'ultimo orientamento è più aderente al principio di personalità della responsabilità penale, perché fa subire la confisca solo a chi abbia apportato un contributo causalmente rilevante al reato per cui si procede, ed è pertanto da seguire; è d'altronde accolto anche dalla Cassazione: "Per il principio di personalità della responsabilità penale e per espresso dettato normativo occorre che la cosa non appartenga a persona estranea al reato da intendersi chi non risulti aver avuto alcun collegamento né diretto né indiretto con la sua commissione ovvero non abbia posto in essere alcun contributo di partecipazione, ancorché non punibile, pur se non sia stato sottoposto a procedimento penale, essendo differente il concetto di estraneità al procedimento"¹⁴⁸. Nei confronti di chi abbia commesso un reato connesso, quindi, (l'esempio classico è quello del ricettatore o del favoreggiatore) non si potrà procedere a confisca per il reato principale, ma solo in sede di condanna per il reato connesso (quindi, in caso di condanna per ricettazione o favoreggiamento).

Infine, è rilevante individuare il *momento valutativo* della situazione di appartenenza: s'immagini che un'automobile, utilizzata per commettere il reato di sequestro di persona a scopo di estorsione (art. 630 c.p.), venga alienata mentre è in corso il sequestro a un terzo estraneo al reato, che ignori che l'automobile è servita per commettere tale illecito penale. Se il momento valutativo per individuare a chi il

¹⁴⁴ V. Cass. pen., sez. I, 20 dicembre 1962, Stringari, in *Giust. pen.*, 1964, III, c. 106

¹⁴⁵ Cass. pen., SS. UU., 28 aprile 1999, Bacherotti, in *Foro it.*, 1999, II, c. 580.

¹⁴⁶ V. gli autori citati alla nota 91 del cap. I.

¹⁴⁷ V. gli autori citati alle note 93 e 94 del cap. I.

¹⁴⁸ Cass. pen., sez. III, 24 marzo 1998, n. 5542, Galantino, in *Giust. pen.*, 1999, II, c. 675.

bene appartenga è quello di commissione del reato, l'automobile, in quanto strumento del reato, andrà confiscata nei confronti del terzo; se l'appartenenza va valutata nel momento in cui la confisca viene disposta, il diritto del terzo impedisce la confisca. La seconda soluzione è quella che meglio rispetta il divieto di responsabilità per fatto altrui, perché se il terzo è in buona fede, egli non deve subire le conseguenze del reato commesso da altri. La questione, nonostante qualche pronunciamento della giurisprudenza meno recente che faceva coincidere il momento valutativo con quello di commissione del reato¹⁴⁹, viene risolta dalla giurisprudenza più moderna nel senso di far coincidere tale momento con quello di applicazione della confisca, rispettando il diritto del terzo, fuori dei casi di ricettazione o incauto acquisto¹⁵⁰. Anche tale orientamento, oltre a tutelare il terzo acquirente in buona fede, è maggiormente aderente all'idea della pericolosità *relazionale*, poiché se il bene non è più nelle mani dell'autore o concorrente dell'illecito, la sua pericolosità è eliminata e la necessità della sua ablazione insussistente.

3.3. Tra opportuna diffidenza e necessario garantismo

L'art. 240 c.p., se correttamente interpretato, quindi, è capace di assicurare il pieno rispetto del principio di personalità; esso contiene tutte le regole del caso.

L'atteggiamento del legislatore e della giurisprudenza sul rispetto dei diritti di terzi estranei gravanti sui beni nei cui confronti si potrebbe procedere a confisca, ondeggia però tra il necessario *rispetto* del principio di personalità della responsabilità penale (art. 27 Cost. e anche art. 6 § 2 CEDU) e una latente ma tenace *diffidenza* verso i diritti di tali terzi, dal momento che essi possono essere veicolo di elusione del provvedimento ablatorio. Tale diffidenza è pienamente giustificata se orientata a far sì che un diritto fondamentale in campo penale, quello a non rispondere per i fatti penalmente rilevanti commessi da altri, diventi lo strumento con

¹⁴⁹ Cass. pen., sez. I, 1962, Stringari, cit.; Cass. pen., sez. I, 12 gennaio 1959, Cavada, in *Giust. pen.*, 1959, II, c. 859.

¹⁵⁰ Cass. pen., sez. IV, 20 ottobre 1997, n. 4008, Emanuela costruzioni s.r.l., in *Cass. pen.*, 1999, p. 2141; Cass. pen., sez. III, 1998, Galantino, cit.

cui la legge può essere frodata; purché però i meccanismi con cui tale diffidenza viene attuata non violino essi stessi tale diritto fondamentale.

Nella legislazione *post* 1930 hanno fatto la loro apparizione alcuni meccanismi che potrebbero essere in contrasto però con tale principio.

Nella confisca prevista dall'art. 12 *sexies* l. n. 356/1992 e in quella prevista dall'art. 2 *ter* l. 575/1965, il legislatore ha previsto l'ablazione "del denaro, dei beni o della altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo"¹⁵¹. Il riferimento alla relazione giuridica della *disponibilità* necessita di chiarimenti.

Se con questa differenziazione rispetto all'art. 240 c.p., il legislatore ha inteso ribadire la necessità di andare al di là di intestazioni formali per verificare se il reo o l'indiziato si comporti nei confronti del bene *uti dominus*¹⁵², egli non ha fatto altro che rendere norma di legge ciò che la giurisprudenza già praticava in relazione alla norma codicistica¹⁵³. Si potrebbe a tal proposito fare un paragone con la nozione civilistica di *possesso*, e cioè riferirsi all'esercizio, anche in via di fatto, di un diritto reale; se la confisca vuole in questo caso (anche) prevenire il riutilizzo in attività criminose delle ricchezze accumulate, è possibile riferirsi a quelle ricchezze delle quali il reo o l'indiziato risultino godere – a prescindere dalla veste o dal titolo giuridico – determinandone l'uso o la destinazione¹⁵⁴. Andrebbe in tal senso valorizzato il collegamento tra *disponibilità* e *interposizione*.

Se invece con tale regola si vuole imporre l'ablazione di beni appartenenti a persone estranee al reato, semplicemente utilizzati dal reo o dall'indiziato¹⁵⁵, allora si introduce una forma di responsabilità per fatto altrui, contraria all'art. 27 Cost., in base alla quale un soggetto risponde col suo patrimonio per i reati commessi o che potrebbero essere commessi da altri, per il solo fatto che l'indiziato o il reo utilizzano

¹⁵¹ Il comma 5 dell'art. 2 *ter* l. 575/1965 prevede, affinché i terzi possano far valere le loro ragioni, il loro intervento nel procedimento per l'applicazione della misura di prevenzione patrimoniale.

¹⁵² COMUCCI P., *Il sequestro e la confisca*, cit., p. 94; FURFARO S., *Misure di prevenzione*, cit., p. 906; MAUGERI A.M. *Le moderne*, cit., p. 323 e 368; ID., *Misure di prevenzione*, cit., pp. 1787 e ss.; PALLADINO P., *Brevi osservazioni*, cit., pp. 348 e ss.

¹⁵³ Cass. pen., sez. VI, 19 ottobre 1990, Longo, in *Giust. pen.*, 1991, II, c. 494.

¹⁵⁴ MANGIONE A., *La misura di prevenzione*, cit., p. 234.

¹⁵⁵ Come sembra suggerire in dottrina POTETTI D., *Riflessioni in tema*, cit., p. 1698.

materialmente il bene di costui. "Ai fini della confisca, dunque, non è sufficiente accertare l'uso materiale (*rectius*: l'utilizzazione) che il soggetto possa fare di un qualsivoglia bene di terzi, ma la possibilità sostanziale di disporre di quel bene, in ordine al quale il soggetto deve relazionarsi *uti dominus*, potendone, cioè, disporre al fine di ulteriori acquisizioni illecite"¹⁵⁶. Per fugare ogni dubbio, è necessaria un'indagine da parte del giudice sull'atteggiamento psicologico del terzo nei confronti della disponibilità che il reo o l'indiziato abbiano verso il suo bene: se egli conosce o ignora questa situazione di disponibilità (s'immagini un bene di cui egli si disinteressa da tempo), se egli è a conoscenza dell'illiceità dell'origine o dell'utilizzazione di questo bene, se quindi la sua situazione di titolarità altro non è che un mezzo con cui egli concorre a eludere l'ablazione dei beni dell'effettivo *dominus*. In questi casi l'ablazione nei confronti del terzo è pienamente legittima; fuori da questi casi, non sembra esserlo.

Per verificare se da questa norma di legge derivi concretamente un'infrazione del principio di personalità della responsabilità penale, è necessario ancora una volta esaminare il diritto vivente. Talvolta la giurisprudenza si è allineata al secondo orientamento che si è presentato, che si traduce in una violazione del principio di individualità della responsabilità penale, e ha affermato ellitticamente che la disponibilità diretta o indiretta va "intesa come situazione di mero fatto per cui, pur al di fuori di giuridica titolarità di diritti sul bene, il soggetto ne realizza l'utilizzazione autonoma"¹⁵⁷. Più spesso però la giurisprudenza ordinaria ha fornito un'interpretazione del concetto di disponibilità in connessione con un esame della situazione di titolarità in capo al terzo, al fine di smascherare intestazioni fittizie¹⁵⁸; interpretazione conforme a quella qui sostenuta che si dimostra in definitiva *costituzionalmente orientata*, perché recupera nella norma un significato compatibile

¹⁵⁶ FURFARO S., *Misure di prevenzione*, cit., p. 906.

¹⁵⁷ Cass. pen., sez. I, 19 dicembre 1988, Shadok e De Vita, in *Giust. pen.*, 1988, II, c. 676, relativamente alla confisca di prevenzione; vedi anche, in relazione alla confisca allargata (o meglio, in relazione del suo antenato, ossia l'art. 12 *quinquies* l. n. 356/1992) Cass. pen., sez. I, 10 febbraio 1993, Sepe et al., in *Cass. pen.*, 1993, p. 2105.

¹⁵⁸ Cass. pen., sez. I, 4 luglio 1995, Capoccia, in *Riv. pen.*, 1996, p. 526; Cass. pen., sez. I, 10 novembre 1997, Faraone, in *Giust. pen.*, 1998, I, c. 512; Cass. pen., sez. I, 26 novembre 1998 (dep. 18 gennaio 1999), n. 1131, Bommarito, in *Cass. pen.*, 1999, p. 2343.

con l'art. 27 Cost e con l'art. 6 § 2 (dal momento che a meno che non si dimostri questa particolare forma di collusione, il terzo va presunto innocente).

Merita di essere integralmente ripreso un passo contenuto in un arresto della Cassazione, nel quale è esplicitato in modo piano quale sia la situazione giuridica cui la *disponibilità* intende riferirsi: "nel caso in cui il bene che si assume illecitamente acquistato risulti intestato a terzi incombe sull'accusa l'onere di dimostrare l'esistenza di situazioni che avallino concretamente l'ipotesi di una discrasia tra intestazione formale e disponibilità effettiva del bene, in modo che possa affermarsi con certezza che il terzo intestatario si sia prestato alla titolarità apparente al solo fine di favorire la permanenza dell'acquisizione del bene in capo al condannato e di salvaguardarlo dal pericolo della confisca; in tal caso, il giudice ha l'obbligo di spiegare le ragioni della ritenuta interposizione fittizia, adducendo non solo circostanza sintomatiche di spessore indiziario, ma elementi fattuali che si connotino della gravità, precisione e concordanza, sì da costituire prova indiretta dell'assunto che si tende a dimostrare, cioè del superamento fra titolarità apparente e disponibilità effettiva del bene"¹⁵⁹; quindi il termine disponibilità dovrebbe coincidere con l'appartenenza effettiva (e non col semplice utilizzo), al di là della titolarità formale.

La diffidenza nei confronti dei terzi diventa *presunzione di colpevolezza* nel comma 14 dell'art 2 *ter* (introdotto con la riforma del 2008)¹⁶⁰, trasfuso nell'art. 26 del Codice "antimafia"¹⁶¹, per il sistema di presunzioni gravante nei confronti di donatari, fiduciari e acquirenti (questi ultimi solo se parenti, coniuge, o convivente *more uxorio*) in caso di intestazione o trasferimento a costoro di beni o diritti del sospettato su cui potrebbe cadere la confisca. Poiché non si tratta del principio di personalità della responsabilità penale, dal momento che se il trasferimento o l'intestazione sono avvenuti solo per eludere la confisca è pienamente legittimo procedervi, ma della presunzione d'innocenza, si rinvia per la questione a un paragrafo *ad hoc*.

Si è manifestata un'altra tendenza, tutta giurisprudenziale, propensa a estendere la confisca nei confronti dei terzi estranei; si tratta di alcune sentenze della

¹⁵⁹ Cass. pen., sez. II, 10 gennaio 2008 (dep. 24 gennaio), n. 3990, Catania et al., in *Riv. pen.*, 2008, p. 1389 (in relazione all'art. 12 *sexies* l. n. 356/1992).

¹⁶⁰ V. cap. I, par. 6.3.2.

¹⁶¹ V. cap. I, par. 7.

Cassazione che hanno disposto la confisca nei confronti di beni appartenenti a persone giuridiche, anche al di là dei reati per i quali è prevista una responsabilità amministrativa per illecito penale dal d.lgs 231/2001 (con conseguente possibilità di procedere a confisca secondo le modalità previste dallo stesso decreto)¹⁶². Tale tendenza si era manifestata già prima dell'introduzione di tale decreto, ma, cosa ancor più grave, perdura nella sua vigenza.

La giurisprudenza ha giustificato tale orientamento sostenendo:

- a. che anche la persona giuridica può compiere "attività di concorso o altrimenti connesse, ancorché si tratti di persona non punibile perché priva di responsabilità penale"¹⁶³;
- b. che agli enti, sulla base del principio civilistico della rappresentanza, possono essere imputati gli stati soggettivi dei loro legali rappresentanti (quindi anche la responsabilità penale con le relative conseguenze sanzionatorie), a meno che non si verifichi una rottura del rapporto d'immedesimazione organica¹⁶⁴;
- c. che la natura preventiva della confisca legittimerebbe l'ablazione anche verso le persone giuridiche, poiché fondata sulla pericolosità delle cose che servirono a commettere il reato¹⁶⁵.

De iure condito, tali orientamenti sono decisamente da respingere, perché contrari al principio di *personalità* della responsabilità e al principio di *tassatività* nelle fonti della stessa. Se il legislatore, nella sua piena discrezionalità, ha inderogabilmente elencato nella Sezione III del d.lgs. 231/2001 una serie di reati la cui responsabilità si estende da colui che li ha materialmente commessi alla persona giuridica nel cui interesse o vantaggio essi sono stati compiuti, non è possibile per via giudiziaria estendere le ipotesi di responsabilità dell'ente, perché contrario al principio di legalità. Quindi, se la legge non considera responsabile l'ente, esso non

¹⁶² V. cap. I, par. 3.

¹⁶³ Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 1979, Ravazzani, in *Giust. pen.*, II, c. 529; Cass. pen., sez. I, 8 luglio 1991, Capital Finanziaria Italiana, in *Cass. pen.*, 1992, p. 3035.

¹⁶⁴ Cass. pen., sez. II, 18 novembre 1992 (dep. 14 dicembre), n. 11173, Tappinari, in *Cass. pen.*, 1994, p. 1217; Cass. pen., sez. III, 3 dicembre 2003, n. 299, Andrisano; Cass. pen., sez. I, 9 dicembre 2004, n. 1927, Ambrono.

¹⁶⁵ Cass. pen., sez. I, 7 marzo 2002 (dep. 11 aprile) n. 13947, Fallimento S.I.T. A.a. in c.p. Bossi, in *Dir. pen. proc.*, 2003, p. 213.

può sopportare le conseguenze sanzionatorie di reati pur commessi da suoi agenti, perché ai fini dell'imputazione del reato esso è da considerare *estraneo*¹⁶⁶; "se la qualifica di estraneo al reato caratterizza sinteticamente tutti coloro che non hanno preso parte alla realizzazione dell'illecito, vale a dire l'autore e i compartecipi [...], allora il limite espresso della nozione di estraneità coincide con la non riferibilità della condotta esecutiva al proprietario del bene"¹⁶⁷.

De iure condendo, autorevole dottrina ha affermato che "sarebbe necessario, infine, prevedere l'applicabilità della confisca presso la persona giuridica che abbia percepito il profitto del reato [...] indipendentemente dalle ipotesi in cui si configura una responsabilità amministrativa da reato delle persone giuridiche"¹⁶⁸. La legittima aspirazione a migliorare l'ordinamento però non può portare a procedere all'ablazione nei confronti dell'ente quanto questo è da considerarsi estraneo al reato, poiché ciò si risolve in una lesione del principio di personalità e di tassatività.

3.4. La confisca sanzione "reale" e la tutela del terzo in buona fede tra italianità e internazionalità.

La confisca prevista dall'art. 44 d.P.R. 44/2001 (precedentemente, art. 19 l. 47/1985) per il reato di lottizzazione abusiva è stata costantemente considerata dalla giurisprudenza ordinaria *sanzione amministrativa reale*¹⁶⁹; questa definizione è dovuta all'origine storica della devoluzione di tale potere al giudice penale, in *supplenza* delle inerti autorità amministrative. Poiché pertanto (con buona pace del principio di sussidiarietà) il compito affidato alla giurisdizione penale era – nella mente del legislatore e nella pratica quotidiana della giurisprudenza – di *tutela del territorio* prima che di repressione dei reati, la confisca *de qua* poteva essere disposta a prescindere dalla titolarità della *res*, quindi anche nei confronti dei terzi che avessero acquisito i terreni lottizzati o le costruzioni abusive in buona fede, ossia non

¹⁶⁶ Così GRASSO G., *Sub art. 240*, cit., p. 530; LUNGHINI G., MUSSO L., *La confisca*, cit., pp. 19 e ss.

¹⁶⁷ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 35.

¹⁶⁸ MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 493.

¹⁶⁹ Sul punto v. cap. II, par. 6.

conoscendo la loro illecita origine¹⁷⁰; questo è stato a lungo un indirizzo consolidato della Corte di cassazione, sostenuto con una giurisprudenza ventennale¹⁷¹.

Se però la confisca per il reato di lottizzazione abusiva è da classificarsi come *sanzione penale*, soprattutto ora che proprio sulla questione si è avuto un pronunciamento da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁷², anche a voler considerare il principio di personalità riservato alle pene, esso va considerato connotato imprescindibile della *confisca*, vista la sua natura.

Un arresto piuttosto recente del giudice della nomofilachia ha ribaltato la precedente posizione dello stesso giudice¹⁷³. Il ricorrente chiedeva l'annullamento del provvedimento di confisca emesso nei suoi confronti (acquirente in buona fede degli immobili abusivamente costruiti) fondando il suo gravame, tra gli altri motivi, sull'art. 1 Prot. 1 CEDU (o meglio, su di esso come norma interposta per via dell'art. 117 1° co. Cost.), deducendo l'incostituzionalità della confisca per assoluta carenza di *proporzionalità* rispetto al fine perseguito, se disposta nei confronti dei terzi estranei al reato; e affermando che qualora questa forma di confisca fosse da qualificarsi *sanzione penale* – conformemente alla decisione sulla ricevibilità del caso *Sud Fondi* (30 agosto 2007) – il contrasto con la tutela del terzo estraneo poteva essere superato¹⁷⁴.

La Cassazione, per preservare la posizione del terzo in buona fede, ha scelto una strada a metà tra l'internazionale e l'italiano; vista la diffidenza che talvolta le Corti nazionali dimostrano nei confronti delle norme convenzionali¹⁷⁵, la scelta di fondare anche su disposizioni e principi di diritto interno la decisione attenta al principio di personalità è destinata probabilmente a riscuotere più successo in

¹⁷⁰ Oltreché, per l'utilizzo del solo verbo "accertare", in caso di difetto dell'elemento soggettivo del reato e di mancanza della sentenza di condanna. Sulle due questioni vedi rispettivamente i parr. 4.3. e 8.

¹⁷¹ Cass. pen., sez. III, 18 dicembre 1990, Licastro, in *Cass. pen.*, 1992, p. 1308; Cass. pen., sez. III, 18 novembre 1997, Farano, in *Cass. pen.*, 1998, p. 3087; Cass. pen., sez. III, 7 luglio 2004, n. 38730, Vittorioso, in *Giur. it.*, 2005, p. 1911; Cass. pen., sez. III, 17 gennaio 2005, n. 10037, Vitone, in *Riv. pen.*, 2006, p. 349.

¹⁷² Corte EDU, *Sud Fondi c. Italia*, v. par. 8.3.

¹⁷³ Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2008 (dep. 17 novembre), n. 42741, Silvioli, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2553, con nota di ANGELILLIS C., *Lottizzazione abusiva: la confisca nei confronti del terzo alla resa dei conti*, p. 2566.

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 2558.

¹⁷⁵ V. per un esempio in tal senso la posizione della Cassazione ripresa nel par. success.

giurisprudenza, poiché desterà meno preoccupazioni legate al mantenimento della sovranità nazionale¹⁷⁶.

La Corte ha anzitutto prudentemente premesso di non aver motivi per discostarsi dal tradizionale orientamento per cui la confisca *ex art. 44 d.P.R. 380/2001* "costituisce una sanzione amministrativa e non una misura di sicurezza di natura patrimoniale"¹⁷⁷. Proprio in quanto sanzione amministrativa tale forma di confisca deve rispettare però, secondo la Corte, i principi generali dettati dalla l. 689/1981 che regolano l'applicazione delle sanzioni amministrative. Tra tali principi rientra sicuramente il rifiuto di ogni forma di responsabilità per fatto altrui o oggettiva: "anche la sanzione amministrativa, pertanto, non può essere applicata nei confronti di soggetti in buona fede, che non abbiano commesso alcuna violazione"¹⁷⁸.

Né varrebbe a giustificare la compressione del diritto di proprietà del terzo estraneo, l'affermazione circa l'esistenza di un interesse collettivo alla tutela e alla salvaguardia del territorio rientrante nella clausola della *funzione sociale* *ex art. 42 co. 2 Cost.*, poiché "al di fuori dell'applicazione di misure sanzionatorie, la compressione del diritto di proprietà per ragioni d'interesse generale è necessariamente connessa alla corresponsione di misure indennitarie in favore di chi subisce detta compressione ai sensi dell'art. 42 comma 3 Cost."¹⁷⁹.

Inoltre, sempre secondo la Corte, ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 CEDU, la compressione del diritto di proprietà deve rispettare il principio di proporzionalità, irrimediabilmente violato in mancanza di alcuna forma d'indennizzo: "l'interpretazione costituzionalmente compatibile dell'art. 44 comma 2 d.P.R. 380/2001, induce, pertanto, necessariamente ad escludere dall'ambito di operatività della norma la possibilità di confiscare beni appartenenti a persone estranee alla commissione del reato e dei quali sia stata accertata la buona fede"¹⁸⁰.

¹⁷⁶ Difatti richiama questa sentenza tra le altre Cass. pen., sez. III, 13 luglio 2009, n. 39078, differenziandosi solo perché nel caso *de quo* differente era la posizione del terzo estraneo, dal momento che il ricorrente denunciava di essere solo coltivatore diretto del fondo, e non proprietario, pur essendo egli a conoscenza dell'illiceità della lottizzazione.

¹⁷⁷ Cass. pen., sez. III, Silvioli, cit., p. 2564.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 2565.

¹⁷⁹ *Ivi.*

¹⁸⁰ *Ivi.*

Quest'arresto, in conclusione, non può che essere accolto con favore: per il rispetto del principio di personalità, anche se si vuole aderire alla qualificazione come *sanzione amministrativa* della confisca urbanistica; per l'attenzione dimostrata nei confronti del diritto di proprietà, protetto tanto dalla Costituzione quanto dalla Convenzione europea.

3.5. In particolare il caso del contrabbando. Responsabilità oggettiva o agevolazione colposa?

La confisca prevista per il reato di contrabbando (art. 301 d.P.R. 43/1973, ex art. 116 legge doganale) è stata oggetto di numerosi interventi da parte della Corte costituzionale per ricondurre questa particolare sanzione penale al pieno rispetto del principio di personalità della responsabilità penale¹⁸¹; gli interventi della Corte costituzionale hanno spesso riguardato il tentativo di far subire alle persone giuridiche le conseguenze sanzionatorie dei reati compiuti dai loro agenti, quando ancora non era prevista una loro forma di responsabilità da illecito penale.

La prima questione portata all'attenzione della Corte si pose in relazione all'art. 116 l.d., che escludeva la confisca in caso di appartenenza a terzi solo dei mezzi di trasporto utilizzati. La Corte costituzionale, con la sent. 229/1974, dichiarò l'illegittimità costituzionale della norma poiché poneva una distinzione irragionevole rispetto agli *instrumenta sceleris* e fondava un'ipotesi di responsabilità per fatto altrui contrastante con l'art. 27 Cost.; fu richiesto, affinché si potesse procedere all'ablazione delle cose che servirono o furono destinate a commettere un reato nei confronti del terzo, che fosse riscontrabile in capo a costui almeno un difetto di vigilanza circa l'utilizzazione illecita delle cose¹⁸². E' interessante notare che l'Avvocatura dello Stato sostenne la possibilità di sottrarre la confisca all'art. 27 Cost. in virtù della sua qualificazione come misura di sicurezza¹⁸³; la Corte rispose giustamente che "una lotta più incisiva ad una attività penalmente illecita [...] non

¹⁸¹ Su questa forma di confisca, v. cap. I, par. 2.2.

¹⁸² C. cost., sent. 229/1974, in *Dir. prat. tribut.*, 1975, II, p. 50. La ricorrente era peraltro una società, la Finanziaria Peltrik, cui era stata applicata la confisca per un reato commesso da una persona fisica servendosi dei suoi beni. Di questa sentenza si è in parte già discusso al paragrafo citato nella nota precedente.

¹⁸³ C. Cost., 229/1974, cit., p. 55.

può [tradursi] in una ingiustificata violazione del diritto sulla cosa che spetti a terzi estranei al reato", come si sarebbe verificato nel caso *de quo*, dal momento che "il proprietario della cosa sottoposta a confisca obbligatoria estraneo al reato finisce col subire a titolo meramente obiettivo le conseguenze patrimoniali dell'illecito commesso da altri"¹⁸⁴.

L'art. 301 t.u.l.d ha ripreso il difetto di vigilanza di cui alla sent. 229/1974 della Corte e prevede oggi al comma 3 che "si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale se si tratta di mezzo di trasporto appartenente a persona estranea al reato qualora questa dimostri di non averne potuto prevedere l'illecito impiego anche occasionale e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza"; quindi la norma, recependo le indicazioni della Corte costituzionale, prevede che il terzo sia esente da responsabilità solo se non abbia potuto prevedere l'illecito impiego, anche occasionale, ovvero se non sia incorso in un difetto di vigilanza sull'utilizzo che altri ha fatto del suo bene.

Resta da chiedersi se il requisito del difetto di vigilanza e della mancata previsione possa essere considerato pienamente compatibile con l'art. 27 Cost., ovvero se anche qualora il terzo tenga questa condotta *manchevole*, egli non risponda comunque per un fatto altrui¹⁸⁵. Sarà necessario in tal caso verificare l'atteggiamento psicologico del terzo che accompagna il suo comportamento omissivo: se il difetto di vigilanza o di previsione è *doloso* (ovvero egli non vigila perché vuole che il mezzo di trasporto venga utilizzato per commettere un reato, o prevede ma accetta il rischio che questo accada), allora il terzo in realtà non è *terzo*, ma *concorrente*, e pertanto l'introduzione di questo criterio è inutile, poiché se egli ha previsto, ma ha accettato il rischio, ovvero se egli non ha dolosamente vigilato, è concorrente a tutti gli effetti in un delitto di contrabbando materialmente commesso da altri e si può procedere

¹⁸⁴ *Idem*, p. 58. La presa di posizione della Corte sulla natura giuridica della confisca non fu in questo caso assolutamente decisa (su questo v. *supra* cap. II, par. 7); ma anche se lo fosse stata, non si può fare a meno di ripetere quanto qui si sostiene, e cioè che anche le misure di sicurezza sono pienamente soggette al principio di personalità.

¹⁸⁵ Questa l'opinione di COLUCCIA F., *Confisca di cose altrui in materia di contrabbando e difetto di vigilanza*, in *Dir. prat. tribut.*, 1975, II, p. 58, in riferimento alla sent. 229/1974: "Non riusciamo infatti a comprendere perché, ad es., giusta questo principio, Tizio, che ormeggia saldamente la sua imbarcazione e la sorveglia vigile, nel caso che questa gli venga sottratta ed usata per commettere un reato di contrabbando, vada esente dalla sanzione; mentre Caio, ove si dimostri essere rimasto vittima, nelle medesime circostanze, di un colpo di sonno, se la veda irrimediabilmente confiscata".

alla confisca *direttamente* nei suoi confronti. Se invece, cosa che appare più plausibile stante il tenore letterale della norma, il legislatore intende riferirsi a una condotta *colposa* del terzo, allora non è possibile ammettere un'imputazione dei fatti previsti dal d.P.R. 43/1973 a titolo di colpa, dal momento che si tratta delitti e per essi, salvo estensioni (ma non è il caso dei delitti doganali), non si risponde che per dolo¹⁸⁶.

Bisogna però osservare che la Corte costituzionale nella sent. 229/1974 (che è alla base della formulazione dell'art. 301 comma 3), ricollega il difetto di vigilanza all'agevolazione del delitto di contrabbando¹⁸⁷. I giudici di legittimità, con quest'espressione, potrebbero alludere alle fattispecie di *agevolazione colposa*¹⁸⁸; verifichiamo quindi se l'ipotesi prevista dalla Corte possa essere considerata un caso di agevolazione colposa, e così se si possa dare un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma, riscontrando nell'agevolazione un fatto proprio compatibile col divieto di responsabilità per fatto altrui.

L'agevolazione colposa si verifica quando un soggetto facilita, con un comportamento negligente, imprudente, imperito o inosservante di leggi, regolamenti, discipline, ordini, la commissione di un delitto da parte di un altro soggetto; esse sono state introdotte per consentire d'incriminare e punire chi abbia agevolato colposamente l'esecuzione di un reato doloso, dal momento che le regole sul concorso di persone nel reato non permettono di punire una condotta colposa funzionale alla realizzazione di un delitto doloso¹⁸⁹. I margini per poter considerare questo *difetto di vigilanza* nel nostro caso una condotta di agevolazione colposa sono però assai ristretti, per non dire nulli:

¹⁸⁶ Se fosse prevista la responsabilità per colpa per tali delitti, in caso di pluralità di autori, entrerebbe in gioco l'art. 113 c.p. Il tema dell'elemento soggettivo nel reato concorsuale è in verità più complesso; la dottrina maggioritaria però ritiene valido il c.d. principio dell'*unità del reato concorsuale*, per il quale, valorizzando l'uso dell'aggettivo "*medesimo*" nell'art. 110 c.p., il reato per cui si risponde in concorso con altri deve essere identico anche dal punto di vista dell'elemento soggettivo, altrimenti non si spiegherebbero le previsioni dell'*aberratio delicti* contenuta nell'art. 116.

¹⁸⁷ C. cost. 229/1974, cit., p. 60.

¹⁸⁸ Sull'agevolazione colposa v. ALBEGGIANI A., *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984; SPASARI M., *Agevolazione colposa*, in *Encicl. del dir.*, Milano, 1958, p. 895; STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981.

¹⁸⁹ Così ALBEGGIANI A., *I reati*, cit., p. 12. Sul tema dell'elemento soggettivo nel concorso in relazione all'agevolazione, v. ALBEGGIANI A., *I reati*, cit., p. 196; STORTONI L., *Agevolazione*, cit., *passim*.

- a. in primo luogo perché le disposizioni che prevedono fattispecie di agevolazione colposa, in quanto norme incriminatrici di condotte altrimenti non punibili – per le ragioni anzidette – devono essere espressamente previste dal legislatore, pena la violazione del principio di tassatività. Non può farlo quindi la Corte costituzionale (altrimenti la pronuncia in commento sarebbe *un'additiva*) ed è quanto meno dubbio che il comma 3 dell'art. 301 svolga una funzione di autonoma incriminazione di una condotta penalmente rilevante (a meno che non si ritenga la confisca in tal caso *sanzione principale* per l'agevolatore, ma questa non è considerata tale nella legislazione doganale), parendo tale norma più che altro finalizzata a estendere a un terzo la pena per un fatto altrui;
- b. in secondo luogo perché le fattispecie di agevolazione colposa presenti nel nostro codice (cfr. gli artt. 254, 259, 350 c.p.)¹⁹⁰ sono riconducibili alla categoria dei *reati propri*¹⁹¹, in quanto si tratta di condotte che non possono essere compiute da chiunque, ma solo da determinati soggetti sui cui gravano obblighi di diligenza in virtù del loro rapporto col bene giuridico protetto, che richiede da parte di costoro un *plus* di cautela. Può dunque ritenersi che sul terzo proprietario gravi un particolare obbligo di *controllo* in relazione ai suoi beni (fonte di pericolo), la cui infrazione costituirebbe un *reato*

¹⁹⁰ Art. 254: "Quando l'esecuzione del delitto preveduto dall'articolo precedente è stata resa possibile, o soltanto agevolata, per colpa di chi era in possesso o aveva la custodia o la vigilanza delle cose ivi indicate, questi è punito con la reclusione da uno a cinque anni". (L'art. 253 incrimina la distruzione o il sabotaggio di opere militari).

Art. 259: "Agevolazione colposa. Quando l'esecuzione di alcuni dei delitti preveduti dagli articoli 255, 256, 257 e 258 è stata resa possibile, o soltanto agevolata, per colpa di chi era in possesso dell'atto o documento o a cognizione della notizia, questi è punito con la reclusione da uno a cinque anni. Si applica la reclusione da tre a quindici anni se sono state compromesse la preparazione o la efficienza bellica dello Stato ovvero le operazioni militari. Le stesse pene si applicano quando l'esecuzione dei delitti suddetti è stata resa possibile o soltanto agevolata per colpa di chi aveva la custodia o la vigilanza dei luoghi o delle zone di terra, di acqua o di aria, nelle quali è vietato l'accesso nell'interesse militare dello Stato". (L'art. 255 incrimina la soppressione, falsificazione o sottrazione di atti o documenti concernenti la sicurezza dello Stato; l'art. 256 il procacciamento di notizie concernenti la sicurezza dello Stato; l'art. 257 lo spionaggio politico o militare; l'art. 258 lo spionaggio di cui è stata vietata la divulgazione).

L'art. 350 prevede l'agevolazione colposa del delitto di violazione di sigilli previsto dall'art. 349 c.p.

¹⁹¹ Così ALBEGGIANI A., *I reati*, cit., p. 15.

omissivo proprio? A giudizio di chi scrive la risposta è negativa per una serie di ragioni: in quanto non si rinviene una norma su cui fondare tale obbligo di controllo, a meno che non si ritenga che sia lo stesso art. 301 a fondare quest'obbligo, il che non può essere, poiché la norma che fonda l'obbligo di controllo non può essere la stessa che incrimina l'omissione; in quanto comunque risulta difficile scorgere nel rapporto tra proprietario e mezzo di trasporto quella particolare relazione soggettiva che fonda l'*obbligo di garanzia* del primo in relazione ai particolari pericoli che possono sorgere da e verso il secondo, tipico dei reati propri.

Nei confronti del terzo estraneo a uno dei delitti doganali previsti dal d.p.R. 43/1973, quindi, non esiste alcun obbligo di vigilanza né di previsione; se egli non ha dolosamente vigilato ovvero ha previsto l'utilizzo illecito di mezzi di trasporto di sua propri, allora questi non è estraneo, e si potrà a procedere a confisca. Altrimenti, il sol fatto che il bene altrui sia stato utilizzato per compiere un delitto in materia di contrabbando non legittima l'ablazione del bene stesso, pena la violazione del principio di personalità della responsabilità penale. Né l'intervento della Corte costituzionale né quello del legislatore possono pertanto essere ritenuti soddisfacenti nel ricondurre l'art. 301 al rispetto dell'art. 27 Cost. e 6 § 2 CEDU. Oltretutto, il comma 3° di quest'articolo richiede che sia il terzo a dimostrare la sussistenza delle due condizioni che potrebbero escludere una sua responsabilità (ossia il non aver previsto e l'aver vigilato). La prova di questi elementi dovrebbe gravare però sull'accusa; sul tema si tornerà nel prosieguo.

Quella prevista nei confronti dei mezzi di trasporto dal comma 2 dell'art. 301 t.u.l.d. non è l'unica forma di confisca prevista per i delitti doganali che appare in contrasto col principio di personalità della responsabilità penale su cui siano intervenuti i giudici di legittimità.

Anche il requisito dell'accertamento giudiziale della sottrazione, richiesto dalla sentenza della Corte Costituzionale n. 259/1976 per non procedere all'ablazione dell'oggetto del reato di contrabbando nei confronti del terzo proprietario, desta qualche perplessità. In dottrina è stato autorevolmente sostenuto che si viene così a istituire una presunzione di non estraneità del derubato al reato

doganale¹⁹². *Quid iuris* nel caso in cui tale accertamento giudiziale sia mancato? Si fa subire al terzo una conseguenza penale per un fatto commesso da altri, per il solo fatto che una pronuncia giudiziale è mancata, per qualsivoglia causa (si pensi alla prescrizione del reato, per esempio)?

La Corte è intervenuta poi anche sulla confisca obbligatoria delle cose d'interesse artistico o storico esportate abusivamente disposta ai sensi dell'art. 66 l. 1089/1939, che rinvia per l'appunto alle disposizioni relative ai delitti doganali, ossia all'art. 301¹⁹³. Essa ha affermato che il principio di personalità della responsabilità penale impedisce di procedere all'ablazione di cose pur pertinenti a reato, che siano di proprietà di chi "non sia autore del reato e non ne abbia tratto in alcun modo profitto"¹⁹⁴, fuori dei casi di illiceità oggettiva e assoluta delle stesse.

Merita piena condivisione il riferimento alla categoria delle cose intrinsecamente criminosi (le sole di cui l'art. 240 consente la confisca verso i terzi estranei); non è altrettanto condivisibile il riferimento a colui che abbia tratto profitto dal reato. Chi si deve intendere con tale espressione? Se il riferimento è a colui che, ha tratto consapevolmente o colpevolmente profitto dal reato, l'affermazione è pienamente legittima, ma allora essa è pleonastica, perché si avranno tre casi:

- a. quello di chi abbia concorso nel delitto di esportazione abusiva, ad esempio ricevendo il bene. In tal caso nei confronti del concorrente è pienamente possibile procedere a confisca;
- b. quello del ricettatore (art. 648 c.p.) e la confisca potrà essere disposta per tale delitto;

¹⁹² VASSALLI G., *Confisca doganale*, cit., p. 425.

¹⁹³ C. Cost., sent. n. 2/1987.

¹⁹⁴ *Ivi*, pt. 8 del Considerato in diritto. Tale riferimento a colui che ha tratto profitto dal reato è contenuto in un'altra pronuncia della Corte costituzionale, l'ordinanza n. 78/2001, relativo alla confisca del mezzo di trasporto utilizzato per il favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Tale pronuncia è in verità piuttosto confusa, perché la Corte si riferisce – per escludere la confisca in capo al terzo – prima a colui che ha commesso il reato o ne ha comunque tratto profitto, poi a colui che ha partecipato al reato mediante attività di concorso o comunque connesse. Non è molto piano chi debba intendersi per colui che ha compiuto attività comunque connesse (se il riferimento, come sembra, è ai reati connessi, valgono le perplessità espresse *supra*), né è chiaro il principio di diritto che sorregge la dichiarazione di manifesta infondatezza. Difatti, poiché la Corte richiama la sua giurisprudenza sul contrabbando, e respinge l'eccezione sulla base del fatto che un'interpretazione costituzionalmente orientata – sulla base della sua giurisprudenza – è possibile, ci si sarebbe aspettati maggior chiarezza nell'enunciazione di tale principio.

- c. quello dell'incauto acquirente (art. 712 c.p.), punito in modo autonomo a titolo contravvenzionale e nei cui confronti il bene potrà essere confiscato poiché si tratterebbe di bene la cui alienazione costituisce reato (art. 240 co. 2 n. 2 c.p.).

Se il profitto è stato tratto incolpevolmente, ossia senza alcuna forma di partecipazione al delitto né alcuna autonoma condotta illecita, non c'è alcun modo quindi per procedere a confisca, poiché essa, in quanto sanzione penale, può ricadere solo sull'autore del reato: "solo quando si tratti di cose nelle quali sia insita una illiceità oggettiva in senso assoluto (ovvero cose delle quali la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione non possono essere consentiti neppure con autorizzazione amministrativa) il principio dell'affidamento incolpevole può soccombere senza che la confisca colpisca il soggetto a titolo di responsabilità oggettiva"¹⁹⁵.

Infine la Corte si è espressa anche sul articolo 301 t.u.l.d. nella sua versione *post* l. 413/1991, riconducendolo al rispetto del principio di responsabilità per fatto proprio. Con la sentenza n. 1/1997 ha sancito l'illegittimità di tale norma, nella parte in cui consente la confisca della cosa oggetto di contrabbando appartenente al terzo estraneo, quando questo *dimostri* di esserne divenuto proprietario senza violare alcun obbligo di diligenza e quindi in buona fede¹⁹⁶. Legittimo il riferimento alla buona fede in tema di acquisto di beni mobili (dal momento che, in tal caso, *mala fede* equivarrebbe a collusione con l'autore del reato, quindi o ricettazione o concorso); ma perché invertirne la dimostrazione, posto che essa è generalmente *presunta*? "L'interesse finanziario dello Stato [può] certo ricevere un ambito di tutela privilegiata anche nei confronti del terzo sul piano processuale"¹⁹⁷.

In conclusione, nonostante gli interventi della Corte costituzionale e la modifica dell'art. 301 t.u.l.d., non sembra che la forma di confisca prevista da questa norma rispetti appieno il principio di personalità della responsabilità penale¹⁹⁸.

¹⁹⁵ FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., p. 418.

¹⁹⁶ C. Cost., sent. 1/1997, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 816. Anche qui potrebbe sussistere una violazione della presunzione d'innocenza.

¹⁹⁷ C. Cost., 1/1997, in *Dir. pen. proc.* p. 818.

¹⁹⁸ Concorde FONDAROLI D., *op. loc. cit.*, p. 417.

E' infatti legittima la previsione del comma 2, per la quale si applica la confisca in ogni caso dei mezzi di trasporto *a chiunque appartenenti* che risultino adatti allo stivaggio fraudolento di merci ovvero contengano accorgimenti idonei a maggiorarne la capacità di carico o l'autonomia in difformità delle caratteristiche costruttive omologate o che siano impiegati in violazione alle norme concernenti la circolazione o la navigazione e la sicurezza in mare. In questi casi addirittura, l'alterazione del mezzo può far ritenere che il proprietario del bene abbia partecipato alla commissione del reato, poiché se egli ha predisposto sul suo bene migliorie funzionali allo stivaggio fraudolento o all'incrementazione illecita della capacità di carico, egli ha contribuito causalmente alla realizzazione del delitto doganale, delitto che, altrimenti, non si sarebbe realizzato nella forma voluta e preveduta dall'autore materiale.

Il riferimento all'art. 240 c.p., però, va esteso dal comma 3 (mezzi di trasporto) al comma 1 (oggetto, prodotto, profitto), e va espunto il riferimento alla mancata previsione o al difetto di vigilanza, perché un tale onere non è da ritenersi sussistente e sfocia nel far subire a un *extraneus* al reato le conseguenze penali di questo, per il solo fatto che tale illecito è stato compiuto coi suoi beni. L'art. 240 comma 3 c.p., in quanto trasposizione sul piano della disciplina ordinaria delle previsioni contenute sul piano costituzionale dall'art. 27, è in grado pertanto di assicurare il rispetto del principio di personalità della responsabilità penale, se correttamente interpretato; esso è da seguire sempre per assicurare il rispetto dei diritti dei terzi, ed esso stesso ammette l'eccezione alla regola per le cose intrinsecamente criminose.

La giurisprudenza, al contrario, applica costantemente la confisca doganale nei confronti dei terzi: talvolta sulla base della sua presunta *natura giuridica*, poiché "il principio della personalità della responsabilità penale non esclude l'applicabilità di una misura di sicurezza nei casi consentiti dalla legge anche a prescindere dall'affermazione di responsabilità dell'autore del reato, in quanto l'applicabilità di una misura di sicurezza non presuppone necessariamente la condanna poiché il principio della personalità della pena nonché gli altri principi che disciplinano l'irrogazione della pena non sono applicabili alle misure di sicurezze per la loro diversità dalla pena, diversità più volte sottolineata dalla stessa Corte

Costituzionale"¹⁹⁹. Niente di più inesatto: non solo il principio di personalità si applica anche alle misura di sicurezza (tranne il caso delle cose assolutamente pericolose, ma non è il caso del mezzo di trasporto – la cui pericolosità dipende dall'uso che ne si fa – a meno che non sia stato modificato), ma la confisca per il reato di contrabbando è da classificarsi – essenzialmente per la sua obbligatorietà²⁰⁰ – come *sanzione penale*,

Oppure si confisca presso i terzi perché essi, estranei al reato ma proprietari del mezzo impiegato, "non hanno assolto l'onere, che gravava su di loro a norma del terzo comma dell'art. 301 del D.P.R. n. 43 del 1973, di provare che non avevano potuto prevedere l'illecito impiego della stessa e di non essere incorsi in un difetto di vigilanza"²⁰¹; ma quest'onere di vigilanza, che non può ritenersi sussistente, è inidoneo a fondare una condotta di partecipazione.

In una recente sentenza della Cassazione sono state ribadite tutte queste discutibili motivazioni che legittimerebbero la confisca nei confronti dei terzi²⁰²:

- a. "il proprietario della cosa oggetto del contrabbando, salvi casi particolari, difficilmente potrebbe considerarsi estraneo al reato anche se rimasto estraneo al processo, in quanto il soggetto passivo obbligato al pagamento dei diritti di confine è proprio il proprietario", senza però chiarire le motivazioni specifiche di quest'equivalenza tra proprietà e responsabilità penale;
- b. "in ogni caso, secondo l'orientamento di questa Corte e la stessa dottrina, la confisca in materia di contrabbando costituisce una deroga al regime dell'istituto delineato dall'art. 240 c.p.", non realizzando però che se è pienamente possibile derogare a una norma ordinaria con un'altra norma ordinaria (*lex specialis derogat generali*), la norma ordinaria non può derogare a quella sovraordinata, anzi in tal caso è

¹⁹⁹ Cass. pen., sez. III, 21 settembre 2007 (dep. 19 ottobre), n. 38274.

²⁰⁰ V. cap. II, in particolare gli autori citati alle note 106 e 107.

²⁰¹ Cass. pen., sez. III, 30 aprile 2003 /dep. 2 luglio), n. 28337; v. anche Cass. pen., sez. III, 11 luglio 2007 (14 novembre) n. 41876: "Il disposto legislativo è appunto nel senso che la confisca può essere evitata ma il proprietario deve dimostrare – l'onere della prova incombe su di lui – di non meritare neppure un rimprovero a titolo di colpa per incauto affidamento a terzi del veicolo e mancata vigilanza circa il suo impiego".

²⁰² Cass. pen., sez. III, 17 marzo 2010 (dep. 14 aprile), n. 14860.

illegittima, e quindi la confisca per il contrabbando non può derogare al principio costituzionale di personalità della responsabilità penale, di cui l'art. 240 è trasposizione;

- c. "il principio della personalità della pena nonché gli altri principi che disciplinano l'irrogazione della pena non sono applicabili alle misure di sicurezze per la loro diversità dalla pena"; e poi – poiché il ricorrente sosteneva la natura sanzionatoria *ex art. 7 CEDU* della confisca – la Cassazione ha affermato (senza assolutamente motivare) che il riferimento all'art. 7 non sarebbe stato pertinente data la natura non sanzionatoria della confisca *de qua*, e che comunque, mettendo le mani avanti e dimostrando un atteggiamento di estrema chiusura, le norme della CEDU "potrebbero ugualmente cedere dinanzi a contrarie statuizioni legislative che siano strumentali alla tutela di interessi che, in sede di bilanciamento, siano giudicati ancora più meritevoli di tutela".

Questi pronunciamenti della giurisprudenza ordinaria non sono da condividere, e va ribadita la necessità che la confisca rispetti il diritto fondamentale di ognuno a non subire le conseguenze negative degli illeciti commessi da altri.

La "lesione di primari interessi finanziari dello Stato", la "potestà tributaria dello Stato", la "lotta più incisiva ad una attività penalmente illecita", queste esigenze che la giurisprudenza costituzionale e ordinaria richiamano quando si tratta di giustificare la confisca verso i terzi, se ben possono – applicando il *test of proportionality* – giustificare una lesione del diritto di proprietà, in quanto diritto *violabile*, non possono scalfire l'intangibilità del divieto di responsabilità penale per fatto altrui, da applicarsi anche alla confisca in quanto *sanzione penale* (né possono scalfire, come vedremo, la presunzione d'innocenza e le altre prescrizioni che assistono di necessità le sanzioni penali).

4. Il principio di colpevolezza: la sua necessità...

Una volta riscontrato un nesso di tipo oggettivo tra persona e reato, si può ritenere che questo sia condizione sufficiente per poter punire questa persona per

quel reato? Che cosa accade se da quel soggetto, ad esempio, – in base alle circostanze del caso concreto – non si poteva pretendere un comportamento diverso da quello tenuto, o se costui ha tenuto un comportamento penalmente rilevante, in maniera non colposamente inconsapevole o del tutto incoscientemente? Lo si punisce ugualmente?

La risposta a questa domanda risiede nella funzione di *orientamento culturale* propria del diritto penale: esso è strumento col quale l'ordinamento protegge, con diversa intensità, beni giuridici socialmente avvertiti come rilevanti (la vita, la dignità umana, la proprietà privata e quella pubblica, etc.), motivando i consociati, attraverso le norme penali, al rispetto delle norme giuridiche poste a tutela di tali beni²⁰³. Tale funzione di *motivazione* "richiede che la realizzazione esteriore del fatto previsto dalla legge come reato sia avvenuta in condizioni tali, da lasciare sussistere la possibilità individuale – ma determinata secondo criteri generali – di obbedire al comando della norma penale"²⁰⁴.

Bisognerà quindi verificare se nel caso concreto chi ha violato la norma penale fosse motivabile al suo rispetto, potesse essere orientato culturalmente; perché questo accada il collegamento oggettivo reo-fatto (la responsabilità personale è solo per fatto proprio) non è sufficiente, poiché "se l'ordinamento vuole servire da orientamento per il futuro, deve rivolgersi a soggetti che possano influenzare in qualche modo l'andamento dei fatti e quindi possano in qualche modo dominarli"²⁰⁵.

E' la *dominabilità* del fatto, – ossia la possibilità di agire diversamente – che fonda la possibilità di muovere un *rimprovero* a colui che ha infranto la norma penale, orientando *ex post* al rispetto della norma chi si sarebbe voluto orientare *ex ante*, così evitando l'infrazione e la punizione. La possibilità di muovere un rimprovero all'agente per aver commesso il fatto anti-giuridico – in altre parole, la *colpevolezza* di questo – è costruita, come *categoria dogmatica*, da una serie di

²⁰³ Cfr. sul punto HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, a cura di CATTANEO M.A., Milano, 1965, p. 34: "La funzione sociale esercitata da una legge penale è quella di descrivere e definire certi tipi di condotta come qualcosa da evitare o da compiere da parte di coloro cui essa si applica, senza badare ai loro desideri. La pena o sanzione che la legge fa seguire alle trasgressioni o violazioni del diritto penale ha lo scopo [...] di offrire un motivo per astenersi da queste attività".

²⁰⁴ PAGLIARO A., *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dogmatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 388.

²⁰⁵ FIORELLA A., *Responsabilità penale*, cit., p. 1291.

elementi: la presenza di dolo o colpa – ossia la *suitas* della condotta – in relazione al fatto antigiuridico; l'assenza di scusanti (ossia l'assenza di circostanze in base alle quali non si sarebbe potuto esigere un comportamento diverso da quello tenuto); la conoscenza o conoscibilità della legge penale violata, ossia della norma che nel caso *de quo* avrebbe dovuto orientare l'agente in senso inverso all'illecito; la capacità d'intendere e di volere, ossia la capacità fisica di cogliere il senso e la portata della propria azione²⁰⁶.

"La pena può essere inflitta solo in caso di colpevole realizzazione di una fattispecie di reato e nei limiti segnati dalla colpevolezza dell'agente. Deve affermarsi l'esistenza della possibilità di decisione e di scelta, quale presupposto della colpevolezza, quando si possa accertare che l'agente, all'epoca della commissione del fatto, fosse fondamentalmente motivabile mediante norme"²⁰⁷. E' quindi anche la funzione di prevenzione generale della pena (oltre che, come vedremo, l'istanza rieducativa) a pretendere il rispetto del principio di colpevolezza; essa sarebbe altrimenti destinata al fallimento: "l'aspirazione a guidare i meccanismi umani di autocontrollo esige, come minimo, che il destinatario della minaccia possa riconoscere ed evitare la commissione dei fatti che la pena tendeva ad impedire"²⁰⁸.

Va quindi affermata con forza la *necessità* che la responsabilità penale non sia solo per fatto proprio, ma sia anche per fatto proprio *colpevole*, quindi rimproverabile; se la responsabilità penale fosse fondata esclusivamente sull'apporto causale all'illecito, sarebbe possibile risalire all'infinito nella serie causale, dilatando inoltre eccessivamente l'area della responsabilità a chi non abbia tenuto un comportamento offensivo nei confronti del bene giuridico protetto²⁰⁹: il diritto penale diverrebbe "una sorta di campo minato, nel quale entrando il soggetto [diviene] passibile delle più imprevedibili conseguenze negative"²¹⁰. La colpevolezza invece

²⁰⁶ Si è seguita qui l'impostazione di MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale*, cit., pp. 269 e ss.

²⁰⁷ ROXIN C., *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 27.

²⁰⁸ MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 481.

²⁰⁹ ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di MOCCIA S., Napoli, 1998, p. 83, il quale fa l'esempio di un omicidio, la cui responsabilità, applicando solo il nesso di causalità, cadrebbe su chi ha venduto la rivoltella, su chi l'ha fabbricata, su chi ha provocato la lite dalla quale è partito il colpo etc.

²¹⁰ FIORELLA A., *Responsabilità penale*, cit., p. 1209.

richiede un *quid pluris*, un nesso psicologico che renda possibile addebitare il fatto all'agente almeno sulla base della colpa²¹¹.

4.1. ...e il suo faticoso riconoscimento: nella Costituzione (art. 27 co. 1 e 3 Cost.)...

Il principio di *colpevolezza* ha faticato non poco a trovare riconoscimento in una norma costituzionale: l'art. 27 – nel quale oggi viene fatto risiedere – è stato a lungo interpretato dalla Corte costituzionale come implicante esclusivamente il divieto di responsabilità per fatto altrui, mentre le ipotesi di responsabilità *oggettiva* – ossia quei casi in cui il fatto antigiuridico è attribuito al suo autore indipendentemente dalla presenza di coefficienti soggettivi che leghino questo a quello – sono state considerate a lungo tutte compatibili con la Costituzione. L'art. 27 co. 1 è stato a lungo letto dalla Corte costituzionale, infatti, nel suo significato "minimo"²¹².

Una delle prime voci che, poco dopo l'entrata in vigore della Costituzione, si levò in dottrina a richiedere la necessità costituzionale di rinvenire un collegamento anche soggettivo – e non solo oggettivo – tra fatto e autore fu quella di Gallo, espressa in relazione all'art. 57 c.p., norma che chiamava a rispondere dei reati commessi col mezzo della stampa periodica il direttore o redattore responsabile della testata, per il solo fatto di rivestire tale qualificazione (la norma diceva "per ciò solo")²¹³. Tale reato fu oggetto di una sentenza da parte della Corte costituzionale in relazione all'art. 27 comma 1: la Corte, partendo da una lettura minima della disposizione costituzionale, ritenne l'art. 57 compatibile con il divieto di responsabilità per fatto altrui, poiché il direttore sarebbe in tal caso venuto meno agli obblighi di vigilanza e controllo propri alla sua funzione; quindi sarebbe stato

²¹¹ Non s'indagano nel presente studio, perché ininfluenti sul discorso che s'intende svolgere, i rapporti, pur discussi, tra il principio di *colpevolezza* e le teorie della pena.

²¹² Cfr. sent. nn. 54/1965, 62/1967, 20/1971, 167/1971, 190/1972, 88/1974, 102/1985.

²¹³ L'art. 57 è stato poi modificato dall'art. 1 l. 4 marzo 1958 n. 127. Il testo attuale così recita: "Salva la responsabilità dell'autore della pubblicazione e fuori dei casi di concorso, il direttore o il vice-direttore responsabile, il quale omette di esercitare sul contenuto del periodico da lui diretto il controllo necessario ad impedire che col mezzo della pubblicazione siano commessi reati, è punito, a titolo di colpa, se un reato è commesso, con la pena stabilita per tale reato, diminuita in misura non eccedente un terzo".

possibile riscontrare un suo comportamento omissivo²¹⁴. *Quid iuris* se tale comportamento fosse stato incolpevole?

Gallo affermò: "Non viviamo al tempo dei Germani, o al tempo della responsabilità tribale, per pensare che il legislatore italiano nel 1948 sentisse davvero la preoccupazione di dover espressamente sancire la inammissibilità di una responsabilità per fatto altrui. Parlando di responsabilità personale, il legislatore costituente aveva certamente in animo l'assoluta necessità di una responsabilità basata sulla *colpevolezza*"²¹⁵.

La posizione di questo autore – che, quindi, faceva coincidere la *personalità* con la *soggettività* della responsabilità penale, *sub specie* di collegamento psichico – trovò solo qualche sporadico accoglimento favorevole nella dottrina contemporanea²¹⁶, e fu invece respinta dalla maggior parte degli autori²¹⁷.

Nuova linfa verso la costituzionalizzazione del principio di colpevolezza la portò l'acuta e innovativa posizione di Bricola, destinata a riscuotere particolare successo.

Quest'autore cominciò col fornire dell'art. 27 Cost. quella tanto feconda *lettura globale* cui si è accennato. In particolare, legando il principio di personalità e la finalità rieducativa della pena (co. 3), Bricola affermò che "se questo è il fine della pena, esso presuppone, per potersi esplicare adeguatamente, da un lato la pura valutazione della personalità dell'agente, anche per quei suoi aspetti che non sono strettamente riconducibili ad un giudizio di colpevolezza, dall'altro, un fatto

²¹⁴ C. Cost., sent. n. 3/1956.

²¹⁵ GALLO E., in *Discorsi, relazioni, interventi, discussioni – Atti del congresso di diritto penale tenuto a Trieste dall'8 all'11 aprile 1953*, Roma, 1953, p. 120.

²¹⁶ Si veda, sempre sull'art. 57 c.p., la posizione di PISAPIA G.D., *La nuova disciplina*, cit., p. 307: "Già di per sé il concetto di *responsabilità*, se esattamente inteso, implica un'attribuzione non solo meramente oggettiva ma anche soggettiva di un fatto ad un soggetto e alla sua volontà; ma anche l'aggettivo *personale* comporta che il fatto debba essere riferito ad una *persona*, e cioè ad un soggetto fornito di coscienza e volontà. Perché si possa parlare di responsabilità *penale personale* occorre che il fatto *appartenga all'agente*, non solo in senso materiale, escludendo si debba rispondere del *fatto altrui*, ma anche nel senso di richiedere l'esistenza di un nesso psichico adeguato al titolo della responsabilità prevista dalla legge (dolo o colpa)". Tale Autore però limita la portata innovativa della sua disposizione, affermando che l'art. 27 ha valore solo *programmatico* e quindi semplicemente invita il legislatore a espungere dalle leggi penali le fattispecie di responsabilità oggettiva esistenti.

²¹⁷ Tra i quali, sempre sul medesimo tema, si v. NUVOLONE P., *Norme penali e principi*, cit., p. 1262: "una responsabilità può essere personale senza essere soggettiva, e cioè senza essere fondata sul dolo o sulla colpa: basta che sia in funzione del comportamento del soggetto"; VASSALLI G., *Sulla illegittimità*, cit., p. 221, il quale loda la posizione di Gallo, ma afferma che essa è senza riscontro nei lavori preparatori della Costituzione.

colpevole, come presupposto per l'imputazione penale. Non si vede, infatti, quale funzione rieducativa possa esplicitare la pena nei confronti di un soggetto che viene chiamato a rispondere di un evento lesivo, semplicemente collegato ad un nesso causale con la propria condotta, ovvero *per il solo fatto* di rivestire una certa qualità²¹⁸. Non si era però ancora arrivati a leggere il principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa* nel requisito della personalità della responsabilità penale di cui all'art. 27.

Questo avverrà con la sentenza – definita *storica*²¹⁹ o anche *rivoluzionaria*²²⁰ – della Corte costituzionale n. 364/1988, resa sull'art. 5 c.p.²²¹. La Corte costituzionale parte da alcune considerazioni sull'importanza del principio di colpevolezza nel quadro dei principi costituzionali in materia penale: "Nelle prescrizioni tassative del codice il soggetto deve poter trovare, in ogni momento, cosa gli è lecito e cosa gli è vietato: ed a questo fine sono necessarie leggi precise, chiare, contenenti riconoscibili direttive di comportamento. Il principio di colpevolezza è, pertanto, indispensabile, appunto anche per garantire al privato la certezza di libere scelte d'azione: per garantirgli, cioè, che sarà chiamato a rispondere penalmente solo per azioni da lui controllabili e mai per comportamenti che solo fortuitamente producano conseguenze penalmente vietate [...]. A nulla varrebbe, infatti, in sede penale, garantire la riserva di legge statale, la tassatività delle leggi ecc. quando il soggetto fosse chiamato a rispondere di fatti che non può, comunque, impedire od in relazione ai quali non è in grado, senza la benché minima

²¹⁸ BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, v. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965, p. 360, nota 295; in un'opera successiva, leggendo questa volta nel principio di personalità ex art. 27 comma 1 Cost. anche il requisito della colpevolezza ID., *Teoria generale*, cit., p. 53. L'argomento è ripreso da allora da tutta la dottrina: v. in tal senso DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979, p. 181: "Colui che abbia sì violato uno dei valori su cui si fonda la convivenza sociale, ma al quale non possa muoversi alcun rimprovero per tale violazione, non ha infatti bisogno di essere rieducato, cioè richiamato ad un rapporto corretto con quei valori".

²¹⁹ Così PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686.

²²⁰ MARINUCCI G., *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Prospettive di riforma del codice penale e valori costituzionali – Atti del convegno tenuto a Saint-Vincent nel 1994*, Milano, 1996, p. 140.

²²¹ In *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686. La nota questione riguardava l'imputazione oggettiva della mancata conoscenza della legge penale, a prescindere da ogni valutazione sul profilo soggettivo dell'*ignorantia legis*; a seguito dell'intervento della Corte assumono rilevanza i casi di ignoranza inevitabile, quindi l'art. 5 c.p. sostanzialmente prescrive che *nessuno può invocare a propria scusa l'ignoranza della legge penale dovuta a colpa*.

sua colpa, di ravvisare il dovere d'evitarli nascente dal precetto. Il principio di colpevolezza, in questo senso, più che completare, costituisce il secondo aspetto del principio, garantistico, di legalità, vigente in ogni Stato di diritto"²²². Queste affermazioni sono molto interessanti, perché connesse all'idea più generale di *prevedibilità* come *volto costituzionale* della responsabilità penale, costruito dal principio di *colpevolezza* insieme ai principi di *irretroattività* e di *stretta legalità*. Esse possono essere considerate espressione di un principio *generale*, dal momento che anche nel pensiero della Corte e.d.u. – come vedremo a breve – si rinvencono affermazioni simili.

La Corte costituzionale poi, premesse alcune considerazioni sulla necessaria lettura complessiva dell'art. 27, i cui commi sarebbero altrimenti antinomici, passa all'esame dei lavori preparatori della Costituzione, rilevando come già all'interno di questi sia possibile scorgere la volontà di costituzionalizzare il principio di responsabilità personale per fatto proprio colpevole²²³. Le affermazioni più importanti e note sono però quelle relative alla lettura sistematica dell'art. 27: "Non avrebbe senso la "rieducazione" di chi, non essendo almeno "in colpa" (rispetto al fatto) non ha, certo, "bisogno" di essere "rieducato"²²⁴. Il rango costituzionale del principio *nullum crimen, nulla poena sine culpa* si rende quindi necessario per la funzione di orientamento sociale del diritto penale: "Dal collegamento tra il primo e terzo comma dell'art. 27 Cost. risulta, altresì, insieme con la necessaria "rimproverabilità" della personale violazione normativa, l'illegittimità costituzionale della punizione di fatti che non risultino essere espressione di consapevole, rimproverabile contrasto con i (od indifferenza ai) valori della convivenza, espressi dalle norme penali. La piena, particolare compenetrazione tra fatto e persona implica che siano sottoposti a pena soltanto quegli episodi che, appunto personalmente, esprimano il predetto, riprovevole contrasto od indifferenza. Il ristabilimento dei valori sociali "dispregiati" e l'opera rieducatrice ed ammonitrice sul reo hanno senso soltanto sulla base della dimostrata "soggettiva antiggiuridicità" del fatto"²²⁵.

²²² C. Cost., 364/1988, pt. 8 del Considerato.

²²³ *Ivi*, pt. 10.

²²⁴ *Ivi*, pt. 11.

²²⁵ *Ivi*, pt. 14.

La *costituzionalità* del principio di colpevolezza, affermata per la prima volta in questa sentenza, è stata ribadita poi dalla Corte in altre sentenze²²⁶, anche se permangono alcune ipotesi nel nostro ordinamento in cui la responsabilità per alcuni elementi del fatto antigiusuridico è addossata all'autore indipendentemente da un suo collegamento psichico con essi²²⁷.

Tutta la dottrina ritiene oggi il principio di colpevolezza costituzionalizzato nell'art. 27 co. 1²²⁸: "la garanzia dell'azione individuale richiede la delimitazione della responsabilità a ciò che può essere riferito ad una libera scelta soggettiva: ad atti ed eventi la cui realizzazione o non realizzazione rientri nelle possibilità di controllo personale del soggetto, della cui responsabilità si faccia questione"²²⁹. Tale delimitazione è richiesta dalla funzione *motivazionale* dell'intervento punitivo (co. 3): "la dose di arbitrarietà [...] che inevitabilmente colora ogni misura punitiva non basata su una puntuale rimproverabilità del comportamento, non si può davvero pensare che propizi un avvicinamento del reo ai valori tutelati dall'ordinamento; al contrario, può alimentare una complessiva ostilità nei confronti del medesimo"²³⁰. Questo perché è "solo in quanto si sia dimostrato ostile od indifferente verso beni o valori sociali, che il cittadino può essere sensatamente reso destinatario di un

²²⁶ Spicca la sentenza di poco successiva n. 1085/1988, dove la Corte ha affermato che il principio *qui in re illicita versatur respondit etiam de casu*, contrasta con il principio di personalità della responsabilità penale. Si vedano anche le sentenze nn. 2/1991, 179/1991, 322/2007.

²²⁷ La questione d'altronde era stata lasciata aperta dalla stessa sent. 364/1988, che aveva richiesto il collegamento soggettivo tra l'autore e gli elementi *principali* del fatto, senza chiarire quali questi fossero. Tipico esempio di collegamento meramente oggettivo tra autore ed elementi del fatto è quello dei delitti aggravati dall'evento; quelli di *aberratio ictus* e *aberratio delicti* in caso di concorso. Particolarmente controversa la posizione delle condizioni obiettive di punibilità, le quali sono imputate all'autore appunto obiettivamente, se non altro per le difficoltà legate alla loro individuazione.

²²⁸ ALESSANDRI A., *Sub art. 27*, cit., pp. 70 e ss.; DONINI M., *Il principio di colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, v. I, a cura di INSOLERA G., MAZZACUVA N., PAVARINI M., ZANOTTI M., Torino, 2006, p. 214; ID., *Teoria generale del reato*, cit., p. 277; FIANDACA G., *Sub art. 27*, cit., pp. 254 e ss.; FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale*, cit., pp. 188 e ss.; FIORELLA A., *Responsabilità penale*, cit., p. 1291 e ss.; GROSSO C.F., *Responsabilità penale*, cit., pp. 712 e ss.; MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale*, cit., pp. 270 e ss.; PALAZZO F., *Corso*, cit., p. 30; PULITANÒ D., *Diritto penale*, cit., pp. 313 e ss. In relazione alla confisca v. MAUGERI A.M., *Le moderne*, cit., p. 742.

²²⁹ PULITANÒ D., *Appunti sul principio di colpevolezza come fondamento della pena: convergenze e discrasie fra dottrina e giurisprudenza*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di STILE A., Napoli, 1991, p. 91.

²³⁰ ALESSANDRI A., *Sub art. 27*, cit., p. 76, che si sofferma con particolare chiarezza e profondità di pensiero sul punto.

intervento rieducativo, inteso cioè a ricostruire (a rendere possibile) un corretto rapporto fra il reo e i valori da lui dispreziati"²³¹.

In conclusione, affinché un soggetto possa essere punito per aver compiuto un'azione o un'omissione stigmatizzata dall'ordinamento, è necessario che tra costui e l'azione a lui causalmente riferibile venga rinvenuto un collegamento *soggettivo* idoneo a fondare una responsabilità *almeno per colpa*; altrimenti egli non potrà assolutamente cogliere il disvalore del fatto compiuto, e la pena così inflitta si rivelerà incostituzionale poiché assolutamente non rieducativa. In tal senso il principio di colpevolezza assume una funzione *garantista* nei confronti dell'individuo di fronte alla potestà punitiva dello Stato, "indicando le condizioni in cui questo può intervenire – a fini di difesa di beni giuridici – nei confronti dell'individuo che con la sua condotta abbia causato un danno o un pericolo"²³². Il principio di colpevolezza è quindi una garanzia – analogamente ad altri principi (quello di irretroattività e di personalità in senso stretto per esempio, volendosi riferire solo a quelli di cui si è espressamente trattato in questo lavoro) – di libertà e certezza d'azione, e assicura che il singolo sarà chiamato a rispondere solo degli atti la cui realizzazione rientra nella sua sfera di controllo.

4.2. ...e nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo (art. 6 § 2, art. 7 CEDU)

Anche il principio di colpevolezza, come il principio di personalità, non è espressamente previsto nel testo convenzionale. La lacuna si può spiegare col fatto che tra le tradizioni giuridiche alla base della Convenzione, ve ne sono alcune in cui tale principio è considerato *imprescindibile*²³³; dovendo pertanto dettare alcune regole fondamentali, valide per tutti gli Stati aderenti, la Convenzione ha scelto di non includerlo tra le stelle polari della materia penale.

Ciò non toglie, però, che all'attenzione della Corte siano stati portati alcuni casi d'imputazione obiettiva del fatto o di alcuni suoi elementi, sotto l'egida della

²³¹ PULITANÒ D., *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in AA. VV., *Problemi di diritto penale*, Milano, 1979, p. 43.

²³² *Ibidem*, p. 46.

²³³ In particolare il riferimento è all'ordinamento francese e a quello inglese. V. sul punto SICURELLA R., *Nulla poena sine culpa: un véritable principe commun européen?* in *Rev. scien. crimin.*, 2002, pp. 16–17.

presunzione d'innocenza di cui all'art. 6 § 2 CEDU (analogamente a quanto avvenuto per il *fratello minore* del principio di colpevolezza, quello di personalità della responsabilità penale). Si potrebbe dire che la presunzione d'innocenza sia diventata la valvola di sfogo dei principi *soggettivisti* in ambito penale, intendendo con tale termine quelli che legano il fatto al soggetto (personalità, colpevolezza, presunzione d'innocenza). La disposizione convenzionale più propriamente dedicata al diritto penale sostanziale infatti, l'art. 7 CEDU, si occupa principalmente della legge penale e della sua formulazione e applicazione nel tempo: in essa non è d'immediatezza far entrare i principi che legano soggettivamente fatto a soggetto, perché sembra occuparsi più che altro dell'aspetto formale della materia penale. E' quindi comprensibile che i principi di personalità e colpevolezza abbiano inizialmente tentato la via dell'art. 6 § 2 CEDU per ottenere riconoscimento, perché esso si rivolge maggiormente alla posizione del soggetto di fronte al fatto.

Il *leading case* in materia è rappresentato dalla sentenza della Corte e.d.u. *Salabiaku c. Francia*²³⁴, nella quale la Corte si è dimostrata piuttosto chiusa al concedere cittadinanza convenzionale al principio di colpevolezza. Esso entra in gioco attraverso la presunzione d'innocenza, letta non come regola di trattamento dell'imputato o di distribuzione dell'onere probatorio, ma in chiave *sostanzialistica* come necessità di provare la colpevolezza (in senso stretto) dell'imputato, quindi di accertare se tra questo e la condotta da lui compiuta sussista un collegamento soggettivo. La Corte rispose in modo netto: "In particular, and again in principle, the Contracting States may, under certain conditions, penalise a simple or objective fact as such, irrespective of whether it results from criminal intent or from negligence"²³⁵.

I giudici di Strasburgo hanno con questa sentenza "sostanzialmente avallato la possibilità che all'interno di un ordinamento nazionale venga sanzionata

²³⁴ Corte EDU, *Salabiaku c. Francia*, sent. 7 ottobre 1988. Nel caso *de quo* il ricorrente, che attendeva un pacco proveniente dal suo paese d'origine (lo Zaire), si era erroneamente impossessato all'aeroporto di un pacco non destinato a lui, contenente 10 Kg di droga. Era stato perciò arrestato al momento del passaggio della dogana e condannato per traffico di stupefacenti, nonostante il pacco destinato a lui fosse stato rinvenuto due giorni dopo in un'altra destinazione (quindi si trattò di un errore di spedizione) e quindi fosse assolutamente chiaro che egli non conosceva il contenuto del pacco. V. anche, sempre sul principio di colpevolezza e la presunzione d'innocenza Corte EDU, *Pham Hoang c. Francia*, sent. 25 settembre 1992, del tutto simile – anche per il *charge* addebitato al ricorrente – al caso *Salabiaku*.

²³⁵ *Ivi*, par. 27.

penalmente la commissione di un fatto rispetto al quale non sia effettivamente accertata la presenza di un determinato coefficiente soggettivo minimo"²³⁶; la colpevolezza è sostanzialmente presunta *per il solo fatto* di aver tenuto il comportamento antigiusuridico, e tale presunzione è ritenuta compatibile con l'art. 6 § 2, qualora sia contenuta entro limiti ragionevoli²³⁷.

4.3. Colpevolezza e confisca nel nuovo corso della Corte europea: la sentenza Sud Fondi

Nella sentenza *Sud Fondi c. Italia* il principio di *colpevolezza* ha finalmente trovato riconoscimento nella giurisprudenza di Strasburgo. Viene portata all'attenzione della Corte europea il caso della confisca urbanistica, di cui si è tra l'altro già discusso in relazione al contenuto minimo del principio di personalità.

L'art. 44 co. 2 d.P.R. 380/2001 ricollega tale forma di confisca all'accertamento da parte del giudice che si sia verificata una lottizzazione abusiva; la lottizzazione abusiva è una fattispecie penalmente rilevante *ex art. 30* stesso decreto²³⁸, quindi la confisca urbanistica si ricollega a un reato, che dovrebbe sussistere, per consentire la confisca, tanto nella sua componente oggettiva quanto in quella soggettiva. Tuttavia, il fatto che l'art. 44 (così come il suo predecessore, l'art. 19 l. 47/1985) affermi "la sentenza definitiva del giudice penale che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva", ha portato la giurisprudenza ordinaria a ritenere che il presupposto della confisca urbanistica fosse solo l'esistenza *materiale* del fatto di

²³⁶ Così NICOSIA E., *Convenzione europea*, cit., p. 83; *contra* SICURELLA R., *Nulla poena*, cit., p. 20–21, secondo la quale vi sarebbe traccia nella sentenza della Corte e.d.u. di un parziale riconoscimento del principio di colpevolezza, giacché nella motivazione viene riconosciuto che i giudici francesi avevano ricercato un elemento di colpevolezza nella condotta del ricorrente.

²³⁷ "Presumptions of fact or of law operate in every legal system. Clearly, the Convention does not prohibit such presumptions in principle. It does, however, require the Contracting States to remain within certain limits in this respect as regards criminal law", par. 28.

²³⁸ Art. 30 co. 1: "Si ha lottizzazione abusiva di terreni a scopo edificatorio quando vengono iniziate opere che comportino trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici, vigenti o adottati, o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali o senza la prescritta autorizzazione; nonché quando tale trasformazione venga predisposta attraverso il frazionamento e la vendita, o atti equivalenti, del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche quali la dimensione in relazione alla natura del terreno e alla sua destinazione secondo gli strumenti urbanistici, il numero, l'ubicazione o la eventuale previsione di opere di urbanizzazione ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denuncino in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio".

lottizzazione abusiva e che pertanto essa potesse essere applicata anche in caso di sentenza di assoluzione "perché il fatto non costituisce reato"²³⁹, formula assolutoria che il codice riserva ai casi di materiale compimento del fatto, non assistito però dal necessario coefficiente soggettivo²⁴⁰. La possibilità di disporre la confisca anche se il reato – che ne è il presupposto – è carente in uno dei suoi elementi costitutivi, stride a ben vedere con il principio di *colpevolezza*, per il quale la responsabilità da reato richiede il dolo o la colpa dell'autore nella commissione dell'illecito, e quindi la confisca, in quanto sanzione penale, deve essere ricollegata a un reato sussistente in tutti i suoi elementi²⁴¹.

Della confisca urbanistica e del principio di *colpevolezza* si è occupata la Corte e.d.u. nella sentenza sul caso *Sud Fondi*, con affermazioni sul principio stesso di particolare importanza, soprattutto se paragonate con gli esiti del caso *Salabiaku*²⁴². Si potrebbe fare un non improprio paragone tra questa sentenza e la storica pronuncia 364/1988 della Corte costituzionale; chiariamo in che senso.

Tre società edili, all'esito del loro percorso giudiziario interno, si erano viste confermare dalla Cassazione la sentenza d'assoluzione pronunciata in appello poiché il caos normativo esistente all'epoca della commissione del fatto di lottizzazione abusiva (soprattutto per quanto riguarda l'individuazione dell'autorità amministrativa competente a concedere l'autorizzazione al progetto edilizio) escludeva la loro *colpevolezza ex art. 5 c.p.*; vista la sussistenza del fatto la Cassazione però, seguendo il suo tradizionale orientamento, aveva applicato la confisca.

I ricorrenti lamentavano la violazione del principio di legalità richiesto dall'art. 7 CEDU; per comprendere le ragioni della scelta di tale parametro, sono

²³⁹ Anche questo è un orientamento tradizionale della Corte di cassazione. V. la giurisprudenza citata alla nota 168 del presente capitolo.

²⁴⁰ Dei rapporti tra confisca e sentenza di condanna si tratterà più avanti, per ora l'analisi è incentrata sul principio di *colpevolezza*.

²⁴¹ Si ricordi inoltre che per principio generale le misure di sicurezza, tra cui la confisca, hanno come presupposto il reato, non la semplice commissione del fatto non assistito dal coefficiente psicologico, e che gli unici casi di deviazione dal reato quale presupposto, sono quelli accomunati sotto il nome di quasi-reato (ossia il reato impossibile e l'istigazione non accolta), nei quali, più che mancare la *colpevolezza*, manca la punibilità.

²⁴² Corte EDU, *Sud Fondi c. Italia*, sent. 20 gennaio 2009, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3180, con commento di BALSAMO A., PARASPORO C., *I nuovi scenari dischiusi dalla sentenza della Corte di Strasburgo sul caso Punta Perotti*, p. 3184. In particolare per un'analisi delle affermazioni contenute nella sentenza sul principio di *colpevolezza* cfr. MAZZACUVA F., *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1540.

necessarie alcune precisazioni su di esso. La Convenzione europea, richiedendo che i casi di responsabilità penale siano previsti *by national or international law*²⁴³, prevede il principio di legalità, ma non nel senso in cui esso è inteso nel nostro ordinamento. La Convenzione non pone – né avrebbe senso che lo facesse – un collegamento tra la responsabilità da reato e la sua fonte, qualificata formalmente come legge, poiché altrimenti la disposizione sarebbe inapplicabile ai sistemi di *common law*. Ciò non toglie però che la Corte di Strasburgo abbia elaborato sull'art. 7 una versione tutta *sostanziale* del principio di legalità, richiedendo che le leggi penali siano *accessible and foreseeable*, ossia che il cittadino sia posto nella condizione di conoscerle e di coglierne la portata, prevedendo le conseguenze delle sue azioni se infrangerà la legge penale²⁴⁴ (che poi è la *ratio* di garanzia sottesa al principio di legalità anche in senso formale).

Le società ricorrenti sostenevano quindi che, non essendo prevedibile la loro condanna vista l'ignoranza inevitabile della legge penale, era da escludersi una loro responsabilità penale, non essendo a esse *rimproverabile* alcunché, e che pertanto la confisca, in quanto sanzione penale, non poteva essere applicata se era esclusa la loro responsabilità²⁴⁵. L'analogia con la questione sottoposta alla Corte costituzionale nel 1988 è di tutta evidenza: anche lì si era sostenuto che l'ignoranza inevitabile della legge penale dovesse escludere la colpa in relazione alla commissione dell'illecito, e pertanto che non potesse sussistere alcuna responsabilità penale, in quanto questa avrebbe dovuto essere necessariamente *colpevole*²⁴⁶.

La Corte e.d.u., dopo aver rilevato che la legge applicabile era "*obscure et mal rédigée*"²⁴⁷, afferma che "il convient donc de reconnaître que les conditions

²⁴³ Art. 7: "1. No one shall be held guilty of any criminal offence on account of any act or omission which did not constitute a criminal offence under national or international law at the time when it was committed. Nor shall a heavier penalty be imposed than the one that was applicable at the time the criminal offence was committed. 2. This article shall not prejudice the trial and punishment of any person for any act or omission which, at the time when it was committed, was criminal according to the general principles of law recognised by civilised nations".

²⁴⁴ Sul principio di *accessibilità delle fonti e prevedibilità della condanna* V. BERNARDI A., *Sub art. 7*, cit., pp. 249 e ss.; NICOSIA E., *Convenzione europea*, cit., pp. 56 e ss.; OVEY C., WHITE R.C.A., *Jakobs & White*, cit., pp. 209 e ss.

²⁴⁵ Corte EDU, *Sud Fondi c. Italia*, cit., parr. 86 e ss.

²⁴⁶ Tanto che la sentenza della Corte costituzionale è richiamata dai giudici di Strasburgo al par. 112 e tanto che anche la Corte europea, al par. 115, richiama il principio di personalità e quello del finalismo rieducativo della pena previsti dall'art. 27 Cost.

²⁴⁷ *Ibidem*, par. 112

d'accessibilità e previsibilità della legge, nelle circostanze specifiche della presente vicenda, non sono soddisfatte. In altri termini, visto che la base legale dell'infrazione non corrispondeva ai criteri di chiarezza, di accessibilità e di prevedibilità, era fin dall'inizio impossibile prevedere che una sanzione sarebbe stata inflitta"²⁴⁸.

I giudici di Strasburgo concludono l'esame dell'art. 7 così: "In ciò che riguarda la Convenzione, l'articolo 7 non menziona espressamente il collegamento morale tra l'elemento materiale dell'infrazione e la persona che ne è considerata come l'autore. Tuttavia, la logica della pena e della punizione così come la nozione di « guilty » (nella versione inglese) e la nozione corrispondente di « persona colpevole » (nella versione francese) vanno nel senso di un'interpretazione dell'articolo 7 che esige, per punire, un collegamento di natura intellettuale (coscienza e volontà) permettendo di individuare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale dell'infrazione. Altrimenti, la pena non sarebbe giustificata. Sarebbe peraltro incoerente, d'una parte, di esigere una base legale accessibile e prevedibile e, d'altra parte, di permettere che si consideri una persona come « colpevole » e la « punire » allora quando essa non era in grado di conoscere la legge penale, in ragione di un errore inevitabile che non può in alcun modo essere imputato a lei o a chi ne è vittima"²⁴⁹. Pertanto, l'applicazione della confisca in assenza di un nesso psicologico condotta-agente viene considerata illegittima"²⁵⁰.

Il principio di colpevolezza trova finalmente cittadinanza anche nella Convenzione europea, e precisamente nell'art. 7, poiché la logica stessa della pena (anche per la Convenzione essa deve essere rieducativa?) e la fisionomia propria della responsabilità penale *richiedono* un legame intellettuale tra condotta e autore; niente di più lontano da quanto affermato nel caso Salabiaku, dove si era sostenuto che l'autore potesse rispondere per aver solo oggettivamente commesso l'illecito"²⁵¹.

E si noti ancora la comunanza di vedute con la Corte costituzionale: anch'essa nel 1988 aveva denunciato l'incoerenza di prevedere il principio di legalità sciolto da quello di colpevolezza.

²⁴⁸ *Ibidem*, par. 114.

²⁴⁹ Corte EDU, Sud Fondi, cit., par. 116.

²⁵⁰ Per l'esame della questione col parametro fornito dall'art. 1 Prot. 1 v. *infra* par. 1.2. del presente capitolo.

²⁵¹ E si noti che la sentenza è stata adottata all'unanimità da parte della Corte.

Il tempo dirà se il rango convenzionale del principio di colpevolezza sarà confermato o smentito dalla giurisprudenza di Strasburgo; poiché però essa ha finora proceduto gradualmente ma inesorabilmente nel senso di *aumentare* la tutela riservata al singolo, c'è da aspettarsi che questo principio verrà riaffermato e sviluppato ulteriormente²⁵².

Possiamo però verificare fin d'ora quale impatto ha avuto la pronuncia della Corte europea su quel consolidato orientamento giurisprudenziale che ammetteva la confisca urbanistica anche qualora il fatto non costituisse reato, tenuto conto del ruolo di norme interposte per il giudizio di costituzionalità che la Corte costituzionale, nelle sent. 348 e 349/2007, ha riconosciuto alle disposizioni della Convenzione, per come interpretate dalla Corte europea.

Nonostante qualche giudice sembri ignorare del tutto il pronunciamento dei giudici di Strasburgo²⁵³, la sentenza ha avuto in questi due anni un impatto determinante nei confronti della giurisprudenza ordinaria: per poter disporre la confisca viene richiesto non solo l'accertamento dell'avvenuta lottizzazione ma anche il "necessario riscontro quanto meno di profili di colpa (anche sotto gli aspetti dell'imprudenza, della negligenza e del difetto di vigilanza) nella condotta dei soggetti sul cui patrimonio la misura viene a incidere"²⁵⁴. Questo non impedisce di rispettare la posizione giuridica dell'acquirente dell'immobile²⁵⁵, anzi anche la tutela di costui è accresciuta: "quando invece l'acquirente sia consapevole dell'abusività dell'intervento – o avrebbe potuto esserlo spiegando la normale diligenza – la sua condotta si lega con intimo nesso causale a quella del venditore ed in tal modo le rispettive azioni, apparentemente distinte, si collegano tra loro e determinano tra loro

²⁵² Cfr. sul punto MAZZACUVA F., *Un "hard case"*, cit., p. 1543: "Si evidenzia, in effetti, quella che è stata la dinamica caratterizzante la protezione delle libertà fondamentali da parte della Corte europea (ma che, peraltro, non è estranea alle vicende che hanno interessato i tribunali costituzionali nazionali e la stessa Corte di giustizia) la quale ha progressivamente integrato le essenziali previsioni normative della Convenzione di contenuti sempre più sviluppati e articolati, fondando un sistema di tutela efficace costantemente aggiornato, in linea con l'impronta teleologica conferita dall'art. 53 CEDU che dà apparato di minime ed essenziali garanzie è divenuto matrice di scelte più "coraggiose" di quelle della stessa Corte costituzionale".

²⁵³ Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2011, n. 6267.

²⁵⁴ Cass. pen., sez. III, 21 febbraio 2009, n. 48924. Cfr. anche Cass. pen., sez. III, 29 settembre 2009, n. 42178; Cass. pen., sez. III, 21 gennaio 2010, n. 9446; Cass. pen., sez. III, 22 aprile 2010, n. 34882; Cass. pen., sez. III, 6 ottobre 2010, n. 5857.

²⁵⁵ Posizione che si è analizzata sotto il principio di personalità al par. 3.4.

la formazione di una fattispecie unitaria e indivisibile, diretta in modo convergente al conseguimento del risultato lottizzatorio"²⁵⁶.

Il risultato della nuova linea esegetica è chiarissimo: "ne consegue che viola l'art. 7 della CEDU e l'art. 1 del Protocollo addizionale n. 1 l'applicazione della confisca nei confronti di un soggetto del quale non sia stata accertata una condotta dolosa o colposa di partecipazione alla lottizzazione abusiva"²⁵⁷.

Concludendo, la strada intrapresa dalla Corte europea, così contigua a quella che la Corte costituzionale ha indicato per se stessa, non può che meritare apprezzamento, giacché finalmente il rispetto del principio di *colpevolezza* da parte della confisca urbanistica è stato restaurato. La posizione della Corte di Strasburgo ha avuto fin da subito l'effetto di ricondurre la giurisprudenza a un'interpretazione – peraltro già possibile sulla base del solo testo legislativo – costituzionalmente orientata al rispetto del principio di *colpevolezza* da parte dell'art. 44 d.P.R. 380/2001. Un chiaro esempio quindi di collegamento virtuoso tra la Corte di Strasburgo e il giudice italiano.

5. Il principio di proporzionalità delle pene

5.1. Premessa: il principio di proporzione in generale

Prima di passare a esaminare il lato propriamente penalistico del principio di proporzione, qualche cenno al tema in generale può essere utile per arricchire il quadro. "Il principio di proporzione, quale limite del legislatore ordinario, è [...] immanente al riconoscimento dei diritti fondamentali [...] e, in particolare, viene fondato sulle specifiche norme di rango costituzionale che riconoscono i diritti della persona, se non addirittura sullo stesso principio dello Stato di diritto"²⁵⁸.

Tale principio dovrebbe regolare tutti i rapporti di diritto pubblico (e tra essi, anche i rapporti tra l'individuo e il diritto penale) in cui l'individuo, in una posizione

²⁵⁶ Cass. pen., sez. III, 48924/2009, cit.

²⁵⁷ *Ibidem*.

²⁵⁸ MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 628.

di soggezione rispetto alla potestà dell'amministrazione (in senso lato), subisce un sacrificio della sua sfera giuridica individuale per esigenze meta-individuali.

Il principio di proporzione *in senso ampio* comporta che "l'aggravio del singolo attraverso una limitazione idonea e necessaria di un suo diritto fondamentale deve trovarsi in un rapporto *ragionevole* con i vantaggi che si perseguono a favore della generalità"²⁵⁹; e l'autrice da cui si è tratto questo pensiero richiama la tradizione giuridica austriaca e tedesca dove vengono individuati tre criteri per valutare la conformità al principio di proporzione di una fattispecie lesiva di un diritto individuale per esigenze collettive (legittimità e non arbitrarietà del pubblico interesse in gioco; idoneità del mezzo a perseguire il fine; necessità del mezzo allo scopo come minima invasività possibile). Tali criteri e la loro applicazione sono del tutto analoghi al *test of proportionality* svolto dalla Corte e.d.u. sul sacrificio del diritto di proprietà garantito dall'art. 1 Prot. n. 1. Si può perciò affermare, alla luce di quanto scritto sul diritto di proprietà, che la proporzionalità si risolve nella ricerca di un *fair balance* tra il collettivo e l'individuale, praticamente in un bilanciamento tra esigenze costituzionalmente (o convenzionalmente rilevanti).

Perché tutto questo discorso?

Innanzitutto, poiché anche questa versione *ampia* del principio di proporzionalità ben può trovare fondamento in necessità di ordine costituzionale, come versione più ampia del principio di *sussidiarietà*: se le sanzioni penali devono essere utilizzate solo quando realmente necessarie per il rilievo costituzionale dei beni che offendono (libertà personale, libertà di circolazione, diritto di proprietà, etc.), allora nello stabilire il loro grado di afflittività (pena pecuniaria o detentiva, durata breve o lunga, etc.) è necessario anche bilanciare l'interesse collettivo alla repressione dei reati col diritto individuale sacrificato, ossia tali sanzioni devono recare a quest'ultimo il minor pregiudizio possibile a parità di efficacia.

In seconda battuta, poiché se in questo scritto si vuole tenere costantemente d'occhio anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per valutare la proporzionalità della confisca è necessario rifarsi al principio generale che regola, secondo la Corte di Strasburgo, le restrizioni o i sacrifici dei diritti individuali. Nella

²⁵⁹ *Ibidem*, cit., p. 630.

Convenzione infatti non c'è traccia espressa del principio di proporzionalità delle pene per come esso è storicamente inteso nella nostra tradizione giuridica (ossia – lo vedremo tra poco – proporzionalità legata a colpevolezza, rieducazione ed eguaglianza). Ciò non toglie però che la Corte europea abbia avuto modo di valutare la proporzionalità di una forma di confisca prevista nel nostro ordinamento, dichiarandola arbitraria e illegittima perché non proporzionata, applicando a tal fine il canone convenzionale della proporzionalità come minor sacrificio a parità d'efficacia. Questo discorso però è stato già svolto in questo lavoro, e pertanto si rinvia al relativo paragrafo²⁶⁰.

In terza battuta, poiché il principio di *proporzionalità in senso stretto* costituisce (anche) l'applicazione in campo penale della *proporzionalità in senso lato*. Beninteso, esso non è solo questo, la sua struttura si fonda su principi propri del diritto penale. L'esigenza di fondo, quella di circoscrivere l'aggressione ai diritti individuali in ciò che è strettamente necessario per il fine perseguito, è però la medesima.

La confisca quindi, in quanto sanzione penale, deve rispettare il principio di proporzione in ambedue i sensi: come proporzionalità *della pena* in senso stretto deve essere commisurata al singolo fatto di reato commesso; come proporzionalità *della restrizione del diritto individuale* in senso ampio, la diversa ampiezza dell'ablazione – cui è direttamente funzionale l'ampiezza del sacrificio del diritto di proprietà – deve essere strettamente correlata, secondo il principio di *minor invasività*, al diverso allarme sociale suscitato dalle forme di criminalità contro cui è disposta.

Per chiarire meglio il discorso è necessario passare ora al principio di proporzionalità delle *pene*, dal momento che l'esigenza costituzionale a che la confisca sia proporzionata, essendo essa uno strumento penale, va ricercata anzitutto in canoni propriamente penali.

²⁶⁰ *Supra*, par. 1 del presente capitolo.

5.2. Il principio di proporzione in campo penale (art. 3 e 27 co. 1 e 3 Cost.)

Il principio di proporzionalità delle pene impone che la sanzione penale sia proporzionata alla gravità dell'illecito compiuto; esso ben può essere considerato il più importante lascito delle teorie *retributive* della pena: se la pena è male contro male, il ristabilimento dell'ordine giuridico violato non può che avvenire infliggendo al reo la stessa quantità di male che egli ha commesso, ma non oltre.

Questo principio si fonda, secondo la dottrina, in diverse disposizioni costituzionali.

Anzitutto nel principio di eguaglianza di fronte alla legge (art. 3 Cost.), nella sua duplice versione, formale (co. 1) e sostanziale (co. 2). Tale norma impone che situazioni uguali siano trattate in modo eguale, e situazioni diverse in modo diverso; quindi, per non ledere il principio di uguaglianza di fronte alla legge, a violazioni della legge penale diverse devono corrispondere sanzioni diverse²⁶¹.

Poi, nel principio di colpevolezza (art. 27 co. 1 Cost.) e nel finalismo rieducativo delle pene (art. 27 co. 3). Se la pena vuole essere rieducativa²⁶², se quindi vuole essere compresa e sentita come giusta dal condannato per fargli afferrare il disvalore dell'illecito commesso e motivarlo a reinserirsi nella comunità sociale, rispettandone i valori, essa deve anzitutto essere proporzionata al fatto compiuto. Il principio di colpevolezza funge quindi da *limite* in funzione della risocializzazione²⁶³. Se non c'è rieducazione senza rimproverabilità del fatto, infatti,

²⁶¹ Uno degli autori che si è occupato maggiormente di commisurazione della pena e dei relativi canoni costituzionali è DOLCINI E., *Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 1167; ID., *La commisurazione*, cit., p. 178; ID., *Note su profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, pp. 345 e ss. V. anche PULITANO D., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 736.

²⁶² Anche questo collegamento tra finalità costituzionale della pena e principio di proporzionalità si deve inizialmente a BRICOLA F., *La discrezionalità*, cit., p. 356 e ID., *Teoria generale*, cit., p. 60. Si trattò ai tempi di una posizione innovativa, poiché la dottrina maggioritaria riteneva che la rieducazione del condannato ispirasse solo il trattamento penitenziario, ma non avesse influenza sull'irrogazione della pena. Tale posizione si è poi generalizzata a tutta la dottrina. *Ex multis* MARINUCCI G., *Politica criminale*, cit., p. 481.

²⁶³ E' questa volta Dolcini ad aver sviluppato in modo particolarmente articolato questo concetto della colpevolezza come limite alla rieducazione e conseguentemente come fondamento della proporzionalità. Tra tutte le opere citate alla nota 261, v. in particolare quanto scritto dall'A. ne *La commisurazione*, cit., p. 179: "Ciò comporta che le finalità preventive devono essere perseguite attraverso pene che abbiano almeno la possibilità di essere comprese e sentite come giuste dal loro destinatario. Ma rispettare tali condizioni significa innanzitutto rinunciare ad applicare pene eccedenti

non può esserci rieducazione neanche se la sanzione è sproporzionata rispetto al *quantum* della rimproverabilità, perché la pena in quel caso sarebbe avvertita come ingiusta e sarebbe perciò *in nuce* non rieducativa. Il principio di proporzione è necessario allora affinché quello di colpevolezza, e la sua *ratio di garanzia*, non restino una formula vuota, poiché ne è la traduzione sul piano della determinazione del *quantum* della pena²⁶⁴: "è evidente, infatti, che il giusto rapporto libertà–autorità sarebbe ugualmente spezzato, sia attraverso la punizione per fatti incolpevoli, sia attraverso punizione eccessive rispetto alla misura della colpa"²⁶⁵. Il principio di colpevolezza svolge una seconda funzione limitatrice in relazione alle istanze di prevenzione generale: esso impedisce che la pena da infliggere sia strumentalizzata e assurga a monito per la comunità, sacrificando i diritti individuali e fondamentali del condannato al solo fine di lanciare un messaggio alla generalità dei cittadini. "Ed invero sul versante della prevenzione generale, la minaccia di una pena eccessivamente severa suscita sentimenti di ribellione nei delinquenti potenziali e altera nei consociati la percezione di quella corretta scala di valori che dovrebbe riflettersi nel rapporto tra i vari reati e le sanzioni corrispondenti"²⁶⁶. Strumentalizzare a tal fine la pena, inoltre, sarebbe contrario al senso di umanità (art. 27 co. 3 Cost.), perché il singolo diverrebbe *mezzo* per fini superiori.

Emerge qui il collegamento – cui si faceva riferimento in precedenza – tra principio di proporzione in senso ampio e principio di proporzionalità delle pene, fondato quest'ultimo su canoni però propri del diritto penale, in particolare il principio di colpevolezza. La proporzionalità delle pene – che potremmo racchiudere nello *slogan*: *rieducazione nei limiti della colpevolezza* – richiede che l'esigenza

la misura della colpevolezza [...] Una pena eccedente la colpevolezza può suscitare ribellione nel condannato, e comunque non crea le premesse per una sua adesione ai valori protetti dall'ordinamento". V. però tra gli altri anche FIANDACA G., *Pena patteggiata e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2392: "La proporzionalità fra trattamento punitivo e gravità dell'offesa, avvertita come tale dal reo, costituisce un presupposto essenziale della potenziale accettazione psicologica di una punizione volta a favorire nel condannato il recupero della capacità di apprezzare i valori tutelati dall'ordinamento"; ID., *Sub art.* 27, cit., p. 265.

²⁶⁴ Così MARINUCCI G., *Politica criminale*, cit., p. 481.

²⁶⁵ PULITANÒ D., *Il principio di colpevolezza*, cit., p. 64.

²⁶⁶ FIANDACA G., *Sub art.* 27, cit., p. 265. V. anche, con argomenti diversi, DOLCINI E., *La commisurazione*, cit., p. 180: "Mentre la stessa efficacia generalpreventiva di una tale sanzione appare dubbia: facendo leva su una indiscriminata intimidazione, la pena rischia di produrre solidarietà per il condannato e simpatia per il reato stesso".

generale di tutela dei valori sociali protetti da norme penali non soverchi il diritto individuale oltre quanto sia strettamente necessario a rieducare il condannato al rispetto di quei valori sociali. La composizione di questo apparente conflitto tra l'individuale e il meta-individuale è appunto assicurata dal rispetto del principio di colpevolezza nella commisurazione delle pene, ossia dalla proporzionalità delle stesse alla gravità dell'infrazione colpevolmente commessa: in altre parole, dalla loro *personalizzazione*²⁶⁷. La gravità dell'illecito è determinata, nel momento dell'infrazione, dall'intensità della violazione stessa (modalità dell'azione, dolo o colpa, etc., dal che consegue l'uguaglianza sostanziale in campo penale, ossia sanzione diversa a violazione diversa), ma a monte è determinata dal *valore del bene giuridico protetto*: un conto infatti è offendere l'incolumità fisica di una persona, un conto offenderne il patrimonio. Anche così si recupera il principio di uguaglianza, dal momento che non si possono punire con pene uguali violazioni di beni che hanno un valore costituzionale diverso. La legge dovrebbe scegliere le diverse tecniche d'incriminazione (reati a forma libera o vincolata, d'evento o di condotta, di danno o pericolo, di pericolo astratto o concreto) e fissare i minimi e massimi edittali della pena a seconda dell'importanza del bene giuridico tutelato, quindi sulla base della scala di valori propria di una determinata società, della quale la legge stessa dovrebbe essere fedele espressione.

La funzione di orientamento culturale propria del diritto penale esige pertanto che la sanzione per chi non rispetti i valori sociali sia proporzionata all'importanza del valore sociale non rispettato. Entra così in campo nella personalizzazione della pena anche una valutazione sul tipo di *offesa* arrecata col reato, determinata sulla base del rango costituzionale dell'interesse tutelato²⁶⁸. E' anzitutto il grado dell'offesa, ovvero il rango sociale del bene che il condannato ha disprezzato violando la norma, a fondare le basi della proporzionalità della pena, poiché in tal caso entrano in bilanciamento l'interesse giuridico protetto dalla norma incriminatrice e il diritto del singolo sacrificato dalla pena. Come ha scritto autorevole dottrina, "dietro ogni norma penale, dietro ogni divieto ed ogni sanzione,

²⁶⁷ L'espressione è di PULITANÒ D., *Pene fisse*, cit., p. 727.

²⁶⁸ V. DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, pp. 613.

vi è un problema di bilanciamento di interessi: ogni divieto ed ogni sanzione, in quanto limiti alla libertà individuale, non possono porsi arbitrariamente, ma vanno positivamente giustificati dalla necessità di tutelare altri beni"²⁶⁹. Ecco il principio di proporzionalità *in senso ampio*, che si ricollega alla finalità della pena: poiché le sanzioni penali sono *lesioni* dei diritti individuali, tali lesioni per essere legittime devono avvenire proporzionalmente al valore sociale protetto dalle norme incriminatrici, perché solo qualora ciò avvenga si riesce a far sì che chi ha disprezzato il valore sociale ne colga invece l'importanza e si orienti per il futuro al suo rispetto²⁷⁰.

Anche la Corte costituzionale si è occupata del principio di proporzionalità del trattamento sanzionatorio, riconoscendone il fondamento costituzionale negli artt. 3 e 27 Cost.

Nella sentenza 50/1980, con la quale la Corte ha escluso l'illegittimità costituzionale delle pene fisse²⁷¹ – ritenendole *non irragionevoli* e rilevando che, nonostante esse escludano la discrezionalità giudiziale nella commisurazione della pena ex art. 133 c.p., il giudice possieda comunque degli strumenti con i quali *individualizzare* la pena, ossia le aggravanti e le attenuanti (in particolar modo quelle generiche) – essa ha affermato: "l'adeguamento delle risposte punitive ai casi concreti – in termini di uguaglianza e/o differenziazione di trattamento – contribuisce, da un lato, a rendere quanto più possibile personale la responsabilità penale, nella prospettiva segnata dall'art. 27, comma 1°; e nello stesso tempo è strumento per una determinazione della pena quanto più possibile finalizzata nella prospettiva dell'art. 27, comma 3°, Cost. Il principio d'uguaglianza trova in tal modo dei concreti punti di riferimento, in materia penale, nei presupposti e nei fini (e nel collegamento tra gli uni e gli altri) assegnati alla pena nello stesso sistema costituzionale. L'uguaglianza di fronte alla pena viene a significare, in definitiva,

²⁶⁹ PULITANÒ D., *Il principio di colpevolezza*, cit., p. 65. Il discorso s'intreccia coi principi di *sussidiarietà* e di *offensività*, la cui *ratio* è limitare a ciò che è strettamente necessario le lesioni dei diritti individuali in un'ottica di bilanciamento di valori.

²⁷⁰ Sarebbe radicalmente non rieducativa poiché sproporzionata e perciò incostituzionale la pena dell'ergastolo per il reato di rapina. Come potrebbe il condannato in tal caso avvertire l'esatta gravità di ciò che ha fatto? Egli penserebbe certamente di aver subito solo un'ingiustizia.

²⁷¹ Della questione la Corte si era peraltro già occupata in relazione alle pene pecuniarie fisse, sent. 113/1968.

proporzione della pena rispetto alla personale responsabilità ed alle esigenze di risposta che ne conseguono, svolgendo una funzione che è essenzialmente di giustizia e anche di tutela di posizioni individuali e di limite alla potestà punitiva"²⁷².

Nel 1989, con la sent. n. 409, la Corte si è occupata una prima volta della pena prevista per la fattispecie di rifiuto, in tempo di pace e prima d'assumerlo, del servizio militare di leva, punita dall'art. 8 co. 2 l. 772/1972 (Norme per il riconoscimento dell'obiezione di coscienza) con la reclusione da due a quattro anni.

La Corte costituzionale, utilizzando il *tertium comparationis* offerto dall'art. 151 c.p.m.p. che punisce il militare che, mancando alla chiamata, sostanzialmente rifiuta il servizio senza alcun motivo o per motivi futili con la reclusione da sei mesi a due anni, ritenne che l'art. 8 co. 2 denotasse una sproporzionata severità nei confronti del militare che invece avesse rifiutato per motivi di coscienza, creando un'irragionevole disparità di trattamento col militare che avesse mancato alla chiamata; per riconformare la sanzione all'art. 3 co.1 Cost, la Corte modificò la cornice edittale prevista dall'art. 8 co. 2 riallineandola a quella prevista dall'art. 151 c.p.m.p. (da sei mesi a due anni). Interessante un'affermazione dei giudici costituzionali con la quale essi si riferiscono al principio di proporzionalità in senso ampio: "il principio di proporzionalità [...] nel campo del diritto penale equivale a negare legittimità alle incriminazioni che, anche se presumibilmente idonee a raggiungere finalità statuali di prevenzione, producono, attraverso la pena, danni all'individuo (ai suoi diritti fondamentali) ed alla società sproporzionatamente maggiori dei vantaggi ottenuti (o da ottenere) da quest'ultima con la tutela dei beni e valori offesi dalle predette incriminazioni"²⁷³.

Nella sentenza 313/1990 i giudici di legittimità hanno dichiarato l'illegittimità dell'art. 444 co. 2 c.p.p. nella parte in cui non prevede che, ai fini e nei limiti di cui all'art. 27 co. 3 Cost., il giudice possa valutare la congruità della pena indicata dalle parti, rigettando la richiesta solo in caso di valutazione negativa. La Corte ha quindi giudicato contrastante col principio del finalismo rieducativo il fatto

²⁷² C. Cost., sent. 50/1980, pt. 3 del Considerato in diritto, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 733, con nota di PULITANO D., cit.

²⁷³ Tutta la sent. 409 del 1989 è molto interessante, anche perché sono interessanti i motivi che sorreggono l'ordinanza di remissione del giudice *a quo* che forniscono un'interessante occasione per valutare la posizione della Corte costituzionale sui principi di *offensività*, *proporzionalità*, *sussidiarietà*.

che la disciplina del patteggiamento escludesse il potere del giudice di valutare la congruità della pena patteggiata. La sentenza è degna di nota perché il parametro dell'art. 27 co. 3 Cost. è aggiunto dalla Corte stessa, e tale autonomia s'inscrive nella valorizzazione di tale norma costituzionale che la Corte stava operando da un po' di anni a quella parte, fin dalla sentenza 364/1988, addirittura – così afferma la Corte – sul piano della struttura del fatto di reato²⁷⁴. Per quel che concerne il principio di proporzionalità la Corte, in chiusura di sentenza, vi ricollega proprio la finalità rieducativa della pena, strizzando forse l'occhio a quella teoria della "colpevolezza come limite della rieducazione" che ai tempi si era già diffusa.

In altre due occasioni, la Corte costituzionale è tornata sull'art. 8 (co. 3 questa volta) l. 772/1972 nella parte in cui impone un trattamento sanzionatorio (in particolare, la c.d. spirale delle condanne, ossia il fatto che il rifiuto non porti all'esonero dalla leva, e quindi l'obiettore continui a rifiutare ed essere condannato per il rifiuto) più grave per chi rifiutasse di prestare il servizio militare per motivi diversi da quelli indicati dall'art. 1 della stessa legge²⁷⁵. Secondo la Corte, la circostanza che a chi abbia addotto motivi diversi da quelli legislativamente stabiliti non sia applicata la clausola di esonero prevista dal co. 3 dell'art. 8, aggrava irragionevolmente la risposta sanzionatoria riservata a costui creando un'ingiustificata disparità di trattamento con chi avesse rifiutato per i motivi indicati nell'art. 1 l. 772/1972, contraria all'art. 3 Cost.

Nella sentenza 341/1994 infine la Corte è tornata a valorizzare non solo il principio di uguaglianza, ma anche il finalismo rieducativo della pena come strumento con cui sindacare pene sproporzionate alla gravità del fatto commesso. Al suo esame era sottoposto l'art. 341 c.p. nella parte in cui, prevedendo per il delitto di

²⁷⁴ C. Cost., sent. 313/1990, pt. 8 del Considerato in diritto, in *Foro it.*, 1990, I, c. 2385, con nota di FIANDACA G., cit. Le affermazioni sull'art. 27 co. 3 Cost. sono molto importanti: il giudice delle leggi riconosce che il finalismo non regola solo l'esecuzione penitenziaria ma che – riferendosi espressamente alla concezione *polifunzionale* della pena – "il precetto di cui al terzo comma dell'art. 27 della Costituzione vale tanto per il legislatore quanto per i giudici della cognizione, oltre che per quelli dell'esecuzione e della sorveglianza, nonché per le stesse autorità penitenziarie".

²⁷⁵ L'art. 1 l. 772/1972 facoltizza l'obiezione di coscienza per coloro "che dichiarino di essere contrari in ogni circostanza all'uso personale delle armi per imprescindibili motivi di coscienza (..) attinenti ad una concezione generale della vita basata su profondi convincimenti religiosi o filosofici o morali professati". Nella sent. 343/1993, l'obiettore aveva addotto motivi attinenti alla sua filosofia politica anarchica; nella sent. 422/1993 l'obiettore aveva addotto ragioni economiche, ossia il fatto di essere l'unico portatore di reddito in una famiglia composta da lui, la moglie, i genitori e dieci figli.

oltraggio a pubblico ufficiale la reclusione non inferiore a sei mesi, avrebbe contrastato con gli artt. 3 e 27 co. 3 Cost. (oltrech  con l'art. 97). La Corte parte da affermazioni caute, osservando "in primo luogo come il principio secondo cui appartiene alla discrezionalità del legislatore la determinazione della quantità e qualità della sanzione penale costituisce un dato costante della giurisprudenza costituzionale che deve essere riconfermato: non spetta infatti alla Corte rimodulare le scelte punitive effettuate dal legislatore, né stabilire quantificazioni sanzionatorie"²⁷⁶. Ferma restando questa discrezionalità, essa può essere sindacata però – afferma la Corte – circa la sua rispondenza a canoni di ragionevolezza; e anche in questo caso, la Corte si serve di un *tertium comparationis*, precisamente dell'art. 594 c.p., che sanziona il reato d'ingiuria con la reclusione fino a sei mesi, quindi col minimo di 15 giorni, e concludendo nel senso che fosse assolutamente irragionevole – quindi contrario agli artt. 3 e 27 co. 2 Cost. – il fatto che la pena minima per l'oltraggio a pubblico ufficiale fosse di dodici volte superiore a quella dell'ingiuria.

In conclusione, al fine di non creare irragionevoli disparità di trattamento dei cittadini di fronte alla legge penale, è necessario il rispetto del principio di proporzione, come stretta aderenza della sanzione alla gravità dell'illecito commesso (determinata, come si è detto in precedenza, non solo sulla base del fatto in quanto tale ma anche del valore del bene giuridico offeso), il quale assicura che la responsabilità penale sia realmente personale e la pena effettivamente rieducativa, poiché solo una sanzione penale così determinata riesce a far cogliere all'autore dell'illecito il disvalore della sua condotta senza tramutarsi in un sacrificio ingiustificato dei diritti individuali.

5.3. Breve introduzione ai rapporti tra confisca e principio di proporzionalità delle pene

La confisca può essere fatta rientrare tra le pene non *discrezionali*, intendendo con quest'espressione quelle pene la cui irrogazione non passa attraverso una

²⁷⁶ C. Cost. sent. 341/1994, punto 2 del Considerato in diritto.

valutazione del giudice ai sensi dell'art. 133 c.p. Che non sia discrezionale, però, non vuol dire che essa sia *fissa*, intendendosi per pene fisse quelle pene la cui entità è fissata dalla legge, senza margini di possibile variazione.

La presenza del nesso di *pertinenzialità*, ossia di quel legame che fa sì che si confisci il prezzo, il prodotto o il profitto o gli strumenti di *quel reato*, rende la confisca *in nuce* proporzionata alla gravità del illecito compiuto, perché la misura della pena è determinata dal reato stesso, e non c'è alcun margine di apprezzamento che possa spezzare questo legame e far ipotizzare una violazione del principio di proporzionalità. Non c'è niente di più proporzionato, infatti, che confiscare il bottino che si è tratto dalla rapina.

Il discorso, però, vale finché questo nesso di derivazione resiste; è quando esso comincia a vacillare che la confisca tende a espandersi e si può verificare una sua minore aderenza al fatto di reato compiuto, con ciò palesandosi possibili casi di violazione del principio di proporzionalità. Questa espansione si verifica in minima parte nella confisca *per equivalente* ma con maggior vigore nelle forme di confisca *allrgata*, definitiva e di prevenzione; ed è infatti di esse che si tratterà nei paragrafi successivi.

5.4 Confisca per equivalente, concorso di persone nel reato e proporzionalità delle pene

La confisca per equivalente non abbandona del tutto il nesso di pertinenzialità; esso scompare, nella parte in cui il bene che viene confiscato non è più *pertinente* al reato, nel senso che non è *quel* bene che costituisce il profitto o il prezzo del reato, ma è il suo equivalente; resiste però nella parte in cui il bene tolto al reo è comunque calibrato sul valore del bene non più confiscabile in via diretta, nel senso che è comunque il *quantum* di diretta derivazione causale a stabilire il *tantundem* confiscabile in via sussidiaria. Questo consente che la confisca di valore non allarghi eccessivamente il suo oggetto e rimanga aderente al fatto illecito compiuto.

Tuttavia, la circostanza che tale forma d'ablazione riguardi qualsiasi utilità economica presente nel patrimonio del condannato, unitamente alla quasi unanime

classificazione della confisca di valore in chiave sanzionatoria²⁷⁷, ha portato negli ultimi anni la giurisprudenza a sviluppare un orientamento quantomeno singolare circa i rapporti tra la confisca di valore e il concorso di persone nel reato. In più di un'occasione la Cassazione ha affermato che, posto il carattere eminentemente sanzionatorio della confisca per equivalente, in caso di pluralità di persone fisiche nella commissione dell'illecito, si applica il principio *solidaristico* che informa la disciplina del concorso nel reato e che implica l'imputazione dell'intero fatto di reato e delle conseguenze sanzionatorie relative in capo a ciascun concorrente²⁷⁸. Da tale peculiare forma di solidarietà passiva deriverebbe che la confisca per equivalente possa interessare ciascun concorrente per l'intera entità del profitto, salvo l'eventuale riparto del relativo onere tra i concorrenti che – in quanto questione interna ai loro rapporti – non interesserebbe il diritto penale. Quindi, in caso di concorso nel reato, la confisca di valore può essere applicata per l'intero nei confronti di uno solo dei concorrenti, a prescindere dall'effettivo profitto che questi abbia tratto dal reato.

Sono evidenti le ragioni per cui tale *modus operandi* non avrebbe mai potuto svilupparsi in riferimento alla confisca classica: è solo quando il profitto o il prezzo perdono la loro individualità storica che, in caso di concorso nel reato, è possibile ipotizzare l'applicazione della confisca per l'intero ai danni di uno dei concorrenti, a prescindere dall'utilità che il singolo concorrente abbia effettivamente percepito. E inoltre, la classificazione della confisca come misura di sicurezza, postulando – secondo dottrina e giurisprudenza maggioritarie²⁷⁹ – l'idea della pericolosità della *res illicita* che accende la miccia al delitto in capo al reo, porta a ritenerla applicabile solo nei confronti del soggetto che *effettivamente disponga* dell'utilità patrimoniale proveniente dal reato, l'unico nei cui confronti il bene potrebbe esercitare il suo *nefasto influsso*.

²⁷⁷ Della quale si è trattato nel capitolo II, in riferimento alla posizione della dottrina nel par. 5, in riferimento alla posizione della giurisprudenza nel par. 6.

²⁷⁸ La sentenza che ha inaugurato questa modalità applicativa della confisca in caso di concorso è Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 2004 (dep. 1 aprile), n. 15445, Napolitano. La prassi ha riscosso successo: Cass. pen., sez. II, 14 giugno 2006 (dep. 27 settembre), n. 31988, Chetta, in *Giur. it.*, 2009, p. 966; Cass. pen., sez. II, 6 luglio 2006 (dep. 15 settembre), n. 30729, Carere, in *Gui. dir.*, 2006, n. 40, p. 117; Cass. pen., sez. I, 8 luglio 2009 (dep. 17 agosto), n. 33409, Alloum, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3102.

²⁷⁹ Tesi che qui non viene condivisa per le ragioni esposte nel par. 4, cap. II.

La questione si è posta anche per quanto riguarda il sequestro funzionale alla confisca²⁸⁰. Accennando solo brevemente al tema, si potrebbe rinvenire qualche razionale giustificazione alla possibilità di disporre il sequestro per intero nei confronti di un solo concorrente in sede cautelare²⁸¹. In tale fase infatti il g.i.p. non possiede gli elementi per valutare con esattezza il profitto del reato né per individuarne la quota riferibile a ciascuno dei concorrenti, quindi *al fine di assicurare* la confisca, può essere legittimo che egli disponga la confisca per l'intero nei confronti di un solo correo, per assicurarsi che la pretesa dello Stato all'incamerazione dei beni illecitamente accumulati venga soddisfatta²⁸².

Diverso è il discorso da svolgere sulla confisca. Le legittime difficoltà che il giudice può incontrare anche in sede di merito nel valutare in modo esatto il profitto e il *quantum* attribuibile a ciascun concorrente, non possono essere scavalcate disponendo la confisca nei confronti di un solo correo (tanto poi se la vedono loro, sembra dire la giurisprudenza ordinaria).

La dottrina ha criticato in modo compatto questo nuovo *modus operandi* della confisca di valore²⁸³.

²⁸⁰ Le applicazioni più frequenti di questo principio si rinvencono difatti in fase cautelare. Cfr. Cass. pen., sez. II, 21 febbraio 2007, n. 9786, in *Cass. pen.*, 2008, p. 292; Cass. pen., sez. VI, 6 marzo 2009, n. 18536; Cass. pen., sez. V, 3 febbraio 2010, n. 10810; Cass. pen., sez., sez. V, 24 gennaio 2011, n. 13277.

²⁸¹ Anche se, nel caso di confisca per equivalente (e anche nella confisca allargata), ci si potrebbe chiedere se sia realmente utile il sequestro preventivo. Esso è necessario in riferimento alla confisca classica, quando l'oggetto dell'ablazione è uno solo ed è urgente evitare che il reo possa disperderlo magari fittiziamente sfuggendo alla confisca. Ma è utile quando l'ablazione si applica sull'equivalente, quindi supera da sé la possibilità di dispersione? Ed è utile nel caso di confisca allargata, quando l'ablazione riguarda tutto il patrimonio? Ci si dovrebbe immaginare che in questo caso il reo, per sfuggire alla confisca, disperda tutto il suo patrimonio; se lo facesse fittiziamente però, è già possibile porcedere all'ablazione delle cose di cui ha la disponibilità anche per interposta persona, tra cui sono sicuramente compresi negozi fiduciari e simulati.

²⁸² Tanto che questa possibilità è ammessa anche da quella giurisprudenza che nega la possibilità di disporre la confisca per intero verso uno solo dei concorrenti: cfr. le sentenze citate *infra* alla nota 288. Ed è ammessa anche da parte di quella dottrina che invece nega che lo stesso possa accadere con la confisca: GAITO A., *Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive d'indagine*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2065.

²⁸³ BALDUCCI P., *Confisca "per equivalente" e concorso di persone nel reato*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 3104; FERRARI A., *Criteri di quantificazione del profitto confiscabile e modalità di applicazione della confisca in ipotesi di concorso di persone nel reato*, in *Foro ambros.*, 2010, p. 1; LORENZETTO E., *Sequestro preventivo funzionale alla confisca di valore nei rapporti tra persona fisica ed ente*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4276; ROMANELLI R., *Confisca per equivalente e concorso di persone nel reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 868; SANTORIELLO C., *In tema di sequestro e confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2007, p. 968.

Il primo ordine di critiche – pienamente condivisibile – porta a respingere quest’orientamento della giurisprudenza muovendo da un’esatta interpretazione delle norme che regolano il concorso e dalla necessità di non confondere la concezione *monista* del concorso con la *solidarietà* della pena.

E’ vero infatti che in caso di concorso ciascuno dei concorrenti soggiace alla pena stabilita per il reato (art. 110 c.p.), ma il *quantum* di pena sopportato da ciascun concorrente dipende dal suo contributo alla realizzazione dell’illecito (cfr. art. 114 c.p. che prevede la possibilità per il giudice di diminuire la pena nei confronti di uno o più concorrenti qualora ritenga che il contributo da questi apportato all’illecito sia di minima importanza)²⁸⁴. Questo è confermato inoltre dal fatto che, in caso di *aberratio delicti*, è vero che il reato, anche se più grave, è addebitato anche al concorrente che volle il reato meno grave, ma in tal caso subentra una clausola di salvaguardia del principio di proporzionalità della pena, posta dall’art. 116 com. 2, che impone una riduzione della pena per chi volle il reato meno grave. Quindi la solidarietà non c’entra nulla con le *sanzioni penali*, e questo lo conferma – come’è stato giustamente notato²⁸⁵ – il fatto che l’unico ambito nel quale il codice penale si riferisce alla solidarietà passiva è quello delle restituzione e del risarcimento *civili* (art. 185 c.p.).

Parlare di solidarietà della pena equivale inoltre a negare radicalmente il principio di *proporzionalità* della stessa, che impone una graduazione della sanzione penale sulla base della gravità dell’illecito commesso²⁸⁶; e giungiamo così alla seconda critica, la più pregnante. La confisca – in quanto sanzione penale – va proporzionata al fatto commesso; poiché però essa non è una pena discrezionale, nella sua forma per equivalente è la circostanza che si tolga esattamente il profitto tratto dal reato – e non oltre – che ne assicura il rispetto degli artt. 3 e 27 Cost. Si potrebbe legittimamente discutere se la confisca, come altre sanzioni patrimoniali, possa essere rieducativa²⁸⁷, e se quindi sia il comma 3 dell’art. 27 a esigere che la

²⁸⁴ BALDUCCI P., *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 233.

²⁸⁵ GAITO A., *Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive d’indagine*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2068.

²⁸⁶ LUNGHINI G., *Profitto del reato: problematica individuazione delle spese deducibili*, in *Corr. merito*, 2008, p. 92; ROMANELLI R., *Confisca*, cit., p. 874.

²⁸⁷ Il tema è discusso in dottrina e giurisprudenza per le pene pecuniarie. In breve, se per rieducazione s’intende la risocializzazione attraverso le modalità esecutive della pena, è dubbio che la confisca sia

confisca rispetti il principio di proporzionalità. Ma il comma 2 dello stesso articolo e l'art. 3 Cost. non lasciano scampo e impongono che al concorrente nel reato sia confiscata in forma di *tantudem* solo quella parte di profitto a costui attribuibile: altrimenti chi ha tratto un profitto minore o non ne ha tratto alcuno risponderebbe col suo patrimonio dell'illecito commesso dal correo; e altrimenti si creerebbe un'ingiustificata disparità di trattamento tra chi ha tratto un minimo profitto o non ne ha tratto affatto e chi ha tratto il massimo o tutto il profitto. Tenuto conto inoltre che si può legittimamente presumere che la quantità di profitto ottenuta da ciascun concorrente non sarà determinata dal caso ma dal diverso ruolo assunto nella commissione dell'illecito, e che confiscare a ciascun correo solo ciò che egli ha ottenuto equivale a proporzionare la sanzione alla sua condotta partecipativa.

Né il fatto che il patrimonio di uno dei concorrenti sia più capiente rispetto a quello degli altri né il fatto che anche in sede di merito possa essere difficile per il giudice valutare con esattezza l'entità del profitto attribuito a ciascun correo²⁸⁸, possono giustificare la solidarietà passiva nella confisca, che ha molto il sapore di pena collettiva medievale in totale dispregio del principio di personalità della responsabilità penale, del quale la proporzionalità della pena è l'indispensabile *alter ego* dal punto di vista pratico e che è in antitesi con la solidarietà della pena.

Merita pertanto pieno accoglimento un altro orientamento della Cassazione – pur minoritario – per il quale invece, in caso di concorso nel reato, la confisca per equivalente non può eccedere, per ciascuno dei concorrenti, la misura del profitto a lui *attribuibile*²⁸⁹.

Questa disciplina dei rapporti tra confisca e concorso di persone è stata applicata in particolar modo tra le persone fisiche e gli enti, i cui patrimoni sono tendenzialmente più capienti di quelli dei loro agenti e consentirebbero più facilmente l'ablazione. In un arresto della Cassazione si può leggere che "fra la

rieducativa. Ma se per rieducazione s'intende il riorientamento culturale al rispetto del valore sociale infranto col reato, allora si può anche dire che la confisca dell'illecito arricchimento svolga anche questa funzione, facendo comprendere al reo che il delitto non paga.

²⁸⁸ L'annotazione è presente in BALDUCCI P., *La confisca*, cit., p. 234 e ROMANELLI R., *Confisca*, cit., p. 876, per il quale la confisca viene così disposta nei confronti del concorrente meno accorto che non si è preoccupato di occultare il proprio patrimonio come gli altri.

²⁸⁹ Cass. pen., sez. VI, 5 giugno 2007, (dep. 2 agosto), n. 31690; Cass. pen., sez. VI, 9 luglio 2007 (dep. 20 settembre), n. 35120; Cass. pen., sez. VI, 11 luglio 2007, (dep. 14 settembre), n. 34878, tutte in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 865 e ss.

persona fisica alla quale è addebitato il reato e la persona giuridica chiamata a risponderne non può che valere lo stesso principio applicabile a più concorrenti nel reato, secondo il quale a ciascun concorrente nel reato devono imputarsi tutte le conseguenze dello stesso", deducendone che "nessuna norma impone la previa escussione della persona giuridica nel cui patrimonio i finanziamenti sono stati fatti fluire"²⁹⁰. Ora, è vero che l'art. 27 del d.lgs 231/2001 prevede l'autonomia patrimoniale perfetta dell'ente per il pagamento delle sanzioni pecuniarie connesse alla sua responsabilità amministrativa da reato, ma questo non può rimuovere una serie di punti fermi offerti dal dato normativo.

In prima battuta, pur verificandosi per effetto del d.lgs 231/2001 un'imputazione delle conseguenze sanzionatorie in capo all'ente del reato compiuto dal suo agente, tale forma di responsabilità amministrativa necessita di criteri di addebito *ulteriori* e diversi rispetto alla commissione del reato da parte della persona fisica²⁹¹ (art. 5, 6, 7 del decreto); essa è qualcosa di *più* e di *diverso* rispetto al concorso di persone.

In seconda battuta non ci si può scordare che un conto è la confisca per gli enti (art. 19 del decreto), un conto quella per la persona fisica (art. 322 *ter* c.p.). Si tratta d'istituti *diversi* che hanno presupposti applicativi *diversi*, anche solo se si considera che la confisca di valore per l'ente è d'applicazione generale, mentre per le persone fisiche è prevista per specifici reati²⁹²; agli uni non è possibile applicare la confisca prevista per l'altra, né viceversa.

Piuttosto che il criterio *cumulativo-fungibile* individuato dalla giurisprudenza, meglio seguire un criterio *individuale-infungibile*²⁹³: bisognerà accertare con precisione se il reato ha portato un beneficio economico solo nei confronti dell'ente ovvero solo nei confronti della persona fisica ovvero a vantaggio di tutt'e due, e in tal caso verificare la quota di profitto a ciascuno attribuibile, procedendo poi alla confisca solo se i relativi istituti – ossia quello previsto per l'ente e quello previsto per la persona fisica – possono essere *distintamente* applicati.

²⁹⁰ Cass. pen., sez. II, 9 novembre 2006, Q., in *Giur. it.*, 2007, p. 965. V. anche Cass. pen., sez. VI, 5 marzo 2009 (dep. 26 giugno), n. 26611, Betteo, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4275.

²⁹¹ LORENZETTO E., *Il sequestro preventivo*, cit., p. 4278; LUNGHINI G., *Profitto del reato*, cit., p. 93.

²⁹² LUNGHINI G., *Profitto del reato*, cit., p. 93.

²⁹³ Le due definizioni dei criteri si devono a LORENZETTO E., *Il sequestro preventivo*, cit., *passim*.

E che dire della confisca in caso di reato commesso da una pluralità di società facenti parte di un gruppo imprenditoriale (ATI, per esempio), responsabili solidalmente? La Cassazione a Sezioni unite ha fatto applicazione del *principio solidaristico* anche in questo contesto, applicando la confisca per intero nei confronti di una sola delle imprese componenti il gruppo cui era imputabile l'illecito²⁹⁴.

La soluzione adottata dalla Suprema Corte è stata criticata in dottrina.

Si è sottolineato anzitutto che non apparirebbe corretto inquadrare i rapporti tra imprese nell'illecito nell'ambito del concorso di persone, se non altro visto il silenzio che il legislatore ha serbato nel d.lgs 231/2001 sulla disciplina da applicare in caso di concorso di persone giuridiche nell'illecito²⁹⁵. Quindi, al fine di non creare per via giurisprudenziale manifestazioni *plurisoggettive* degli illeciti compiuti da persone fisiche, che fino adesso sono solo *monosoggettivi* (violando, ancora una volta, il principio di *tassatività* delle fattispecie penali²⁹⁶), meglio rimanere ancorati al principio per il quale ogni ente dotato di autonomia patrimoniale è anche autonomamente responsabile degli illeciti compiuti.

Inoltre, anche così si giungerebbe a inique disparità di trattamento – in violazione del principio di *proporzionalità* – tra le persone giuridiche, poiché non si terrebbe conto della diversa entità dei vantaggi patrimoniali ottenuti da ciascun ente che costituiscono il differente motore all'illecito per ciascuno di essi.

Qualche ultima parola non può essere taciuta sul nesso che la Cassazione ha instaurato tra la natura sanzionatoria della confisca per equivalente e la sua applicabilità per l'intero in caso di concorso. Sorge il sospetto che l'attribuzione della *natura sanzionatoria* alla confisca di valore sia (un altro) caso di definizione *utilitaristica*, attribuita solo per aumentare il *range* applicativo della misura. Fa

²⁹⁴ Cass. pen., SS. UU., 27 marzo 2008 (dep. 2 luglio), n. 26654, Impregilo et al. Su questa sentenza si tornerà nel paragrafo successivo. Conforme Cass. pen., sez. II, 26 ottobre 2010, n. 231.

²⁹⁵ BEVILACQUA F.C., *La natura problematica del profitto confiscabile nei confronti degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1138.

²⁹⁶ Si potrebbe obiettare allora che la responsabilità degli enti non è penale ma amministrativa, e quindi essa sarebbe sottratta al principio di legalità *ex art. 25 Cost.*? L'obiezione non sarebbe conferente perché, anche a considerare la responsabilità degli enti *davvero* amministrativa, anche l'art. 2 del d.lgs 231 prevede che i casi di responsabilità dell'ente siano espressamente previsti dalla legge; e inoltre, la responsabilità amministrativa difficilmente potrebbe ritenersi sottratta al principio di legalità *ex art. 7 CEDU*, tenuto conto che la giurisprudenza convenzionale ha già considerato *sostanzialmente penali* forme di responsabilità *formalmente amministrative*. Si veda sul punto il caso Ozturk c. Germania, brevemente accennato al par. 8.2 del cap. II.

sorridere il fatto che la giurisprudenza, quando voglia, rispetti la classificazione della confisca come misura di sicurezza per poterla applicare retroattivamente, e quando le faccia comodo, la consideri sanzione per assoggettarla al principio solidaristico, peraltro infondatamente.

Ciò che scotta maggiormente è che la giurisprudenza obliteri totalmente il principio di proporzionalità e che, una volta affermata la natura di *pena* della confisca, si dimentichi di ricondurla all'osservanza di uno dei principi costituzionali che formano lo statuto garantistico delle pene, cosa che dovrebbe essere *immediata*, vagheggiando invece di principi solidaristici in campo penale (ossia dell'esatto opposto della proporzionalità delle pene). Non si tacci di malevolenza chi scrive se insinua il dubbio che la veste di sanzione sia attribuita per consentire l'applicazione della confisca nei confronti di un solo concorrente quando il suo patrimonio sia più capiente o sia difficile l'accertamento del profitto di ogni correo, applicazione che non sarebbe stata consentita seguendo la tradizionale classificazione della confisca come misura di sicurezza, per la quale è solo in chi effettivamente possiede il bene illecito che si accende la spia della pericolosità e si rende necessaria l'ablazione.

5.5 Confisca al lordo o confisca al netto?

Negli ultimi anni è tornato in auge il dibattito circa la corretta interpretazione della nozione di profitto. Secondo il tradizionale insegnamento della Cassazione, per profitto dovrebbe intendersi il vantaggio di natura economica tratto dal reato ossia il beneficio aggiunto di tipo patrimoniale illecitamente ottenuto²⁹⁷; il termine profitto – inteso ai fini della confisca – ha assunto pertanto storicamente nel diritto penale un'accezione *causale* che però non corrisponde alla concezione *aziendalistica* di profitto²⁹⁸. La questione potrebbe non rivestire alcun interesse, se non altro perché il

²⁹⁷ Cfr. Cass. pen., SS. UU, 24 maggio 2004, n. 29951 Curatela fall. in proc. Romagnoli e n. 29952, Curatela fall. in proc. Focarelli. Per una concezione particolarmente estesa del profitto del reato v. Cass. pen., SS. UU., 12080/2008, Miragliotta, che lo ha riconnesso alla nozione di provento – consentendo l'ablazione anche delle utilità economiche ottenute dal reimpiego del profitto originario già con l'art. 240 c.p. Di questa sentenza si è già trattato – insieme al concetto di profitto nel par. 1.2.2. del cap. I.

²⁹⁸ Il tema potrebbe (e dovrebbe) essere sviluppato più attentamente. Poiché però non se ne ha né lo spazio – si andrebbe fuori tema – né le capacità, si rinvia a due pregevoli lavori: ALESSANDRI A.,

diritto si serve di definizioni sue proprie – prossime ma non coincidenti con quelle comuni – ma invece ha assunto rilevanza nel più recente dibattito dottrinale e giurisprudenziale. L’accezione economica di profitto è quella di una grandezza differenziale, ottenuta dai ricavi meno i costi²⁹⁹; quindi è cosa ben diversa dalla concezione penale, che sembra comprendere i ricavi complessivamente intesi. Il problema dei rapporti tra le due definizioni – *rectius*, il problema se ai sensi del diritto penale si debba assumere una concezione di profitto netto – si è posto dapprima nel momento in cui è comparsa nel nostro ordinamento la confisca per equivalente³⁰⁰. Questa forma di confisca, in effetti, prevedendo la confisca di utilità economiche che non hanno un rapporto di derivazione causale col reato (quindi, rispetto alle quali la concezione causale del profitto stenta a incastrarsi), ha posto il problema se – trattandosi di *tantundem* – la confisca vada effettuata al lordo o al netto dei costi sostenuti per ottenere il profitto illecito, giacché è quando il profitto perde la sua individualità storica che sorge il dubbio a quale entità la nuova confisca andrà parametrata, ossia ci si chiede in base a quali criteri il giudice debba calcolare l’utilità tratta dal reato.

Il tema è particolarmente caldo, a onor del vero, in riferimento alla posizione delle persone giuridiche, *rectius* nei confronti delle persone giuridiche che solo occasionalmente debordano nell’illecito e nella cui attività economica – quindi nel cui profitto *aziendale* possono riscontrarsi ricchezze derivanti tanto da attività lecite quanto da attività illecite – rispetto alle quali il reato è alla base dello svolgimento di un’attività economica poi pienamente lecita. Facciamo un esempio: nel caso in cui un’impresa si aggiudichi illecitamente un appalto corrompendo la commissione aggiudicatrice, può detrarre dal valore dell’appalto ottenuto i costi illeciti sopportati, per esempio il valore della tangente sborsata, posto che, in senso economico, il suo profitto è una grandezza differenziale (appalto meno tangente)? Oppure, può detrarre dal valore dello stesso appalto solo i costi leciti, per esempio le spese sostenute per i

Criminalità economica, cit., *passim*; EPIDENDIO T.E., *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1267.

²⁹⁹ Tuttavia notano BASSI A., EPIDENDIO T.E., *Enti e responsabilità*, cit., p. 313 che "in senso economico-contabile, il concetto di profitto lordo è sempre legato al ricavo meno i costi, tuttavia la voce viene considerata al lordo di talune poste (ad esempio quelle fiscali): il profitto è quindi lordo perchè su di esso non è ancora stata calcolata l'imposta".

³⁰⁰ La questione però può essere allargata anche alla confisca classica come si vedrà *infra*.

materiali e la manodopera necessari per la realizzazione dell'opera pubblica? O invece il profitto in senso penale equivale al ricavo in senso aziendale, senza detrazione di costi?

La questione è, in ultima analisi, se il profitto del reato si calcoli al netto o al lordo dei costi sostenuti per conseguirlo e se, qualora si calcoli al netto, sia possibile porre delle differenziazioni sui costi deducibili sulla base della loro natura lecita o illecita.

Partiamo da un'analisi di come l'alternativa netto/lordo sia stata risolta dalla giurisprudenza, anche perché – visto il totale silenzio del legislatore sui criteri di calcolo del profitto – la questione si è posta inizialmente qui.

Alcune sentenze si schierano a favore della tesi del *netto*: così è avvenuto per un caso di confisca *ex art. 19 d.lgs. 231/2001* dove il Tribunale di Milano ha applicato l'ablazione del profitto derivante dal reato di corruzione, detraendo dal valore dell'appalto conseguito i costi che non afferiscono in modo diretto alla condotta illecita, bensì ad un rapporto contrattuale che ha avuto concreta attuazione³⁰¹, giustificando la sua pronuncia con l'esigenza di salvaguardare la *proporzionalità* della sanzione. In modo analogo si è pronunciata *incidenter tantum* la Cassazione in un arresto del 2006, dove la Corte ha distinto la valutazione del profitto nell'art. 13 e nell'art. 19, sempre d.lgs 231/2001. Nel primo caso, la valutazione del profitto di rilevante entità che legittima una sanzione interdittiva nei confronti dell'ente è da effettuare al lordo (questo era l'oggetto della questione sottoposta alla Corte); nel secondo caso, il profitto "può corrispondere all'utile netto ricavato"³⁰².

Altre pronunce hanno preferito applicare la confisca al *lordo*, senza tener conto dei costi, neanche di quelli leciti. Questo si è verificato anzitutto in un caso di confisca disposto nei confronti di una mandataria di un'ATI³⁰³, nel quale il Tribunale

³⁰¹ Tribunale di Milano, 31 luglio 2007, Imp. My Chef s.r.l, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1439, con nota di GATTA G.

³⁰² Cass. pen., sez. VI, 23 giugno 2006 (dep. 2 ottobre), n. 32627, La Fiorita Scarl, in *Gui. dir.*, 2006, n. 42, p. 65.

³⁰³ Si tratta del medesimo caso cui si è fatto cenno nel paragrafo precedente, che ha dato origine alla sentenza delle SS. UU. cui si è accennato sul "concorso" di persone giuridiche nel reato e relative condizioni di applicazione della confisca per equivalente. Tale sentenza della Cassazione ha preso anche posizione sulla distinzione netto/lordo, e la esamineremo a breve.

di Napoli ha scelto di aderire alla concezione strettamente penale di profitto, non consentendo la deduzione di costi pur leciti (la difesa faceva riferimento agli stipendi dei lavoratori), poiché l'illiceità avrebbe investito tutto il rapporto contrattuale che costituiva il profitto delle imprese associanti³⁰⁴. Anche in un caso di confisca per equivalente disposta ai sensi dell'art. 187 T.U.F.³⁰⁵, il Tribunale di Milano ha affermato che il profitto del reato suscettibile di confisca non corrisponde alla sola plusvalenza netta, poiché risulterebbe contrario alla *ratio* della confisca – preventiva ma anche e soprattutto sanzionatoria – che il reo possa trarre vantaggi da un'attività illegale "ottenendo uno sconto sul profitto suscettibile d'ablazione", poiché i costi sostenuti – pur leciti – stanno a monte della condotta criminosa e "pertengono agli *accidentalia delicti* o comunque alla creazione della condizioni di tempo e di luogo dell'azione criminosa"³⁰⁶.

Paventando la possibilità che le decisioni contrastanti aumentassero, sono intervenute nel 2008 le Sezioni unite³⁰⁷.

Le considerazioni della Corte partono dalla necessità di considerare il profitto in un'ottica eminentemente penale come – seguendo il tradizionale insegnamento – beneficio aggiunto di tipo patrimoniale. Viene operata poi una distinzione all'interno della nozione di profitto presente nel decreto sulla responsabilità degli enti tra i diversi articoli che si riferiscono a tale grandezza economica (6, 13, 15, 16, 17, 19, 23)³⁰⁸. Per quanto riguarda il profitto ai fini della confisca le Sezioni unite – che sul punto fanno considerazioni valide per il concetto di profitto in generale – sembrano inizialmente orientate decisamente verso la tesi del lordo: "l'esplicito riferimento alla natura compensativa delle condotte riparatorie accredita, al di là di ogni ambiguità, una funzione della confisca del profitto come strumento di riequilibrio dello *status quo* economico antecedente alla commissione del reato, il che contrasta con la tesi del profitto quale utile netto"³⁰⁹; e ancora: "il crimine non rappresenta in alcun

³⁰⁴ Tribunale di Napoli, Sez. Riesame, Ord. 6 ottobre 2007 (ud. 24 luglio), Impregilo et al., in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1638.

³⁰⁵ L'art. 187 del T.U.F. prevede la confisca, in forma diretta o per equivalente, del prodotto, profitto o strumenti utilizzati per commettere i reati di *insider trading* (art. 184 T.U.F.) e *market abuse* (art. 185 T.U.F.).

³⁰⁶ Tribunale di Milano, Sez. Riesame, 22 ottobre 2007, in *Corr. merito*, 2008, p. 86.

³⁰⁷ Cass. pen., SS. UU., 26654/2008, Impregilo et al., cit.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 1264.

³⁰⁹ *Ivi*.

ordinamento un legittimo titolo d'acquisto della proprietà o di altro diritto su un bene e il reo non può, quindi, rifarsi dei costi affrontati per la realizzazione del reato",³¹⁰ poiché il criterio del profitto netto – secondo la Corte – trasferirebbe sullo Stato il rischio di esito negativo del reato.

Tuttavia la Corte arriva poi a mitigare la sua posizione per quanto riguarda la *responsabilità degli enti*, riconoscendo di dover porre delle differenziazioni "[sul]l'attività lecita d'impresa nel cui ambito viene occasionalmente e strumentalmente viene consumato il reato"³¹¹; però non sceglie né la tesi del netto né la tesi del lordo, ma recupera la distinzione tutta penalistica tra "reati contratto" e "reati in contratto". Nei primi si verifica un'immedesimazione del reato col negozio giuridico, e questo è travolto dall'illiceità (la compravendita di sostanze stupefacenti); nei secondi il comportamento penalmente rilevante va a incidere solo sulla fase di formazione della volontà contrattuale o su quella di esecuzione del regolamento negoziale ed è possibile enucleare aspetti leciti del rapporto (la truffa rispetto all'aggiudicazione di un appalto poi regolarmente eseguito). La Corte conclude col ritenere necessario, nel caso di reati in contratto, scomputare dal profitto confiscabile il corrispettivo ottenuto in esecuzione di una prestazione poi lecitamente eseguita³¹² (quindi, dal valore di un appalto di servizi ottenuto illecitamente si può detrarre il valore delle controprestazioni ottenute per la diligente esecuzione).

Com'è stato evidenziato in dottrina la posizione assunta dalle Sezioni unite non può considerarsi pienamente soddisfacente: esse hanno in fin dei conti sposato la tesi del lordo, ma, per limitarne gli effetti in caso di illeciti commessi nell'ambito di attività lecite, hanno recuperato una vecchia distinzione fondando la loro decisione sul tipo di utilità detraibile; hanno mancato di rispondere però alla domanda più

³¹⁰ *Ibidem*, p. 1265.

³¹¹ *Ibidem*, p. 1266.

³¹² L'idea è che lo Stato non possa arricchirsi due volte, la prima trattenendo quanto ha ottenuto dalla diligente esecuzione della prestazione – pur se ottenuto illecitamente – la seconda attraverso la confisca. Sembra di scorgere qui un eco del dogma dell'*unitarietà dello Stato*, ma la Corte di cassazione sembra dimenticarsi che così non è, che i Comuni, le Province, le Regioni hanno personalità giuridica – perlomeno di diritto interno – distinta da quella dello Stato. E infatti in questo caso le prestazioni erano state eseguite nei confronti degli enti locali e ragionale, mentre la confisca va a vantaggio del solo Stato; quindi si tratta di soggetti giuridici diversi, che tratterebbero a diverso titolo l'utilità economica.

pressante, quella relativa alla deducibilità dei costi che può porsi anche al di fuori di rapporti sinallagmatici (quindi fuori dalla distinzione reati contratto/reati in contratto)³¹³.

Inoltre, il *dictum* delle Sezioni unite può dar luogo a esiti quanto meno paradossali. Collochiamoci nell'ambito di un classico esempio di reato in contratto, la truffa finalizzata all'aggiudicazione di un appalto pubblico: in questo caso, la società aggiudicatrice potrà scomputare dal profitto confiscabile il valore della controprestazione ottenuta dalla p.a. Il valore della controprestazione è in tal caso dato dal valore dell'appalto stesso, secondo le regole di mercato che stabiliscono a quali condizioni economiche dovrebbe essere compiuta quella determinata opera pubblica. Immaginiamo, rimanendo strettamente fedeli alla distinzione tra reati contratto e reati in contratto, che la truffa sia avvenuta solo nella fase genetica del contratto e non nella fase esecutiva, ossia che la società abbia (per esempio) falsificato i documenti che attestavano la sua solidità finanziaria ma non abbia fatto lievitare i costi di costruzione dell'opera pubblica, eseguendola diligentemente al suo valore di mercato. In tal caso dal profitto confiscabile ottenuto dall'impresa andrà scomputato l'intero valore dell'appalto, ossia l'intero valore dell'opera pubblica eseguita per la p.a., corrispondente al valore dell'appalto stesso, e quindi non si confischerà niente alla società che abbia ottenuto illecitamente l'appalto, la quale si tratterà così tutto il profitto; però, pur non essendovi un *extra* profitto che superi i valori di mercato dell'appalto da confiscare, ciò non toglie che il profitto *economicamente giusto* sia *giuridicamente illecito*, e la società non dovrebbe avere alcun titolo per trattenerlo, dal momento che il reato *non è titolo idoneo di*

³¹³ Si vedano le critiche di MONGILLO V., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, pp. 1784 e ss., critico appunto sull'impostazione legata al concetto di utilità resa al beneficiario – giudicata indeterminata – e che può portare a confusioni tra la confisca e le restituzioni civili; critico anche sul fatto che la Cassazione abbia esaminato solo il profitto come prestazione contrattuale. Analogamente critico BOTTALICO F., *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, pp. 1746 e ss. Critica in particolar modo il mancato pronunciamento sul problema dei costi deducibili EPIDENDIO T.E., *La nozione di profitto*, cit., pp. 1275 e ss. Critica anche BEVILACQUA F.C., *La natura problematica del profitto confiscabile nei confronti degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, la quale ritiene che fondare la sentenza su una distinzione così dibattuta come quella di reati contratto e reati in contratto possa anche essere foriera di ulteriori perplessità.

arricchimento nel nostro ordinamento, e questo è proprio quello che la confisca del profitto vorrebbe evitare.

Per tutte queste ragioni la distinzione operata dalla Corte tra reati contratto e reati in contratto non può dirsi pienamente soddisfacente; di maggior utilità per risolvere le questioni controverse sarebbe stato spendere qualche parola in più sul tema dei costi.

La giurisprudenza successiva ha sostanzialmente aderito invece alla distinzione reati contratto/reati in contratto³¹⁴. Sia nella sentenza Impregilo delle Sezioni unite, che nelle sentenze delle sezioni semplici, sussiste un po' di confusione tra il problema della deducibilità dei costi leciti o illeciti, che prescinde dall'esistenza di un rapporto sinallagmatico, e quello della distinzione del profitto lecito da quello illecito, che invece riguarda proprio i rapporti sinallagmatici, quando dopo il reato si comincia a produrre profitto lecito.

La dottrina ha assunto posizioni molto diverse sull'alternativa netto/lordo in riferimento alla posizione degli enti³¹⁵; si ricordi prima di entrare *in medias res* che questa forma d'ablazione è *espressamente* qualificata come sanzione (art. 9 d.lgs 231/2001) e che quindi, in quanto tale, essa deve essere proporzionata alla gravità del reato commesso³¹⁶.

Passiamo in rassegna anzitutto le opinioni aderenti alla *tesi del netto*.

Un autorevole commentatore ha sposato questa tesi, affermando che la disciplina delle sanzioni nei confronti degli enti "non può *mai* fare a meno dei principi garantistici che devono assistere le sanzioni", tra i quali rientra quello di *proporzione* alla gravità del fatto commesso, gravità che non è necessariamente funzionale all'entità del profitto tratto dal reato³¹⁷.

³¹⁴ Cass. pen., sez. II, 6 aprile 2009, n. 20506; Cass. pen., sez. II, 27 gennaio 2010, n. 6974; Cass. pen., sez. VI, 27 gennaio 2010, n. 35748.

³¹⁵ Il discorso si può estendere alla confisca di valore, anch'essa da considerare una sanzione (v. cap. II, par. 5 e 6) e rispetto alla quale si possono porre gli stessi problemi di distinzione tra costi leciti e illeciti. Si pensi in particolar modo all'art. 322 *ter* c.p. applicabile ai reati tributari, all'art. 2641 c.c. e all'art. 187 T.U.F.

³¹⁶ V. cap. II, par. 5 e 6.

³¹⁷ ALESSANDRI A., *Criminalità economica*, cit., p. 2153: "il valore di un appalto non è *a priori* significativo del disvalore intrinseco della condotta, potendo attività corruttive di identica intensità lesiva dar luogo a attribuzioni di affari di dimensioni diverse derivanti dal caso (ad esempio, il settore ove l'impresa opera o il valore intrinseco dei beni o dei servizi).

Altra posizione favorevole alla possibilità di detrarre dal profitto ottenuto dal reato i costi sostenuti – anche quelli illeciti – è stata argomentata invece considerando la confisca di valore in generale, partendo dalla considerazione che se il profitto è una grandezza aggiuntiva, esso non può che coincidere con l'utile aziendalisticamente inteso³¹⁸; e sulla stessa lunghezza d'onda – ossia sul rilievo che il profitto non può che aggiungersi allo *status quo ante* – c'è chi ha sostenuto che il profitto debba essere considerato "limitatamente alla sua dimensione additiva [...] esclusivamente laddove si versi in presenza di reati in contratto"³¹⁹.

Tali posizioni però possono mostrare il fianco a rilievi inerenti alla natura *illecita* dei costi sostenuti: immaginiamo un caso di truffa per il conseguimento di erogazioni pubbliche (es. una pensione d'invalidità) – reato (in contratto) al quale può essere applicata la confisca di valore *ex art. 640 quater c.p.* – commesso da un soggetto che, dopo aver acquistato una sedia a rotelle e aver installato un apposito montascale in casa, si finga invalido per ottenere la provvigione pubblica. Può detrarre dal valore della pensione ottenuta la somma spesa per comprare la sedia a rotelle e il montascale? *Rectius*, è giusto che egli lo faccia, ossia la sua spesa trova un riconoscimento nell'ordinamento?

A tale rilievo un altro sostenitore della tesi del netto ha obiettato che "la deducibilità di un costo ai fini della definizione del profitto netto non risente della sua natura intrinsecamente illecita: tale natura rileverà eventualmente per fondare autonomamente un procedimento ablatorio"³²⁰; la finalità di quest'orientamento è quella di evitare *doppie ablazioni*. Nel nostro esempio del truffatore, la sedia a rotelle e il montascale costituirebbero strumenti del reato, e potrebbero essere confiscati a questo titolo. Tuttavia quest'orientamento fondato sull'autonomia dei titoli d'ablazione deve essere ponderato con attenzione, se si tiene conto che non in

³¹⁸ COMPAGNA F., *L'interpretazione della nozione di profitto*, cit., p. 1645

³¹⁹ PERINI A., *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2079. Questo autore fa un interessante rilievo di carattere sistematico evidenziando che nell'art. 644 c.p., la confisca per equivalente del profitto è limitata agli interessi e agli altri vantaggi o compensi usurari, cioè al *quid pluris* netto scaturente dal reato.

³²⁰ LUNGHINI G., *Profitto del reato: problematica individuazione delle spese deducibili*, in *Corr. merito*, 2008, p. 91. Egli fa l'esempio della spesa sostenuta dal rapinatore per comprare il passamontagna, ritenendola deducibile e ritenendo possibile confiscare il passamontagna come strumento del reato. Concorde LORENZETTO E., *La natura problematica*, cit. p. 1138.

riferimento a tutti i reati è possibile la confisca per equivalente³²¹. Quindi, per rimanere nell'esempio della truffa, cosa accade se il truffatore ha abbandonato in una discarica fuori porta sedia a rotelle e montascale? Nei confronti degli strumenti del reato non si può procedere per il *tantundem*.

Vediamo ora le ragioni che vengono addotte a sostegno della confisca *al lordo*, per la quale non sarebbe scomputabile alcun costo, né lecito né illecito.

Fondamentalmente si evidenzia – le opinioni sono espresse sulla confisca verso gli enti, ma vista la natura sanzionatoria anche della confisca per equivalente i rilievi possono essere estesi a questa forma d'ablazione – che, posta la natura sanzionatoria della misura, non avrebbe alcun senso consentire la deduzione dei costi, pur se imputabili a un'attività di per sé lecita, perché tali costi in quanto collegati a un reato non possono ricevere alcuna forma di tutela nell'ordinamento; inoltre se si potessero sottrarre i costi, si trasferirebbe sullo Stato il rischio di fallimento dell'attività illecita, evitando al reo la perdita economica derivante da un reato infruttuoso³²². Sempre a sostegno di questa tesi, è stato sostenuto che il profitto non è definito dalla legge *ingiusto*³²³: quindi il profitto confiscabile non sarebbe solo quello direttamente lecito, ma anche quello reso possibile dal reato sottostante³²⁴.

Questa tesi rigorista pare da escludere; per evidenziarne i difetti però passiamo alla *pars construens*, evidenziando quale sia la posizione – intermedia – che appare corretto seguire.

La maggior parte della dottrina aderisce a una tesi che può essere sostanzialmente detta "al netto dei costi leciti imputabili a un'attività lecita"³²⁵. La condivisibile opinione porta a ritenere che il profitto confiscabile in forma per

³²¹ EPIDENDIO T.E., *La nozione di profitto*, cit., p. 1279.

³²² AMATO G., *Società: per applicare le misure interdittive ampliata la portata dell'entità del profitto*, in *Gui. dir.*, 2006, n. 42, p. 71; SANTORIELLO C., *La confisca del profitto del reato nel sistema punitivo nei confronti degli enti collettivi e delle persone giuridiche*, in *Giur. it.*, 2009, p. 93.

³²³ Questo tanto nell'art. 322 *ter* c.p., quanto nell'art. 19 d.lgs 231/2001, quanto nell'art. 187 T.U.F., etc.

³²⁴ AMATO G., *Società*, cit., p. 72.

³²⁵ Nonostante questi autori si dichiarino *lordisti* o *nettisti* gli esiti sono pressoché identici se si passa al lato pratico a individuare quali siano le spese deducibili. Si dichiarano per la tesi del netto: BOTTALICO F., *Confisca del profitto*, cit., *passim*; FORNARI L., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, pp. 72 e ss.; MONGILLO V., *La confisca*, cit., *passim*; ROSSETTI A., *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, pp. 1281 e ss. Si dichiarano per la tesi del lordo: EPIDENDIO T.E., *La nozione di profitto*, cit., *passim*; MAUGERI A.M., *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, pp. 505 e ss.

equivalente e quello confiscabile – in via diretta o sussidiaria – nei confronti degli enti³²⁶, deve essere determinato scomputando i costi leciti riferibili ad un'attività lecita. Tra di essi non rientrano i costi sostenuti illecitamente (quelli sostenuti per l'acquisto di un'arma clandestina al fine di commettere una rapina) e quelli astrattamente leciti, ma nel caso concreto direttamente funzionali alla commissione dell'illecito (quelli per l'acquisto di sedia a rotelle e montascale)³²⁷: "tale pregnante funzionalizzazione rende le attività stesse, in qualche misura espressive della condotta incriminata, privandole, insieme ai costi ad esse accedenti, di ogni margine di tutela alla luce dei vincoli dell'art. 41.2 Cost."³²⁸.

Resta comunque ferma la necessità di evitare *doppie ablazioni*, soprattutto nel caso del prezzo: quindi – i casi si verificheranno soprattutto all'interno del sinallagma corruttivo – bisognerà verificare se tale somma è già stata confiscata ad altro titolo, e in tal caso detrarla per evitare un ingiustificato arricchimento per lo Stato; nel caso invece non sia stata confiscata (si ricordi per esempio l'art. 322 *ter* c.p., che prevede al 1° comma la confisca di valore del prezzo, al 2° quella del profitto, per *reati diversi*), non potrà essere decurtata dal profitto, perché la tangente non è un costo lecito.

E resta ugualmente ferma la necessità di non confondere – cosa che paiono aver fatto le Sezioni unite in riferimento all'art. 19 d.lgs 231/2001– la detrazione dei costi con le restituzioni alla vittima del reato, dal momento che operano su piani differenti³²⁹ (e che peraltro sono espressamente salvaguardate dall'art. 19 che prevede "salvo la parte che può essere restituita al danneggiato").

Le ragioni per cui scegliere questa posizione "intermedia" sono molteplici: si tratta di due considerazioni generali, due considerazioni specifiche sulla responsabilità degli enti e due considerazioni di ordine costituzionale e convenzionale³³⁰.

³²⁶ Ma il discorso potrebbe essere allargato alla confisca classica, solo che in quest'ambito appare più difficile la confusione tra attività lecita e attività illecita.

³²⁷ Analiticamente sul punto EPIDENDIO T.E., *La nozione di profitto*, cit., pp. 1278 e ss.

³²⁸ ROSSETTI A., *La nozione*, cit., p. 1287.

³²⁹ LORENZETTI E., *La natura problematica*, cit., p. 1135; MONGILLO V., *La confisca*, cit., p. 1783.

³³⁰ Vi potrebbe essere un settimo argomento, molto ripreso dalla dottrina, basato sulla comparazione con altri ordinamenti. In particolare, i *lordisti* (tra cui v. specialmente MAUGERI A.M., *La lotta*, cit., pp. 506 e ss.) hanno preso a esempio l'ordinamento tedesco – dove, a seguito di una riforma nel 1992, si è passati dal *Nettoprinzip* al *Bruttoprinzip* per calcolare l'entità del *Verfall* attraverso il passaggio

Primo. Contro la tesi *assoluta* del netto, si può sostenere che le spese illecite o direttamente funzionali all'illecito non possono trovare alcuna giustificazione nell'ordinamento, altrimenti l'ordinamento, che prima incrimina la condotta, e poi consente di detrarre le spese – *giustificandole* quindi – entrerebbe sostanzialmente in contraddizione con se stesso.

Secondo. Se si considera che il profitto è un beneficio aggiunto, bisogna valutare con esattezza il momento rispetto al quale valutare questo incremento. Si confisca il profitto tratto *dal reato*, quindi il momento valutativo è antecedente alla commissione del reato; pertanto non si vede perché – che è ciò che sostengono alcuni fautori della tesi assoluta del netto – si debbano prendere in considerazione le spese sostenute per preparare il reato, se queste sono comunque antecedenti alla commissione dell'illecito, e comportano un *decremento* della situazione economica del reo prima che il reato sia compiuto, che per calcolare il profitto tratto dal reato è irrilevante. Per esemplificare, l'acquisto dell'arma con cui compiere la rapina, si pone prima dell'inizio del reato, e il differenziale tra *status ante facto* e *status post factum* si valuta dopo l'acquisto dell'arma, quindi considerando già l'esborso; a meno che non si considerasse l'acquisto dell'arma avvenuto durante la commissione del reato, ma così non può essere, perché tale azione è da considerarsi atto *preparatorio*, non *esecutivo* (e dovrebbe essere pertanto giuridicamente irrilevante, alla luce della disciplina del tentativo). Un po' di matematica può forse aiutare. Il patrimonio di Caio è 100; spende 10 per l'arma e ottiene dalla rapina 50: per calcolare il suo profitto non bisogna fare $50 - 10 = 40$, bensì $100 - 10$ (che è la situazione iniziale, perché il reato è iniziato quando il costo è già sostenuto) $= 90$, e il profitto resta 50.

dall'espressione *Vorteil* alla generica *etwas* (traducibile con "qualsiasi cosa") e l'ordinamento statunitense – dove nel 1984 si è passati per calcolare il *forfeiture* applicabile ai sensi del 18 U.S.C. § 1963 (legislazione nota con l'acronimo di RICO) si è passati dai *profits* (profitti) ai *proceeds* (proventi), quindi anche qui dal criterio del netto a quello del lordo – per sostenere la giustezza della tesi del lordo. Posto che la comparazione non può essere utilizzata per interpretare direttamente le norme del nostro ordinamento, ma per fornire indicazioni di tendenza – utilizzabili criticamente specialmente *de iure condendo* – i *nettisti* hanno a ragione evidenziato (in particolare BOTTALICO F., *Confisca del profitto*, cit., pp. 1736 e ss. e FORNARI L., *La confisca del profitto*, cit., pp. 75 e ss.) che l'argomento vale *a contrario*, poiché in quegli ordinamenti, per passare dal netto al lordo, si è resa necessaria un'apposita riforma da parte del legislatore, che da noi non è avvenuta. Quindi, nel silenzio della legge, ci si dovrebbe attenere alla tesi del netto.

Terzo (sugli enti). Bisogna considerare che la confisca non è l'unica sanzione di tipo economico che può incidere sul patrimonio dell'ente: sussiste un vigoroso apparato di sanzioni pecuniarie calcolate per quote. Quindi l'effetto deterrente nei confronti dell'ente va valutato con riguardo alla complessiva risposta sanzionatoria³³¹: una confisca che non tenga conto dei costi sostenuti rischia di essere *iperdeterrente*, e pertanto criminogena, poiché "se le sanzioni aumentano indiscriminatamente, si determina una sorta di livellamento repressivo, per cui crimini diversi sono puniti con sanzioni simili [e] il reo è spinto a commettere il crimine più grave, sanzionato con la stessa pena di quello lieve"³³². Inoltre una confisca indiscriminata esaspererebbe l'effetto *overspill*³³³: già l'ente tenderà ad esternalizzare il costo rappresentato dalla sanzione su lavoratori, creditori, azionisti, in generale i terzi; questo trasferimento incrementerebbe notevolmente se la sanzione fosse calcolata al lordo.

Quarto (sugli enti). Bisogna considerare con attenzione la natura del sistema di responsabilità operante nei confronti dell'ente. Si tratta di un sistema che tende al recupero dell'ente, rispecchiando un modello *compensativo* dell'offesa; solo nei confronti degli enti ontologicamente illeciti o plurirecidenti è possibile la totale esclusione dal circuito economico attraverso la sanzione interdittiva *ex art. 16 d.lgs.*; altrimenti, nei confronti dell'ente solo occasionalmente illecito, il sistema tende al suo recupero attraverso l'adozione dei *compliance programs*³³⁴. In questo sistema, quindi, la sanzione punitiva della confisca *ex art. 19 d.lgs.* è volta essenzialmente – come è generalmente riconosciuto in dottrina – a imporre all'ente i costi che egli ha aggirato delinquendo, sottraendogli il guadagno economico tratto dal reato³³⁵. Ora, se si considera che – come si è detto nel capitolo I³³⁶ – la criminalità d'impresa è caratterizzata da un'analisi economica del reato (ovvero delinquo perché risparmio, minimizzando le spese e massimizzando il profitto), allora non si può che concludere che all'ente vanno imposti quei costi che ha aggirato, eliminando il vantaggio di

³³¹ BOTTALICO F., *Confisca del profitto*, cit., p. 1754.

³³² *Ibidem*, p. 1753.

³³³ *Ibidem*; MONGILLO V., *La confisca*, cit., p. 1775; ROSSETTI A., *La nozione*, cit., p. 1789.

³³⁴ Diffusamente sul punto BOTTALICO F., *Confisca del profitto*, cit., p. 1749.

³³⁵ Svolge l'argomento in riferimento alla tesi del netto MONGILLO V., *La confisca del profitto*, cit., pp. 1771 e ss.

³³⁶ Par. 3.

posizione rispetto alle imprese lecite ottenuto attraverso il risparmio consentito dal reato. Questi costi di transazione non possono che essere calcolati al netto del profitto detratti i costi leciti, perché altrimenti la confisca si trasformerebbe in un'*interdizione di fatto* dall'attività d'impresa, contrariamente alla *ratio* della responsabilità amministrativa da reato di enti e persone giuridiche (su questo torneremo al punto sesto).

Passiamo agli argomenti più interessanti, filtrando l'alternativa netto/lordo alla luce dei diritti fondamentali.

Quinto. La confisca (verso gli enti e per equivalente) in quanto sanzione penale, deve proporzionarsi al reato commesso³³⁷. La confisca del profitto, per essere proporzionata, deve parametrarsi al profitto tratto dal reato; e il profitto non può che essere calcolato al netto delle spese lecite sostenute, perché questo è il *beneficio aggiunto di tipo patrimoniale* entrato nelle casse del reo. Se non si tenesse conto dei costi, ma si calcolasse il profitto al lordo, si violerebbe il principio di uguaglianza (art. 3 Cost.), perché non si prenderebbero in considerazione le condizioni economiche che possono far variare in concreto, e di molto, la reale consistenza del profitto incamerato.

Sesto. L'ultima considerazione risiede nella necessaria tutela del diritto di proprietà e nel valore costituzionale dell'iniziativa economica privata. Per il primo aspetto ci è particolarmente d'aiuto l'art. 1 Prot. 1 CEDU, per il secondo l'art. 42 Cost. Sulla base della norma convenzionale (e della giurisprudenza formatasi su di essa), il diritto di proprietà, per essere legittimamente compresso, deve essere sacrificato proporzionalmente all'esigenza pubblica che giustifica il sacrificio: si deve individuare un punto d'equilibrio tra il diritto individuale e l'interesse pubblico. Tale giusto equilibrio non può che essere ricercato attraverso la stretta necessità della misura, da intendersi come *minore invasività a parità di efficienza*. Confiscare tutto il profitto causalmente inteso senza tener conto delle legittime spese sostenute, vuol dire imporre un sacrificio sproporzionato soprattutto nei confronti delle imprese

³³⁷ BOTTALICO F., *op. loc. cit.*, p. 1763; MONGILLO V., *op. loc. cit.*, p. 1775, il quale – sempre in riferimento agli enti – rileva che "ben può accadere che l'ente abbia tratto da un illecito un utile netto maggiore di quello conseguito da altro ente che venga sanzionato più lievemente, in manifesto attrito con il principio di ragionevolezza di cui all'art. 3 Cost."; ROSSETTI A., *La nozione*, cit., p. 1289 V. anche – seppur favorevole a una tesi del netto più assoluta, con totale detrazione dei costi – ALESSANDRI A., *Criminalità economica*, cit., p. 2153.

che occasionalmente siano sconfinare nell'illecito, tenuto conto che la finalità dell'addebito del reato all'ente non è estrometterlo dal circuito economico, ma ricondurlo nell'economia lecita. Una confisca al lordo avrebbe in sostanza l'effetto – sproporzionato e irragionevole – di causare la *morte economica* dell'ente, rendendolo non capace di sopportare il costo della confisca³³⁸ (che in parte ha già sopportato, perché ha già sostenuto gli oneri per ottenere quel profitto). L'eccessivo esborso potrebbe essere infatti insostenibile economicamente per l'ente, causandone l'incapacitazione economica, e contrasterebbe con il riconoscimento costituzionale della libertà d'impresa (art. 42 Cost.); la sanzione al netto invece "non sproporzionata né avvertita come tale, azzerà il guadagno ma non impedisce la ripresa (virtuosa) dell'attività, per questo profilo in linea con il temperamento imposto dagli stessi artt. 41 e 42 Cost. tra proprietà privata e libertà d'iniziativa economica, da un lato, e loro funzioni e utilità sociali, dall'altro"³³⁹.

In conclusione, il divieto di trattare in modo uguale situazioni diverse, la finalità punitiva ma *recuperatoria* della confisca del profitto illecito, il valore fondamentale della proprietà privata e il riconoscimento della libertà d'iniziativa economica, impongono che, nei casi in cui si può verificare una confusione tra patrimonio lecito e illecito (ad esempio, confisca verso gli enti e confisca per equivalente ex art. 2641 c.c. e 187 T.U.F.), il profitto si calcoli al netto delle spese lecite sostenute e imputabili ad un'attività lecita, salvo le restituzioni al danneggiato dal reato.

6. L'aggressione ai patrimoni illecitamente accumulati *versus* personalità, colpevolezza, proporzionalità delle pene

Già nell'introduzione al principio di personalità si era detto della fecondità di una lettura congiunta dei tre principi racchiusi nell'art. 27 Cost., quelli di personalità, colpevolezza, proporzionalità. Il discorso svolto sul concorso di persone e la confisca

³³⁸ Non si prendano queste mie affermazioni come esagerate; basti pensare che nel caso su cui si sono espresse le Sezioni unite e che era stato oggetto dell'ordinanza del Tribunale di Napoli, Sez. Riesame, cit., p. 1639, l'importo di cui si discuteva era pari a 750 484 842, 67 €; e nel caso all'esame del tribunale di Milano, Sez. Riesame, cit., p. 84, l'importo era pari a 4 938 690, 14 €.

³³⁹ BOTTALICO F., *Confisca del profitto*, cit., p. 1767.

per equivalente non ha fatto altro che radicare maggiormente questa convinzione: se al concorrente non si fa subire l'ablazione solo per l'utilità effettivamente e personalmente tratta dal reato, egli risponde col suo patrimonio dell'illecito arricchimento altrui, quindi per un fatto non suo e a lui non personalmente rimproverabile. Analogamente per la dicotomia confisca al lordo o al netto: se la responsabilità vuole essere realmente personale, tale attributo si deve trasferire anche sul *quantum* della pena, poiché altrimenti la garanzia viene aggirata *de facto*.

Tuttavia nelle pagine precedenti si è scelto di distinguere tra i diversi principi poiché era possibile rinvenire casi di confisca in contrasto col divieto di responsabilità per fatto altrui (essenzialmente, il contrabbando), casi in cui la responsabilità era per fatto proprio ma incolpevole (principalmente, la lottizzazione abusiva) e casi di responsabilità per fatto proprio e colpevole ma con sanzioni irragionevolmente sproporzionate (quelli appena trattati). In riferimento alle due forme di confisca allargata (ossia la confisca del patrimonio sproporzionato al reddito o all'attività economica, sia definitiva *ex art. 12 sexies* l. 356/1992 sia di prevenzione *ex art. 2 ter* l. 575/1965) però si rende necessario un discorso *globale*; l'applicazione di una misura che non vuole essere proporzionata al fatto porta a chiedersi per quale fatto illecito tale misura sia applicata, quindi a evidenziare attriti con il principio di *individualità* della responsabilità penale nella sua massima espressione, per il quale ciascuno risponde – con pene adeguate – delle azioni da lui colpevolmente compiute e giudizialmente accertate.

L'analisi sarà svolta prima sulla confisca–sanzione definitiva, e successivamente sulla confisca–sanzione preventiva, partendo dall'idea qui accolta che la prima sia una *sanzione* contro l'illecita accumulazione di patrimoni da parte delle organizzazioni criminali al fine di impedirne l'illecito utilizzo da parte delle stesse (questo vale fino all'allargamento dei delitti presupposto)³⁴⁰.

E' stato provocatoriamente scritto che il reato nell'*art. 12 sexies* degraderebbe a mera *condizione obiettiva di punibilità*³⁴¹; si possono usare parole meno forti, però il dato rimane che il collegamento tra fatto e sanzione sia pressoché nullo, e che il reato funga da *occasione* per consentire l'ablazione di ricchezze sospettate di illecita

³⁴⁰ V. cap. II, par. 5.

³⁴¹ FORNASARI G., *L'ultima forma*, cit., p. 17.

accumulazione. Il reato perde la sua centralità nel determinare il *quantum* della risposta sanzionatoria, e i dubbi investono non solo il principio di proporzionalità ma la possibilità stessa di individuare un reato per il quale possa essere mosso un rimprovero all'agente. Per quale azione in fin dei conti il condannato subisce la confisca? E' la qualità soggettiva di essere condannato per determinati reati ciò cui si aggancia l'ablazione; è innegabile avvertire pertanto lo spostamento d'attenzione dal *fatto* al *soggetto*, perché la centralità del fatto – a garanzia di pene disposte solo per azioni od omissioni colpevoli e giudizialmente accertate – è formula vuota se poi la responsabilità penale si disinteressa del fatto nel momento in cui si concretizza. Nelle altre ipotesi di confisca, in fin dei conti, il nesso di pertinenzialità (anche qualora esso serva solo per commisurare il *tantundem*) assicura il collegamento tra reato e ablazione; se questo nesso salta e l'ablazione procede comunque verso chi ha commesso il reato, allora ciò che consente l'ablazione è semplicemente l'appartenenza soggettiva di determinati beni. Ci troviamo di fronte quindi a una pena per un determinato tipo *d'autore*³⁴².

Non è improprio forse un accostamento con la medievale confisca dei beni o con la confisca dei beni appartenenti ai fascisti³⁴³; si tratta di sanzioni che allo stesso modo colpiscono un soggetto e, attraverso la privazione totale del suo patrimonio, lo giudicano indegno di appartenere alla comunità sociale, causandone quella che Beccaria considerava una morte civile³⁴⁴. Anche nei confronti del mafioso vige la stessa volontà di esclusione, anzi essa è ancor più forte nei confronti di chi, attraverso il sodalizio criminale, ha per primo inteso escludersi dalla comunità sociale, creando una comunità antitetica a quella legale.

Poste queste premesse, si può comprendere perché parte della dottrina consideri la confisca allargata in contrasto col principio di personalità della

³⁴² V. sul punto tra gli altri BERNASCONI P., *La "speciale" confisca*, cit., p. 1419; SQUILLACI E., *La confisca "allargata"*, cit., p. 1526.

³⁴³ Su questa forma d'ablazione v. par. 6 cap. II.

³⁴⁴ BECCARIA C., *Dei delitti e delle pene*, cit., p. 53: "La perdita del tutto sarò quando il bando intimato dalla legge sia tale che annienti tutt'i rapporti che sono tra la società e un cittadino delinquente; allora muore il cittadino e resta l'uomo, e rispetto al corpo politico deve produrre lo stesso effetto che la morte naturale". V. nella dogmatica contemporanea ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 9: "a chi si è espulso dalla comunità [...] si recidono i legami con la base materiale di appartenenza alla *civitas*. E non è in gioco un'ablazione del diritto, quanto una perdita di *status*, ossia quella di soggetto facente parte della collettività organizzata, al cui venir meno consegue (anche) il disconoscimento della proprietà delle cose.

responsabilità penale, che necessita della centralità del fatto come centro del giudizio di disvalore e fonte delle relative conseguenti sanzionatorie.

In particolare, per quanto riguarda il principio di *colpevolezza*, è stato detto che la confisca *ex art. 12 sexies l. 356/1992* sarebbe fondamentalmente fondata sul *sospetto* di commissione di altri reati da cui deriverebbero i beni confiscati, reati che però non sarebbero stati giudizialmente accertati; ecco quindi nascere un sospetto di condotta di vita illecita, che però non potrebbe – secondo questa dottrina – dar luogo ad alcuna sanzione, a meno di non violare il principio di *colpevolezza*³⁴⁵. Da qui sorgerebbe anche la lesione del principio di *proporzionalità* della sanzione penale, dal momento che se essa deve essere commisurata alla *colpevolezza* e alla gravità del fatto, potrebbe apparire sproporzionata una sanzione commisurata unicamente sul valore del patrimonio del reo e sulla sua (in)capacità di giustificarne la provenienza³⁴⁶.

Il punto merita di essere compiutamente analizzato, perché le obiezioni non sono irragionevoli.

E' palese che questa forma di confisca postuli l'esistenza di reati che però non si sono accertati: se il condannato non giustifica l'origine del suo patrimonio, scatta l'ablazione perché il patrimonio s'immagina illecitamente ottenuto con un'attività criminale precedentemente compiuta; l'oggetto della confisca non è l'illecito *de quo* (anche perché per il profitto del reato associativo *ex art. 416 bis c.p.* è già prevista la confisca del profitto, anche per equivalente), ma ciò che si sospetta il reo abbia commesso precedentemente. Si svela quindi quale sia il vero obiettivo di questa forma di confisca: *l'associazione criminale* stessa e le sue basi economiche, più che la singola epifania criminale. Ciò che la confisca allargata intende punire è il protrarsi del vincolo con l'associazione criminale, che si ritiene origine e destinazione delle ricchezze possedute da chi ne fa parte³⁴⁷.

³⁴⁵ Diffusamente MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, pp. 754 e ss. V. anche – più sinteticamente – BERNASCONI P., *La "speciale"*, cit., p. 1419; FORNASARI G., *L'ultima forma*, cit., pp. 17 e ss., che riferisce la critica in particolar modo alla mancanza di determinatezza della sanzione; SQUILLACI E., *La confisca*, pp. 1528 e ss.

³⁴⁶ MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, pp. 736 e ss.

³⁴⁷ Parla di "una sorta di presunzione di continuità criminale, proiettabile nel futuro FORNARI G., *Criminalità del profitto*, cit., p. 67.

Quest'obiettivo – bisogna darne atto – non è irragionevole in relazione alla *criminalità organizzata*. Le organizzazioni criminali di stampo mafioso hanno una capacità – attraverso il controllo del territorio prodromico e conseguente al controllo dell'economia territoriale – molto forte di produrre ricchezza illecita. L'accumulo di questa ricchezza è il fine ultimo di queste associazioni, perché attraverso questo esse si fortificano e conquistano posizioni di potere difficili da combattere. Il singolo episodio criminale inoltre molto spesso è solo la coda di una più lunga catena di attività illecite che sono assai difficili da individuare³⁴⁸. Basta leggere l'art. 416 *bis* c.p. per rendersi conto della vocazione imprenditoriale della criminalità organizzata e quindi la facilità di accumulo di ricchezza illecita: tra le finalità dell'associazione criminale rientrano "[l']acquistare in modo indiretto o indiretto la gestione o comunque il controllo di attività economiche, di concessioni, di autorizzazioni, appalti o servizi pubblici o [il] realizzare profitti o vantaggi ingiusti per sé o per altri".

Il legislatore però avrebbe potuto essere più chiaro, o comunque avrebbe potuto strutturare meglio la fattispecie, prendendo a esempio l'ordinamento penale austriaco – dove per procedere alla confisca nei confronti delle organizzazioni criminali è necessaria la prova di un'attività illecita di carattere continuativo e si considerano di origine illecita solo i beni temporalmente connessi³⁴⁹ – o l'ordinamento nordamericano – nel quale per poter applicare il *criminal forfeiture* previsto dal *RICO Act* (la confisca penale, disposta dopo la condanna attraverso apposite indagini patrimoniali nei confronti della criminalità organizzata) è richiesta la commissione di almeno due reati federali nell'arco di dieci anni, legati da un nesso teleologico³⁵⁰ – richiedendo, ad esempio, la sussistenza d'indizi gravi, precisi e concordanti circa la pregressa adesione all'organizzazione criminale oppure prevedendo l'applicazione della confisca allargata solo nei confronti dei soggetti "che hanno un ruolo essenziale all'interno dell'organizzazione, il cui patrimonio è ascrivibile all'organizzazione in termini di origine o destinazione"³⁵¹.

³⁴⁸ V. sul punto NANULA G., *Le nuove norme*, cit., p. 10135.

³⁴⁹ Art. 20 StGB; sul punto v. MAUGERI A.M. (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali*, cit., pp. 67 e ss.

³⁵⁰ V. MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 249.

³⁵¹ MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 735.

In questo senso vanno letti i tentativi di parte della dottrina e della giurisprudenza di rintracciare un nesso di derivazione tra il patrimonio sproporzionato e il complesso dell'attività delinquenziale alla base dell'accumulo ingiustificato³⁵². Si tratta però di un orientamento minoritario e l'art. 12 *sexies* sul punto tace, richiedendo solo il delitto presupposto e il patrimonio sproporzionato e non giustificato. Le Sezioni unite, seppur abbiano escluso l'esigenza di rinvenire un nesso di pertinenzialità così *allargato*, hanno però richiesto che lo squilibrio tra patrimonio e reddito o attività economica sia rintracciato in riferimento al momento di acquisto di ogni singolo bene³⁵³. La Cassazione non ha forse potuto richiedere la prova di una pregressa attività criminosa da parte del condannato, dal momento che la norma non lo prevede; però, saldando la sproporzione al momento d'ingresso nel patrimonio del reo di ogni singolo bene, ha inteso guardare anche *al passato* del condannato e presumere la pregressa attività illecita se il condannato non disponesse di redditi sufficienti per acquistare quel bene. Insomma, la Cassazione sembra dire: se il condannato in quel periodo non possedeva beni sufficienti, vuol dire che già partecipava alla vita dell'associazione criminale e si arricchiva con essa; presunzione che ha dalla sua parte una buona dose di ragionevolezza tenuto conto di quanto detto prima, e cioè che le organizzazioni criminali producono molta ricchezza e che la loro attività illecita accertata e repressa è una minima parte di quella effettivamente commessa.

Di fronte a forme di criminalità talmente produttive da un punto di vista economico, la confisca può recuperare quindi un certo suo margine di *proporzionalità*. Non di proporzionalità della pena all'illecito compiuto – anzi la sproporzione è proprio il tratto caratteristico di questa misura – ma di proporzionalità del mezzo al fine prefissato, ossia quell'accezione ampia di proporzionalità che si è esposta in precedenza. La presunzione che il singolo episodio delittuoso legato alla criminalità organizzata sia solo la punta dell'iceberg di una più durevole affiliazione all'associazione da cui deriverebbe l'ingente e ingiustificato patrimonio, insomma, non è priva di ragionevolezza. Il nesso di derivazione della ricchezza dalla pregressa

³⁵² Se n'è già trattato *supra* nel cap. I, par. 5.4. Vedi in dottrina NANULA G., *Le nuove norme*, cit., p. 10136 e BELFIORE E., *Sub art. 12 sexies*, cit., p. 832. In giurisprudenza Cass. pen., sez V, 22 settembre 1998 (dep. 24 novembre 1998), n. 5111, Sibio, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3552.

³⁵³ Cass. pen., SS. UU., 17 dicembre 2003, n. 920, Montella, cit., p. 1187.

attività criminosa – previsto in altri ordinamenti e suggerito nel nostro da parte della dottrina e della giurisprudenza – appare, *de lege ferenda*, quell'elemento che potrebbe restaurare maggiormente il rispetto da parte della confisca allargata dei principi di colpevolezza e proporzionalità. Tuttavia, *de lege lata*, le Sezioni unite l'hanno giustamente escluso poiché esso non è previsto dalla lettera della legge, e non si può allora che apprezzare il piccolo passo avanti fatto dalla Cassazione nell'introdurre la coincidenza temporale tra acquisto e sproporzione. Rimane qualche dubbio sulle questioni processuali che esamineremo a breve.

Qualche margine d'incertezza maggiore sussiste in riferimento ad alcuni degli altri delitti presupposto, visto che oggi la confisca *ex art. 12 sexies* non si applica esclusivamente alla criminalità organizzata³⁵⁴. E' stato infatti ragionevolmente osservato in dottrina che la sproporzione di per sé non provi nulla, al massimo "prova soltanto che il soggetto investe più di quanto guadagni o [...] che il soggetti non dichiara tutti i suoi redditi essendo un evasore fiscale"; se però la sproporzione la si colloca all'interno di reati altamente lucrativi e che vivono spesso nell'ombra, allora essa assume un certo qual senso – come la stessa dottrina ammette – come presunzione di provenienza dalla stessa attività criminosa³⁵⁵.

Quindi, suscita qualche perplessità *sub specie* di ragionevolezza e proporzionalità della misura l'aggiunta – rispetto alla versione originaria dell'art. 12 *sexies* l. 356/1992 – accanto al delitto di associazione di stampo mafioso e a quelli a esso collegati, di altri delitti, tra cui l'usura, il contrabbando aggravato, l'estorsione, il riciclaggio, etc. E' vero ch anch'essi sono collegati alla produzione di ricchezza illecita e sommersa, però è anche vero che in questi manca l'elemento associativo (poiché se sussiste si rientra nei "delitti commessi avvalendosi della forza d'intimidazione e delle condizioni di assoggettamento che ne derivano ovvero commessi al fine di agevolare l'attività delle associazioni mafiose") che giustifica l'espropriazione di tutto il patrimonio per interrompere la circolazione di ricchezza illecita da e verso l'organizzazione.

I dubbi aumentano esponenzialmente considerando gli altri delitti che si sono via via aggiunti; ci si può chiedere infatti se sia ragionevole l'estensione della

³⁵⁴ Cap. I, par. 5.3.

³⁵⁵ NANULA G., *Il problema della prova*, cit., p. 10117.

confisca ai delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione e ai delitti commessi per finalità di terrorismo o di eversione o se invece non ci si trovi di fronte a una tendenza onnivora del legislatore, francamente irragionevole.

Premesso che nei confronti dei delitti di terrorismo e di eversione la confisca sembra mutare non poco la sua finalità, passando dalla repressione dell'illecita accumulazione alla repressione dell'illecita *destinazione*, bisogna però ben ponderare circa i delitti della *white collar criminality*. Si è di fronte anche in questo caso a forme di delinquenza continuate, altamente lucrative e difficili da scoprire nei cui confronti sia ragionevole presumere l'illecita accumulazione qualora sussista la sproporzione? O invece bisogna chiedersi se non fosse già sufficiente nei confronti di questi delitti l'elastica ed efficace confisca di valore, che insegue le utilità economiche tipiche di queste forme di criminalità, il prezzo e la tangente, e se quindi la confisca di tutto il patrimonio non sia radicalmente sproporzionata rispetto a questi reati. Infatti, a meno che non si provi che le fattispecie corruttive sono collegate tra loro e protratte nel tempo, manca in questi reati la continuità temporale tipica dei sodalizi criminali, che è alla base della presunzione d'illecita derivazione della ricchezza. Certo, in questi casi potrebbe essere più facile che in altri fornire la prova della lecita appartenenza, e la confisca non troverebbe applicazione; il discorso però allora si sposta sull'onere della prova (ne tratteremo a breve) e degrada da vizio di legittimità della previsione per violazione del principio di proporzionalità a vizio di *opportunità* dell'introduzione di una forma di confisca tanto invasiva rispetto a reati per i quali una sanzione ablativa proporzionata (ed efficace) era già prevista.

Passiamo ora alla confisca allargata di prevenzione; qui deve essere svolto un discorso in parte diverso, partendo dall'idea accolta in questo lavoro che essa sia sostanzialmente una *pena del sospetto*³⁵⁶ (per la definitività e il fatto che la misura guardi al passato dell'indiziato) la quale, analogamente alla confisca definitiva, punisce il sospetto d'illecita accumulazione per prevenire l'illecita utilizzazione ma, differentemente da quella, lo fa in un momento diverso, e cioè non all'esito di una condanna per un reato – che dovrebbe essere manifestazione tipica dell'attività

³⁵⁶ MANGIONE A., *Politica del diritto e "retorica dell'antimafia": riflessioni sui recenti progetti di riforma delle misure di prevenzione patrimoniali*, in Riv. it. dir. proc. pen., 2003, p. 1205. V. sul punti cap. II, par. 5

criminale dell'associazione – ma qualora sussistano semplicemente gli indizi di appartenenza all'organizzazione criminale.

Anche di questa fattispecie parte della dottrina ha argomentato la non piena conformità all'ortodossia costituzionale *sub specie* di personalità della responsabilità penale, per la tendenza a staccare le vicende della persona da quelle del suo patrimonio³⁵⁷. E' stata lamentata pertanto la violazione del principio di *proporzionalità*, giacché si tratterebbe di una sanzione a "commisurazione automatica"³⁵⁸, la cui entità dipende unicamente dalla consistenza del patrimonio dell'indiziato³⁵⁹. La confisca di prevenzione è stata critica pertanto anche per il mancato rispetto del principio di *colpevolezza*; essa, fino alla recenti riforme, era applicata congiuntamente a una misura di prevenzione personale, quindi aveva come presupposto uno stato *attuale* di pericolosità sociale. Tuttavia la dottrina rilevava come sostanzialmente mancasse "un fatto ascrivibile a una condotta del proposto"³⁶⁰, dal quale far discendere la valutazione di pericolosità, e come, sostanzialmente, si verificasse una *presunzione di pericolosità* per il sol fatto di essere indiziati di appartenere a un'organizzazione criminale³⁶¹. Inoltre, sempre secondo parte della dottrina, se si tiene conto che la misura di prevenzione patrimoniale è sostanzialmente una pena per dei reati di cui si presume la commissione, ne derivava "una sorta di responsabilità anomala, si potrebbe dire oggettiva, nel senso che il soggetto non è chiamato a rispondere di un fatto determinato"³⁶². Quindi, sia a considerarla misura di prevenzione, sia a considerarla pena, sarebbe mancato tanto uno stato di pericolosità quanto un fatto su cui fondare il giudizio di rimprovero *ex* art. 27 Cost.³⁶³, il tutto condito dall'estrema sottigliezza dei requisiti probatori per l'applicazione della misura.

Il quadro deve essere completato da alcuni necessari riferimenti alle riforme del 2008–2009 e alle innovazioni del Codice antimafia, pubblicato nella G.U. n. 226

³⁵⁷ AMODIO E., *La misura di prevenzione*, cit., c. 636.

³⁵⁸ MONACO L., PALIERO C.E., *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 432.

³⁵⁹ MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione*, cit. p. 1808; ID. *Le moderne*, cit., p. 738.

³⁶⁰ FILIPPI L., *Il procedimento di prevenzione*, cit., p. 62.

³⁶¹ MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 756

³⁶² *Ibidem*, p. 757.

³⁶³ MANGIONE., *La misura di prevenzione*, cit., p. 187.

del 28 settembre 2011. Nella disciplina attuale, il comma 6 *bis* dell'art. 2 *ter* l. 575/1965 prevede la possibilità di applicare le misure di prevenzione patrimoniale indipendentemente dalla pericolosità sociale del proposto al *momento* di applicazione della misura; era incerto se tale riferimento temporale escludesse *tout court* la prognosi di pericolosità, o semplicemente (viste anche le questioni sorte in giurisprudenza sulla confisca di prevenzione nei confronti del defunto) la escludesse nel momento di applicazione della misura patrimoniale, ma la richiedesse nel momento di inizio del procedimento di prevenzione³⁶⁴.

Il Codice antimafia, nonostante qualche incertezza iniziale con la quale forse ci si voleva sbarazzare del tutto del requisito della pericolosità sociale, si è riallineato - per non esorbitare la delega - al sistema vigente e prevede la possibilità di applicare le misure di prevenzione patrimoniale "indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione" (art. 18). Le misure personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente, anche se è rimasta la revoca del sequestro se la richiesta di applicazione della misura personale sia respinta.

Sembra che l'intenzione del legislatore sia quella d'introdurre nel nostro ordinamento qualcosa di simile a un'*actio in rem*. Con tale latinismo s'intendono quelle forme di confisca che perseguono la *tainted* o *guilty property*, indipendentemente dalla responsabilità penale del detentore (dato che si applicano *praeter personam*), al fine di controllare l'uso illecito della proprietà³⁶⁵. Niente di tutto ciò accade nel nostro ordinamento, dal momento che è possibile la confisca *solo* del patrimonio dell'indiziato (o di quello appartenente a soggetti a lui collegati che faccia ipotizzare un'intestazione fittizia), ma resta il fatto che l'unico presupposto soggettivo per l'applicazione della confisca di prevenzione è sostanzialmente che il soggetto rientri in una delle categorie soggettive cui si applica la misura patrimoniale. Il punto deve essere attentamente chiarito anche in relazione ai diversi destinatari della misura, perché l'innovazione suscita qualche dubbio sulla sua costituzionalità.

³⁶⁴ Cfr. cap. I, par. 6.1.3. e 6.2.2.

³⁶⁵ Un esempio di questa forma di confisca sarebbe il *civil forfeiture* statunitense. Per indicazioni ben più precise e argomentate v. MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., pp. 52 e ss., 279 e ss.

Ricordiamo brevemente che destinatari della confisca di prevenzione sono, tanto nel sistema attuale quanto in quello risultante dal nuovo codice³⁶⁶:

- a. gli indiziati di appartenere a una delle associazioni di cui all'art. 416 *bis* c.p., gli indiziati di uno dei reati (sempre in forma associativa) di cui all'art. 51 bis co. 3 c.p.p., gli indiziati di possesso o trasferimento fraudolento di valori *ex* art. 12 quinquies co. 1 l. 356/1992);
- b. i soggetti contemplati dal vecchio art. 18 l. 152/1975, ora suddivisi nelle lettere d), e), f), g), h) dell'art. 4 cod. mis. prev. (alcuni dei delitti di eversione previsti dal codice penale; delitti con finalità di terrorismo anche internazionale; ricostituzione del partito fascista, etc.)
- c. i soggetti a c.d. *pericolosità generica* (vecchio art. 19 l. 152/1975 che rinvia all'art. 1 nn. 1 e 2 l. 1423/1956, oggi art. 1 cod. mis. prev.) cioè coloro che sono dediti a traffici delittuosi, coloro che per la condotta o il tenore di vita si ritenga vivano dei proventi di attività delittuose, coloro che si ritenga siano dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica;
- d. le persone indiziate di avere agevolato gruppi o persone che hanno preso parte attiva, in più occasioni, alle manifestazioni di violenza di cui all'articolo 6 della legge 13 dicembre 1989, n. 401.

Tratteremo inizialmente dei soggetti legati alla criminalità organizzata, e il discorso che si svolgerà sopra di essi può essere esteso ad altre fenomenologie criminali particolarmente gravi cui oggi si applica la confisca allargata di prevenzione (terrorismo internazionale, tratta degli esseri umani, sequestro di persona a scopo di estorsione, etc.) per poi passare ai soggetti a pericolosità generica, rispetto ai quali l'applicazione della confisca di prevenzione suscita qualche dubbio di proporzionalità.

In riferimento agli indiziati di appartenere a un'organizzazione criminale di stampo mafioso, si potrebbe riprendere il discorso svolto prima sulla produttività

³⁶⁶ V. per il sistema attuale cap. I par. 6.2.1, per il sistema del Codice antimafia cap. I, par. 7.

economica delle organizzazioni criminali per giustificare la confisca col principio di proporzione. Le obiezioni circa il mancato rispetto del principio di colpevolezza da parte di questa peculiare forma di confisca però non sono prive di una certa consistenza, se si considera che essa è *sostanzialmente* una pena definitiva applicata a un concetto assai discusso come quello di pericolosità, non legata in questo caso a un reato – quindi a un fatto illecito proprio e colpevole – come accade invece per le misure di sicurezza.

Rispetto alla confisca di cui all'art. 12 *sexies* quella prevista dall'art. 2 *ter* presenta infatti – già nel sistema pre-riforma 2008–2009 e pre-codice 2011 – una differenza non di poco conto, e cioè il fatto che mentre la confisca definitiva è legata alla condanna per un reato – che seppur episodicamente dovrebbe essere la manifestazione del legame con l'associazione illecita cui fa capo il patrimonio illecito – la confisca di prevenzione è legata alla qualità soggettiva di essere solo indiziati di appartenere a tale associazione, cui si aggiunge la pericolosità sociale. Ora, è legittimo chiedersi se un requisito labile e incerto come la pericolosità sociale possa adempiere al rispetto del principio di *colpevolezza*, che impone che la sanzione sia legata a un fatto proprio e colpevole. Se poi si considera che la giurisprudenza tendenzialmente *presume* la pericolosità sociale in chi aderisce a un'organizzazione criminale³⁶⁷, allora sono pienamente legittimi i dubbi manifestati da parte della dottrina che in realtà nella confisca di prevenzione manchi ancor più che in quella definitiva un fatto colpevole che legittimi la sanzione e che quindi essa, sostanzialmente, si traduca in un *doppione* della confisca definitiva molto più facile da applicare, visto il minor rigore probatorio richiesto: da misura *praeter delictum* a misura *prater probationem delicti*³⁶⁸, e il dubbio che si voglia punire un reato che non si riesce a provare aumenta.

A questo si deve inoltre aggiungere il quadro post-riforma 2008–2009 e soprattutto post-codice 2011; non è più richiesta l'attualità della pericolosità sociale e la confisca si applica sostanzialmente all'indiziato di appartenenza; sembra che sia stata introdotta "un'ipotesi di espropriazione del bene fondata esclusivamente sui

³⁶⁷ Lo rileva tra i tanti anche FILIPPI L., *La confisca di prevenzione*, cit., p. 270. In giurisprudenza v. tra le tante Cass. pen., sez. I, 4 febbraio 1997, Briganti, in *Cass. pen.*, 1997, p. 3170.

³⁶⁸ *Ibidem*.

presupposti oggettivi del sequestro e della confisca"³⁶⁹(quasi un'*actio in rem?*). Quindi, il far dipendere l'applicazione della confisca di prevenzione semplicemente dall'accumulazione sospetta, mancando del tutto un apprezzamento di disvalore sulla condotta del soggetto che non vada oltre i semplici *indizi di*, potrebbe contrastare col principio di *individualità* della risposta sanzionatoria complessivamente inteso che richiede che le sanzioni penali (ma anche le misure di prevenzione) si applichino per un preciso comportamento del soggetto passivo.

Sussistono però forti dubbi sul fatto che la Corte costituzionale, qualora le fosse rimessa la questione, arrivi a una pronuncia d'incostituzionalità dell'art. 2 *ter* co. 6 *bis* l. 575/1965 (oggi art. 18 co. 1 cod. mis. prev.) che scinde l'applicazione delle misure personali da quelle patrimoniali per mancato rispetto dell'art. 27 Cost. E' vero che essa ha sempre considerato pienamente ragionevole la pregiudizialità tra misure personali e patrimoniali (che consente per l'appunto l'apprezzamento soggettivo), tuttavia essa ha riconosciuto che la *ratio* della confisca di prevenzione non è solamente quella di privare dei beni un soggetto pericoloso per la società ma di "sottrarre definitivamente il bene al 'circuito economico' di origine, per inserirlo in altro, esente dai condizionamenti criminali che caratterizzano il primo"³⁷⁰; e nelle medesime sentenze, ha rinviato a scelte di politica criminale del legislatore la possibilità di prevedere l'applicazione disgiunta delle due misure³⁷¹.

Né maggiori aperture sembrano giungere dalla Corte e.d.u. E' vero che la confisca di prevenzione *ex* art. 2 *ter* fu considerata non una sanzione penale dalla Commissione europea e non dalla Corte. E' vero anche però che da allora la Corte ha sempre giudicato irricevibile la questione sulla natura di *penalty* della confisca di prevenzione, e questo preclude un suo esame sul rispetto da parte della misura *ante delictum* dei principi di personalità e colpevolezza richiesti dall'art. 6 § 2 CEDU ma

³⁶⁹ MENDITTO F., *Lo schema di decreto*, cit., p. 51.

³⁷⁰ C. Cost., ord. 368/2004, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 213 con nota di VINCIGUERRA; v. anche C. Cost. 1996/335, in *Cass. pen.*, 1997, p. 334, con nota di MOLINARI; C. Cost. 1993/465; C. Cost. 1988/721.

³⁷¹ Posta però la natura di sanzione penale della confisca di prevenzione, potrebbero sussistere dei profili d'illegittimità rispetto alla presunzione d'innocenza, perché il provvedimento definitivo è collegato oggi solo alla presenza degli indizi di appartenenza all'associazione, e sussiste a giudizio di chi scrive un parallelismo con la questione di costituzionalità dell'art. 12 *quinquies* l. 356/1992 risolta in senso positivo dalla Corte costituzionale nella l. n. 356/1992. Poiché si tratta però della presunzione d'innocenza se ne rinvia al relativo paragrafo.

soprattutto dall'art. 7 della Convenzione stessa. Da parte di un organo che si professa così attento alle garanzie individuali e teso a smascherare le truffe delle etichette, sarebbe auspicabile però in futuro un atteggiamento più attento alla realtà delle cose, se non altro perché – come è stato evidenziato in dottrina³⁷² e come abbiamo rimarcato nel capitolo II – la confisca di prevenzione presenta delle caratteristiche che alla luce della stessa giurisprudenza convenzionale l'avvicinano, e di molto, alle sanzioni penali (la misura è definitiva e sospetta reati passati – *natura della sanzione*; la misura è particolarmente gravosa – *severità della sanzione*).

Autorevole dottrina si è però dichiarata favorevole alla scissione misure personali/misure patrimoniali, perché ne deriverebbe un maggior rispetto del principio di proporzione in senso ampio come minor invasività possibile nei confronti dei diritti individuali. Il pensiero di quest'autrice merita di essere riproposto integralmente. "La possibilità di procedere all'applicazione delle misure patrimoniali indipendentemente dalle personali potrebbe, del resto, rispondere ad una logica garantista, o, comunque, in termini di valutazione dell'intervento penale alla luce del principio di proporzione potrebbe risultare una forma di intervento maggiormente conforme a tale principio, in quanto risparmierebbe all'indagato le limitazioni del ben più prezioso bene della libertà personale connessa alle misure personali, rivelatesi spesso inefficaci in termini di prevenzione speciale. Il rischio, infatti, di un meccanismo che subordina la prevenzione patrimoniale alla personale non è solo quello di rendere le misure patrimoniali meno efficaci, ma anche di imporre il sacrificio connesso alle personali solo per consentire l'applicazione delle patrimoniali e non per reali esigenze di prevenzione speciale. [...] In un sistema democratico qualunque ingerenza dell' autorità limitativa dei diritti del cittadino deve avvenire nella misura strettamente necessaria e, quindi, laddove le misure patrimoniali possono essere considerate già idonee al perseguimento dello scopo, non si giustifica il sacrificio della libertà personale"³⁷³.

La prospettiva è particolarmente suggestiva, se non altro perché si può rinvenire un nesso tra quanto scritto da questa autrice e la tradizionale posizione

³⁷² MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 532.

³⁷³ MAUGERI A.M., *La riforma delle sanzioni patrimoniali*, cit., pp. 14–15.

della Corte europea dei diritti dell'uomo, che, pur valutando le interferenze col diritto di proprietà col metro della proporzionalità al fine perseguito dallo Stato, considera il *right of property* sostanzialmente più aperto a restrizione per esigenze collettive. Entra nuovamente in campo il principio di proporzionalità in senso ampio: il mezzo è proporzionato al fine prescelto, o è inutilmente lesivo? In una recente sentenza la Corte di Strasburgo ha ribadito il pensiero che esprime ormai la sua posizione consolidata sulla proporzionalità del sacrificio del diritto di proprietà contenuto nella confisca di prevenzione: "le phénomène de criminalité organisée a atteint, en Italie, des proportions fort préoccupantes. Les associations de type mafieux se sont répandues à tel point que, dans certaines zones, le contrôle de l'Etat s'en trouve gravement affaibli. Les profits démesurés que ces associations tirent de leurs activités illicites leur donnent un pouvoir dont l'existence remet en cause la primauté du droit dans l'Etat. Ainsi, les moyens adoptés pour combattre ce pouvoir économique, notamment la confiscation litigieuse, peuvent apparaître comme indispensables pour lutter efficacement contre lesdites associations"³⁷⁴. Quindi per la Corte e.d.u l'esigenza di contrastare la criminalità organizzata è proporzionata all'afflittività della misura scelta dal legislatore italiano.

La questione si prospetta particolarmente aperta e ciò lo dimostra il fatto che l'autrice che poco fa si è citata a sostegno della proporzionalità – seppur *in senso lato* – della confisca di prevenzione, ha mostrato in uno scritto successivo dei dubbi sull'opportunità della radicale separazione tra le due misure proprio "in termini di conformità del sistema delle misure di prevenzione patrimoniali con i principi della presunzione d'innocenza e di proporzione, nonché con la garanzia costituzionale del diritto di proprietà e di libertà d'iniziativa economica"³⁷⁵.

³⁷⁴ Corte EDU, *Prisco c. Italia*, decis., cit., par. 1.

³⁷⁵ MAUGERI A.M., *Dalla riforma*, cit., p. 454. Tale autrice alla pagina successiva scrive: "La possibilità, infatti, di applicare le misure di prevenzione patrimoniale laddove gli indizi di appartenenza ad un'organizzazione criminale o di consumazione di altri crimini siano talmente risalenti da non comportare più una valutazione di pericolosità sociale [...] preoccupa laddove si finirà per consentire alle autorità competenti di applicare le misure patrimoniali in una sorta di vera e propria *actio in rem*, in presenza dei meri requisiti indiziari relativi al patrimonio; l'accertamento della pericolosità sociale e del suo carattere attuale, perlomeno nelle ipotesi di pericolosità qualificata, assumeva un evidente carattere limitativo dell'ambito di applicazione delle misure patrimoniali e comunque contribuiva a fondare la presunzione d'illecita accumulazione in capo al proposto". E ancora, a p. 457: "E allora la persecuzione del patrimonio *in rem* dovrebbe essere consentita solo in delle ipotesi limitate, ben tipizzate, per inseguire i patrimoni illegali anche se per ragioni sostanziali o

Tuttavia, il fatto che la confisca di prevenzione sia stata giudicata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo una risposta adeguata e proporzionata all'allarme destato dalle organizzazioni criminali, ci offre lo spunto per concludere il nostro *excursus* sulla confisca di prevenzione. Ammettiamo che essa sia proporzionata di fronte a una fenomenologia criminale, quale quella di stampo mafioso, particolarmente pervicace e produttiva dal punto di vista economico.

Non dimentichiamoci però, che nonostante la misura di prevenzione patrimoniale nasca come strumento di contrasto alla criminalità organizzata, essa si applica oggi ad altri fenomeni di criminalità. Tra di essi ve ne sono altri di gravi, ma vi è anche la c.d. *pericolosità generica*. Sussiste nei confronti di queste forme di criminalità (posto che in riferimento *a chi sia dedito a traffici delittuosi, a chi viva dei proventi di attività criminose*, etc. si possano individuare davvero delle specifiche forme di criminalità che destino allarme sociale) una particolare esigenza di repressione, che giustifichi l'ablazione di tutto il patrimonio di chi rientri in una di queste categorie di soggetti socialmente pericolosi? Evidentemente no, se si tiene conto che quest'esigenza trova la sua giustificazione proprio nei confronti della criminalità organizzata, che accumula facilmente ingenti capitali e li destina al riutilizzo per fortificare l'organizzazione e infiltrarsi nell'economia lecita³⁷⁶.

Questa forma di confisca appare pertanto ingiustificata di fronte alla pericolosità generica, e il sacrificio del diritto di proprietà del tutto sproporzionato a favore dell'esigenza che lo sorregge. Si consideri in particolare la categoria di coloro che per la loro condotta o il tenore di vita si ritenga vivano dei proventi di attività delittuose: da quale elemento si potrà trarre questa presunzione? Ovviamente dal fatto che questi soggetti abbiano un tenore di vita più alto, quindi possiedano più beni, di quello che potrebbero permettersi sulla base del loro reddito dichiarato o della loro attività economica. La confisca di prevenzione in questo caso è un cane

procedurali il reo non può essere perseguito, oppure nel senso che, al fine di evitare facili elusioni della disciplina in materia, sia possibile inseguire il patrimonio di provenienza criminale presso i terzi, purché questi non abbiano fornito una controprestazione e siano in mala fede, salvo il rispetto del principio di proporzione. Dovrebbe essere consentito, inoltre, solo attraverso dei procedimenti giurisdizionalizzati che garantiscano pienamente i diritti della difesa".

³⁷⁶ Giudica incoerente l'estensione della confisca di prevenzione alla pericolosità generica MAUGERI A.M., *Dalla riforma*, cit., p. 458; ID., *La riforma*, cit., p. 15.

che si morde la coda: il solo fatto di avere un patrimonio sproporzionato, quindi, è il presupposto della confisca del patrimonio stesso.

L'estensione della confisca a queste categorie di soggetti (art. 1 cod. mis. prev. cui rinvia l'art. 4 co. 1 lett. c) appare quindi del tutto *illogica* e non sorretta da adeguate esigenze di prevenzione, e pertanto radicalmente *sproporzionata* (il contrasto più diretto si rinviene con il diritto di proprietà tutelato nell'art. 1 Prot.1 CEDU).

In conclusione, di fronte a forme di criminalità tanto gravi quali quella di stampo mafioso (o il terrorismo internazionale, o le organizzazioni dedite al traffico di esseri umani) la confisca dell'intero patrimonio di chi sia stato *condannato* per un reato ricollegabile eziologicamente a tali forme di criminalità può apparire una misura necessaria e adeguata al fine perseguito, tenuto conto del potenziale economico di tali organizzazioni. Probabilmente il legislatore avrebbe potuto (e potrebbe in futuro) strutturare meglio la fattispecie, cercando di legare l'ablazione generale alla prolungata attività criminosa piuttosto che al singolo episodio criminale. Maggiori dubbi sussistono in relazione alla confisca di *prevenzione*, che si uniscono ai dubbi di legittimità costituzionale che già sussistono sulle misure *ante delictum* in generale; soprattutto non si coglie alcuna diversità nelle esigenze che sorreggono questa e la confisca *post delictum*, dal momento che entrambe mirano a contrastare l'illecita accumulazione e destinazione d'ingenti patrimoni. L'unica ragione sembra essere quella di anticipare la tutela e servirsi del minor rigore probatorio per provare gli "indizi di". Il discorso si sposta allora sul collegamento tra la confisca *ante delictum* e la qualifica soggettiva d'indiziato, all'ombra di una possibile violazione della presunzione d'innocenza; se ne tratterà a breve. Dove la confisca allargata (definitiva e di prevenzione) si dimostra sicuramente sproporzionata invece, è nei confronti dei delitti dei pubblici ufficiali contro la p.a e nei confronti della pericolosità generica: non pare si tratti di fenomeni criminali dotati di una produttività occulta di ricchezza illecita tale da rendere necessaria e adeguata allo scopo un'ablazione dal sapore tanto medievale – e che quindi, per la sua meta-individualità, necessita di giustificazioni molto serie di politica criminale – come la confisca dei beni.

7. La presunzione d'innocenza (art. 27 co. 2 Cost., art. 6 § 2 CEDU)

La presunzione d'innocenza dell'imputato contiene essenzialmente due regole³⁷⁷: una *regola di trattamento* dell'imputato, che va trattato "come se fosse innocente, finché una condanna definitiva non abbia provato il contrario"³⁷⁸; una *regola di giudizio*, legata alle modalità probatorie, per la quale è escluso "che l'imputato debba dimostrare la propria innocenza, essendo l'organo dell'accusa tenuto a fornire la piena prova della colpevolezza"³⁷⁹.

E' stato considerato un principio *politico*³⁸⁰, espressione di una precisa filosofia politica e processuale fondata su una concezione di stampo liberale–democratico dell'amministrazione della giustizia tipica dello Stato di diritto, inteso come "ordinamento in cui il potere pubblico, e specificamente quello penale è rigidamente limitato e vincolato dalla legge sotto il profilo sostanziale e sotto quello processuale"³⁸¹. E' stato giustamente osservato inoltre che la presunzione d'innocenza è strettamente legata al principio di *colpevolezza* (oltreché al principio di legalità): se la punizione ha un senso solo se cade su comportamenti colpevoli, che manifestano un disinteresse del soggetto per i valori riconosciuti dalla società, tale colpevolezza deve essere anche giudizialmente *accertata*, perché presumerla equivale a non considerarla necessaria³⁸².

Ci occuperemo anzitutto della regola di trattamento, per poi passare alla regola di giudizio.

³⁷⁷ D'AMICO M., *Sub art. 27 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., Torino, 2006; DOMINIONI O., *Sub art. 27 comma 2*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., PIZZORUSSO E., Bologna, 1991, p. 163; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 776; PAULESU P.P., *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. penal.*, Torino, 1995, p. 674.

³⁷⁸ ILLUMINATI G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979, p. 29.

³⁷⁹ *Ibidem*, p. 30.

³⁸⁰ BELLAVISTA G., *Considerazioni sulla presunzione d'innocenza*, in *Il Tommaso Natale*, 1973, p. 66; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 776.

³⁸¹ FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, prefazione di BOBBIO N., Bari, 2009, p. 81.

³⁸² V. MAUGERI A.M., *op. loc. cit.*, p. 784.

7.1. Nulla poena sine iudicio ovvero non c'è confisca senza condanna (definitiva?)

Fu molto discussa all'indomani dell'entrata in vigore della Costituzione la formulazione negativa dell'art. 27 co. 2 Cost.: "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva". Parte della dottrina – soprattutto quella meno recente – sostenne che la Costituzione non avrebbe imposto di considerare l'imputato *innocente* sino alla condanna irrevocabile, ma semplicemente avrebbe imposto di considerarlo *non colpevole*, collocandolo in una posizione neutra rispetto al processo³⁸³. Questa posizione di *neutralità* – che è stata fatta propria anche dalla Corte costituzionale³⁸⁴ – comporterebbe margini di libertà più ampi per quanto riguarda il trattamento riservabile all'imputato in attesa che tale neutralità venga sciolta in senso a lui favorevole, con l'assoluzione, o sfavorevole, con la condanna.

Altra parte della dottrina – più recente e con cui qui si conviene – ritiene un non senso linguistico quest'interpretazione della formula negativa³⁸⁵: "*qui negat de uno, dicit de altero*. Quando non si è presunti colpevoli, si è presunti innocenti. *Tertium non datur*"³⁸⁶. Quindi, presunzione d'innocenza equivale a non presunzione di colpevolezza, dal momento che tra le due espressioni non sarebbe rinvenibile alcuna differenza di contenuto alla quale ricondurre la formula negativa adottata dal costituente³⁸⁷.

La presunzione d'innocenza dell'imputato comporta – come regola di trattamento – che "soltanto a seguito di una pronuncia giudiziale di condanna il cittadino può essere sottoposto a sanzione penale"³⁸⁸: ciò ha delle conseguenze importanti sull'ammissibilità di provvedimenti coercitivi della libertà personale

³⁸³ *Ex multis* MANZINI V., *Trattato*, cit., vol. I, p. 202.

³⁸⁴ C. Cost., sent. 124/1972.

³⁸⁵ Che, secondo la dottrina favorevole all'equivalenza tra presunzione d'innocenza e presunzione di non colpevolezza, sarebbe solamente frutto di una certa prudenza linguistica del costituente. Secondo DOMINIONI O., *Sub art 27*, cit., p. 196, invece, "il Costituente, insomma, non mirava a immettere nell'ordinamento una garanzia attenuata; manifestava, al contrario, la consapevolezza di quanto profondamente dovessero mutare, su quella spinta, i rapporti fra potere punitivo e individuo nel sistema processuale penale".

³⁸⁶ BELLAVISTA G., *Considerazioni*, cit., p. 66. Nello stesso senso v. anche ILLUMINATI G., *La presunzione*, cit., p. 23; MAUGERI A.M., *Le moderne sanzioni*, cit., p. 781.

³⁸⁷ PAULESU P.P., *Presunzione*, cit., p. 673, il quale considera la formulazione dell'art. 27 co. 2 Cost. una "litote, figura retorica che consiste, per l'appunto, nell'attenuare formalmente un'espressione negando l'idea contraria, ma col risultato di rinforzarla nella sostanza".

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 77.

dell'imputato nelle more del giudizio³⁸⁹; sulla scadenza temporale della presunzione d'innocenza, che termina per la Costituzione con la condanna definitiva, e quindi sulla possibilità di dare esecuzione immediata agli accertamenti di responsabilità penale conclusivi di un grado di giudizio per i quali non siano ancora scaduti i termini per l'impugnazione³⁹⁰.

Il primo aspetto non interessa propriamente il presente lavoro³⁹¹; il secondo tocca invece precipuamente la confisca e nella Costituzione si colora di un'accezione particolare. La Carta costituzionale, infatti, prevede un *dies ad quem* in cui la presunzione d'innocenza scade: essa vale fino a che la condanna dell'imputato non sia definitiva, quindi fino a che avverso la pronuncia giudiziale non siano possibili impugnazioni diverse dalla revisione (art. 648 c.p.p.), sia perché esse sono state esperite infruttuosamente per l'imputato sia perché sono scaduti i termini per l'esperimento. "Ne deriva che, se non si vuole considerare come già colpevole il cittadino condannato con sentenza irrevocabile, occorre non dare esecuzione alle condanne ancora impugnabili o impugunate in via ordinaria"³⁹², che è ciò che oggi prevede l'art. 650 c.p.p.

Ora, poiché il momento finale della valenza della presunzione di non colpevolezza è l'irrevocabilità della condanna, la confisca, da noi considerata *sanzione penale*, come ogni altra sanzione penale non potrebbe trovare esecuzione finché la sentenza che la contiene non sia divenuta irrevocabile.

Se si accoglie la tesi qui sostenuta sulla natura sanzionatoria delle ipotesi di confisca presenti nel nostro ordinamento, il principio sembrerebbe pacifico alla luce del dettato costituzionale, ma se si considera la Convenzione europea la situazione si complica.

³⁸⁹ Sul punto v. in particolare DOMINIONI O., *Sub art. 27*, cit., pp. 196 e ss; ILLUMINATI G., *La presunzione*, cit., pp. 31 e ss.; PAULESU P.P., *Presunzione*, cit., pp. 677 e ss.

³⁹⁰ Sul punto v. in particolare FERRUA P., *Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna penale*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, pp. 119 e ss.

³⁹¹ L'affermazione è vera solo in parte, dal momento che anche nelle more del processo possono essere disposte delle cautele patrimoniali, ossia il sequestro prodromico alla successiva confisca, quindi anche le limitazioni dei diritti (nel caso, il diritto di proprietà) nelle more del giudizio tocca indirettamente la confisca. Poiché però l'oggetto del presente lavoro non il sequestro ma il suo *alter ego* definitivo, qui non se ne tratta. Sul punto si veda ILLUMINATI G., *La presunzione*, cit., pp. 60 e ss.

³⁹² PAULESU P., *Presunzione*, cit., p. 676, il quale sostiene che così si sarebbe *costituzionalizzato* l'effetto sospensivo delle impugnazioni.

L'art. 6 § 2 CEDU – anch'esso applicabile alle sanzioni penali – prevede: "Everyone charged with a criminal offence is presumed innocent until proved guilty according by law". Anche la Convenzione europea quindi include tra i diritti fondamentali dell'individuo quello di essere presunto innocente fino a che la sua colpevolezza non sia dimostrata in giudizio. Il significato *sostanziale* delle due disposizioni è assai prossimo: legare la data di scadenza della presunzione d'innocenza alla condanna come fa la Costituzione equivale a chiedere che la colpevolezza sia accertata per sottoporre l'imputato a sanzione penale, che è ciò che afferma la Convenzione. Quindi, anche alla luce dell'art. 6 § 2 CEDU "l'accertamento pieno della responsabilità dell'imputato per il reato commesso dovrà considerarsi quale imprescindibile presupposto per la confisca penale"³⁹³.

La Convenzione però tace sul termine da cui la presunzione d'innocenza può dirsi ribaltata, e quindi da cui la condanna che contenga (anche) la confisca può trovare esecuzione³⁹⁴; non bisogna pertanto "dare per scontata una preclusione assoluta a qualsiasi parificazione [...] del condannato in primo grado al condannato definitivo"³⁹⁵ per quanto riguarda la regola di trattamento; e quindi alla luce dell'art. 6 § 2 CEDU il condannato potrebbe essere sottoposto alla sanzione penale irrogata in primo grado, se l'accertamento della sua responsabilità è effettivo, ferma restando però la regola di giudizio anche nei gradi successivi. In verità la questione è stata affrontata dalla Corte europea sotto la lente dell'art. 5 § 1 che riguarda propriamente le restrizioni alla libertà personale e che richiede per tali restrizioni – tra gli altri requisiti – la condanna da parte di un Tribunale competente; nella sentenza *Wemhoff* la Corte ha dichiarato che già le condanne in primo grado, quale che sia il relativo regime d'impugnazione, assolvono a tale requisito³⁹⁶.

E' vero, la sentenza riguarda una disposizione diversa dall'art. 6 § 2 CEDU, non applicabile *ratione materiae* alla confisca, che è provvedimento che incide sul

³⁹³ PANZARASA M., *Confisca senza condanna?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1701.

³⁹⁴ Sostiene AMODIO E., *La tutela della libertà personale dell'imputato nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1967, p. 868, che la mancata precisazione di un limite processuale estremo che segni il venir meno della presunzione d'innocenza sarebbe dovuta all'estraneità del tema della pluralità dei gradi di giudizio nei sistemi di *common law*.

³⁹⁵ CHIAVARIO M., *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1091.

³⁹⁶ Corte EDU, *Wemhoff c. Germania*, sent. 27 giugno 1968, par. 9.

diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU); ed è anche vero che la Corte europea è un giudice del caso concreto, e che quindi i principi contenuti nelle sue sentenze non hanno automaticamente valenza di *principi generali* (anche se, seguendo quest'impostazione, i diritti fondamentali contenuti nella Convenzione europea assumerebbero un significato assai scarso, dal momento che è la Corte e.d.u. ad averne specificato il contenuto; e inoltre quest'impostazione non può essere seguita alla luce anche delle sentenze "gemelle" della Corte costituzionale, dove si è riconosciuta la necessità di legare le disposizioni convenzionali alla lettura offertane a Strasburgo). Tuttavia, il principio per cui la condanna anche di primo grado è sufficiente a sorreggere una restrizione del diritto di proprietà, in altre parole la possibilità – ai sensi dell'art. 6 § 2 CEDU – di dare esecuzione con una sentenza di condanna non definitiva anche alla confisca, può – a giudizio di chi scrive – ritenersi sussistente nel sistema della Convenzione, per due ragioni:

- a. anzitutto, lo stesso art. 6 § 2 CEDU tace sul punto, quindi si può dire che la Convenzione non individua un limite temporale per la presunzione d'innocenza;
- b. quindi, se la Corte e.d.u. ha ammesso che le limitazioni alla libertà personale possano essere giustificate anche da un provvedimento giudiziale di primo grado, *a fortiori* e nel silenzio dell'art. 6 (che è la disposizione applicabile al diritto di proprietà) questo può valere per il diritto di proprietà, che nell'architettura della Convenzione e nella giurisprudenza della Corte è un diritto violabile, *rectius* che tollera maggiori restrizioni rispetto a quelle tollerabili dalla libertà personale.

Alla luce di queste considerazioni, Costituzione e Convenzione sembrano porre due regole diverse: per l'art. 27 co. 2 Cost. la confisca potrà trovare concreta esecuzione solo quando la sentenza che la statuisce sia divenuta definitiva; per l'art. 6 § 2, incentrato sull'accertamento di colpevolezza e non sull'irrevocabilità di questo, la confisca potrà trovare esecuzione anche dopo la sentenza di primo grado. Anzi, probabilmente per la Convenzione potrebbe essere disposta anche quando non si giunga alla sentenza di condanna ad esempio per una causa estintiva del reato (prescrizione, amnistia impropria) o per una causa d'improcedibilità (rimessione della querela), ma la colpevolezza sia stata accertata in giudizio.

Vi sono infatti due sentenze della Corte e.d.u. dalle quali sembra possibile trarre queste principio.

La prima è la sentenza *Geerings c. Olanda*; il ricorrente all'esito del procedimento penale che lo vedeva come imputato di furto con scasso, ricettazione e associazione a delinquere era stato assolto³⁹⁷. Nonostante il proscioglimento, era stata successivamente disposta – a seguito di un'apposita procedura prevista nella legislazione olandese – la confisca dei proventi che il giudice aveva ritenuto il ricorrente avesse tratto dagli illeciti. La Corte di Strasburgo ha ritenuto che ciò costituisse una violazione della presunzione d'innocenza per un duplice ordine di ragioni: da un lato perché se non è accertato oltre ogni ragionevole dubbio che l'interessato ha commesso il reato, non si può affermare che egli ne ha tratto comunque profitto, e procedere a confisca (la cui natura penale non era in discussione), altrimenti ci si baserebbe su una presunzione di colpevolezza³⁹⁸; dall'altro perché se per giurisprudenza tradizionale della Corte europea, dopo la sentenza di assoluzione l'organo giudiziale non può manifestare neanche un sospetto sulla colpevolezza del proscioltto, va ben oltre il sospetto applicare una pena a chi è stato assolto³⁹⁹.

In questa prima sentenza la Corte e.d.u. non configura "un rapporto di necessaria presupposizione tra la confisca e l'affermazione della responsabilità penale del soggetto, né un'assoluta incompatibilità tra la misura patrimoniale e il proscioglimento dell'interessato"⁴⁰⁰, ma sembra più che altro stigmatizzare la superficialità del procedimento giurisdizionale svoltosi presso il giudice olandese, che aveva disposto la confisca basandosi semplicemente sul sospetto di commissione del reato, e quindi giudica in contrasto con la presunzione d'innocenza il fatto che il reo non fosse *proved guilty according by law*.

³⁹⁷ Corte EDU, *Geerings c. Olanda*, sent. 1 marzo 2007, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3929.

³⁹⁸ Corte EDU, *Geerings*, cit., par. 47.

³⁹⁹ *Ibidem*, par. 48. Il principio tradizionalmente espresso dalla Corte europea è quello per cui l'organo giudicante non può dar voce a considerazioni sulla colpevolezza dell'imputato né prima della decisione (Corte EDU, *Minelli c. Svizzera*, sent. 25 marzo 1983) né dopo l'assoluzione (Corte EDU, *Sekanina c. Svizzera*, sent. 25 agosto 1993), dal momento che altrimenti violerebbe l'art. 6 § 2 CEDU.

⁴⁰⁰ BALSAMO A., *Il rapporto tra forme "moderne" di confisca e la presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3931.

Ancor più interessante la sentenza *Paraponiaris c. Grecia*⁴⁰¹. In questo caso il ricorrente era stato assolto dal reato di contrabbando di cui era imputato per decorrenza dei termini di prescrizione; tuttavia con la sentenza di proscioglimento si era visto infliggere una forma di confisca per equivalente, perché, secondo il giudice greco, l'imputato risultava aver oggettivamente commesso il fatto. La Corte di Strasburgo ritenne violate le garanzie del *fair trial*, dal momento che la confisca era stata disposta al termine dell'udienza preliminare, e la legislazione greca non prevedeva che tale fase processuale potesse terminare con l'irrogazione di una sanzione; quindi erano state violate le garanzie del giusto processo perché all'imputato non era stato dato modo di difendersi. E ritenne violata anche la presunzione d'innocenza, perché una volta pronunciata l'assoluzione dell'imputato, non sono più possibili pronunciamenti giudiziari che riflettano la convinzione che l'imputato sia in realtà colpevole⁴⁰².

Anche qui, la Corte non salda la confisca a un provvedimento *formale*, ma richiede che questa, in quanto sanzione penale, sia legata a un provvedimento nel quale venga accertata la colpevolezza dell'imputato. Probabilmente, se la prescrizione fosse intervenuta in un momento del processo in cui il giudice aveva accertato la colpevolezza dell'imputato, la Corte europea non avrebbe riscontrato una violazione della presunzione d'innocenza. Insomma, quello che la Corte sembra sindacare in questa pronuncia non è l'*assenza di una condanna* nella quale la colpevolezza sia accertata, ma la possibilità di disporre la confisca solo se sia provata l'*oggettiva commissione del fatto*, prescindendo dall'accertamento dell'elemento soggettivo.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, in conclusione, non sembra richiedere che la sanzione penale sia contenuta in una sentenza formale di condanna, ma in un pieno accertamento di colpevolezza.

Quale delle due regole seguire per l'applicazione della confisca, quella della Costituzione, che richiede una sentenza di condanna definitiva, o quella della Convenzione, per la quale è bastevole l'accertamento di colpevolezza nella sostanza? La questione non è di poco conto, se si considera che i rapporti tra confisca e

⁴⁰¹ Corte EDU, *Paraponiaris c. Grecia*, sent. 6 aprile 2009.

⁴⁰² *Ibidem*, par. 28 e ss.

sentenza di condanna sono piuttosto controversi nel nostro ordinamento; bisogna dar conto di queste problematiche, sulle quali l'alternativa tra soluzione nazionale o internazionale può incidere direttamente.

Il codice è piuttosto chiaro nell'ancorare la confisca alla sentenza di condanna e questo è – a giudizio di chi scrive – uno di quegli elementi che confermano la natura di sanzione penale della confisca già nell'impianto del codice Rocco, rispetto alle altre misure di sicurezza che invece – in quanto (si vorrebbero) preventive – possono essere disposte anche in caso di proscioglimento. L'art. 240 c.p. include la sentenza di condanna tra i presupposti dell'ablazione, a eccezione delle cose intrinsecamente criminose, rispetto alle quali la confisca recupera appieno la sua finalità *preventiva* e che possono essere pertanto tolte al loro proprietario anche in caso di proscioglimento proprio perché così non s'intende tanto punire il fatto commesso quanto piuttosto prevenirne uno futuro⁴⁰³. Quindi, non solo la classificazione della confisca come sanzione penale, ma anche la disciplina codistica della confisca come (pseudo) misura di sicurezza, impongono che senza sentenza di condanna (definitiva) la confisca non possa trovare applicazione. Tuttavia, l'utilizzo dell'avverbio "sempre" e il combinato disposto degli artt. 236 e 210 c.p. hanno portato parte di dottrina e giurisprudenza⁴⁰⁴, per supposte ragioni di giustizia sostanziale, ad adottare un'interpretazione diversa⁴⁰⁵.

Il primo argomento ha portato alcuni autori a ritenere che si potesse prescindere dalla condanna anche per il prezzo del reato⁴⁰⁶, obliando però che nell'art. 240 c.p. l'avverbio "sempre" è da leggere in contrapposizione con il verbo "può", e distingue le cose la cui confisca è obbligatoria da quelle la cui confisca è rimessa alla discrezionalità del giudice.

Il secondo argomento ha portato altri a sostenere che poiché il legislatore estende gli effetti dell'estinzione del reato alle misure di sicurezza (art. 210 c.p.)

⁴⁰³ Questa è la posizione della dottrina maggioritaria ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 19; BERNIERI G., *Alcuni cenni*, cit., p. 521; GATTA G., *Sub art. 240*, cit., p. 1421; MARINUCCI G.–DOLCINI E., *Manuale*, cit., p. 599. Per una posizione espressa recentemente v. PANZARASA M., *Confisca*, cit., pp. 1674 e ss.

⁴⁰⁴ Per la giurisprudenza, v. Cass. pen., sez. III, 23 settembre 1985 (dep. 15 ottobre), n. 1454, Basile, in *Giust. pen.*, 1986, p. 734.

⁴⁰⁵ Le questioni sono state trattate *supra* cap. I, parr. 1.3.1 e 1.3.2, dove è possibile reperire indicazioni bibliografiche più ampie.

⁴⁰⁶ DE MARSICO A., *Commento*, cit., p. 966; MANZINI V., *Trattato*, cit., p. 391

tranne che alla confisca (art. 236 c.p.), l'estinzione del reato – in particolare prescrizione e amnistia – non precluderebbe l'ablazione delle cose obbligatoriamente confiscabili qualora il reato venga "oggettivamente" accertato⁴⁰⁷, dimenticandosi in questo caso che l'espressione "anche se non è stata pronunciata condanna" il codice la riserva in modo netto solo alle cose intrinsecamente criminose.

Della questione si sono dovute occupare più volte le Sezioni unite⁴⁰⁸, sostanzialmente riconfermando quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, e cioè che l'obbligatorietà della confisca è cosa distinta dal presupposto della sentenza di condanna, che è escluso – anche se il proscioglimento sia dovuto a prescrizione – solo per le cose assolutamente pericolose, anche se nella loro ultima pronuncia hanno invitato il legislatore a scindere il legame tra condanna e confisca anche in altre ipotesi in cui appaia ingiusto che il reo, non punibile per qualsiasi causa, continui a godere delle cose ottenute dal reato.

La saldatura che il codice pone tra confisca e sentenza di condanna ha perso col tempo attrattività nei confronti delle ipotesi di confisca *extra codicem*. Nei confronti di alcune di esse la questione si fa ancora più calda e la trattazione si rende ancor più necessaria, se non altro perché la perdita di vitalità della confisca codicistica deve portare un lavoro che voglia rimanere centrato sulle tensioni che *attualmente* sussistono tra la confisca e i diritti fondamentali a dar conto soprattutto delle ipotesi che *nella pratica* sono di più frequente applicazione. Vi sono due ipotesi di confisca rispetto alle quali la giurisprudenza sfugge al presupposto della condanna per la loro applicazione, e di esse si è già trattato in relazione ad altri elementi dello statuto garantista delle pene.

La prima⁴⁰⁹ è la confisca per il reato di contrabbando oggi prevista dall'art. 301 d.P.R. 43/1973. Parte della dottrina⁴¹⁰, ma soprattutto una giurisprudenza unanime⁴¹¹, ritengono che la confisca prevista da questa disposizione prescinda dalla

⁴⁰⁷ FROSALI R.A., *Sistema*, cit., p. 582; GUARNERI G., *La confisca*, cit.

⁴⁰⁸ Cass. pen., SS. UU., 25 marzo 1993, n. 5, Carlea, in *Giur. it.*, 1994, II, p. 574; Cass. pen., SS. UU., 15 ottobre 2008, n. 38834, De Maio, in *Cass. pen.*, 2009, p. 1392

⁴⁰⁹ In base all'ordine di esposizione del capitolo I e anche cronologicamente.

⁴¹⁰ VINCIGUERRA S., *I delitti doganali*, cit., p. 382; PRONTERA S., *Sub art. 301*, cit., p. 812.

⁴¹¹ Recentemente v. Cass. pen. sez. I, (ud. 24-09-2008) 07-10-2008, n. 38174, dove la confisca è stata disposta nonostante l'intervenuta prescrizione; Cass. pen. sez. III, (ud. 04-06-2009) 13-07-2009, n. 28508, dove la confisca è stata disposta nonostante la carenza dell'elemento soggettivo del

sentenza di condanna, e in particolare possa essere applicata in caso di proscioglimento perché il fatto non costituisce reato. L'orientamento viene motivato con l'utilizzo nell'art 301 dell'avverbio "sempre" e con l'utilizzo dell'espressione "nei casi di contrabbando", che richiederebbe per applicare la confisca solo l'accertamento del fatto materiale di contrabbando, indipendentemente dal fatto che il processo si sia concluso con una condanna per qualsivoglia ragione, di merito o processuale.

La seconda è la confisca disposta per il reato di lottizzazione abusiva ai sensi dell'art. 44 d.P.R. 380/2001. La disposizione collega l'ablazione alla sentenza definitiva che accerta che vi è stata lottizzazione abusiva. Quest'espressione ha portato parte della dottrina⁴¹² ma soprattutto la giurisprudenza⁴¹³ a ritenere applicabile la confisca delle costruzioni abusivamente realizzate e dei terreni abusivamente lottizzati quando l'oggettiva lottizzazione sia accertata anche se l'imputato sia prosciolti perché il fatto non costituisce reato o perché il reato sia prescritto.

Torniamo all'alternativa art. 6 § 2 CEDU o art. 27 co. 2 Cost. e facciamo alcune precisazioni. Anzitutto, in base al principio di colpevolezza la confisca non può essere disposta se manca l'elemento soggettivo del reato e l'imputato è prosciolti; in questo caso, più che di presupposto della sentenza di condanna, si tratta di accertamento della colpevolezza, e se ne è già trattato. Quindi, l'impossibilità di disporre la confisca per il contrabbando o la lottizzazione abusiva se l'imputato sia prosciolti per difetto dell'elemento soggettivo, è da affermare sia alla luce dell'art. 6 CEDU che alla luce dell'art. 27 CEDU.

Ben diversa è la questione della prescrizione; immaginiamo che essa intervenga in ultimo grado, dopo due gradi di giudizio nei quali il reato è stato

reato; Cass. pen. Sez. III, sent., (ud. 26-05-2010) 07-07-2010, n. 25887 dove la confisca è stata applicata nonostante l'intervenuta prescrizione.

⁴¹² VINCIGUERRA S., *Appunti*, cit., p. 1913.

⁴¹³ Cass. pen., sez. III, 7 luglio 2004 (dep. 4 ottobre) n. 38730, Vittorioso, in *Giur. it.*, 2005, p. 1911, dove la confisca è stata disposta nonostante la mancanza dell'elemento soggettivo del reato; Cass. pen., sez. III, 21 gennaio 2010, n. 9446 nella quale la confisca è stata disposta nonostante fosse intervenuta la prescrizione, perché il giudice ha ritenuto che la *materialità* della lottizzazione abusiva fosse comunque stata accertata; Cass. pen., sez. III, 2 febbraio 2011, n. 6267.

pienamente accertato. La confisca per il contrabbando e per la lottizzazione abusiva (ma non solo) possono resistere alla prescrizione?

Se si seguisse la Convenzione europea sì, dal momento che nelle fasi precedenti potrebbe esservi pienamente stato l'accertamento della colpevole commissione del reato, e quindi applicare la confisca in quanto sanzione penale a una colpevolezza giudizialmente accertata è il contrario di presumerla che è ciò che l'art. 6 § 2 CEDU vieta. In base alla Costituzione però questo non sarebbe possibile, dal momento che la confisca in quanto sanzione penale non può trovare applicazione prima della condanna definitiva, e se questa manca per qualsivoglia causa, mancherà anche la confisca.

Quale delle due disposizioni seguire? Quando tra le disposizioni della Costituzione e quelle della Convenzione esiste una differenza di contenuto che si traduce in una differenza di garanzie per l'individuo, sia per il nostro ordinamento – come ha specificato la sentenza 317/2009 della Corte costituzionale – che per l'ordinamento convenzionale – art. 53 CEDU – si osserva la disposizione che prevede un *plus* di tutela per l'individuo. Bisogna chiedersi allora se l'imputato sia più garantito dall'esser presunto innocente, e quindi dal non poter subire sanzioni penali, fino alla condanna definitiva (art. 27 co. 2 Cost.) o fino a che la sua colpevolezza non sia accertata, anche in primo grado (art. 6 § 2 CEDU). La risposta pare ovvia, dal momento che l'imputato è più garantito di fronte ad eventuali valutazioni errate del potere giudiziario se la sanzione penale gli è applicata solo quando il provvedimento di condanna è definitivo perché ha già passato i diversi gradi di giudizio o perché il reo non ha ritenuto opportuno impugnarlo, piuttosto che se la confisca gli viene applicata già in base all'accertamento di responsabilità effettuato *in prime cure*, che egli abbia impugnato perché lo ritenga ingiusto e che cada poi per effetto della prescrizione⁴¹⁴.

Torniamo al codice; è vero che il combinato disposto degli artt. 210 e 236 c.p. fa salva la confisca dalla tagliola della prescrizione, ma esso non può essere letto che

⁴¹⁴ Cfr. PAULESU P.P., *Presunzione*, il quale afferma a p. 677 che "limitare l'area operativa della presunzione di non colpevolezza alla sentenza di primo grado, sia pur nel lodevole intento di porre un argine alla cronica lentezza dei processi penali, significa, nei fatti, introdurre una sorta di presunzione di verità, di esattezza e compiutezza del giudizio di prima istanza, svilendo il senso del controllo realizzabile in sede d'impugnazione".

a conferma della previsione contenuta nell'art. 240 co. 2 n. 2 c.p. relativo alle cose intrinsecamente criminosi. Quindi, nei casi di contrabbando e di lottizzazione abusiva, l'unica soluzione per applicare la confisca indipendentemente dalla condanna sarebbe considerare le cose oggetto di contrabbando o i terreni abusivamente lottizzati nella categoria delle *res* la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione, alienazione costituisce inderogabilmente o relativamente reato.

I terreni abusivamente lottizzati o le costruzioni abusive rientrano nella categoria delle cose solo relativamente vietate, poiché è proprio la mancanza dell'autorizzazione della p.a. a renderle illecite, e pertanto – ai sensi dell'art. 240 co. 2 n. 2 c.p. – si può prescindere dalla condanna per procedere alla loro ablazione.

Le cose oggetto di contrabbando o il mezzo di trasporto adattato allo stivaggio fraudolento potrebbero essere considerate intrinsecamente criminosi. L'art. 301 però tace sul punto e fa esplicito riferimento all'art. 240 c.p. per altri fini (la tutela del terzo); poiché però tra l'art. 240 c.p. e le ipotesi speciali di confisca (tra cui l'art. 301 d.P.R. 43/1973) la dottrina individua un rapporto di regola a eccezione⁴¹⁵, si può concludere che per quanto non espressamente derogato si segue la regola generale e diviene allora necessario verificare se all'interno delle cose *inderogabilmente criminosi* sia possibile sussumere tali beni. La risposta è sicuramente affermativa per i mezzi di trasporto, dal momento che si tratta di beni modificati "in difformità dalle caratteristiche costruttive omologate o che siano impiegati in violazione alle norme concernenti la circolazione o la navigazione e la sicurezza in mare" (art. 301 co. 2 che afferma che tali mezzi "sono in ogni caso soggetti a confisca"); diversamente per le cose oggetto di contrabbando (ad es., una partita di capi d'abbigliamento firmati non contraffatti), dal momento che la loro illiceità non è intrinseca ma deriva dal coinvolgimento nel reato, e ciò è testimoniato dal fatto che se appartengono a terzi in buona fede non possono essere confiscati (mentre, se i capi d'abbigliamento fossero contraffatti sarebbero confiscabili in quanto la loro fabbricazione costituisce reato): pertanto la loro confisca non può prescindere dalla condanna per il reato.

⁴¹⁵ *Ex multis*, GATTA G., *Sub art. 240*, cit., p. 1423.

Bisognerà comunque verificare per le cose relativamente criminose (i terreni oggetto di lottizzazione abusiva) in quale momento del procedimento penale interviene la causa estintiva (sia essa l'amnistia impropria o la prescrizione): difatti esse sono criminose perché la loro fabbricazione, porto, uso etc. costituisce reato, quindi per poterle confiscare è necessario che sia accertata la commissione di un reato, nel caso la lottizzazione abusiva, mentre per le cose assolutamente criminose una eventuale loro restituzione al prosciolto sarebbe la premessa per la commissione di un nuovo reato⁴¹⁶.

La questione è stata discussa in dottrina soprattutto in riferimento all'amnistia impropria⁴¹⁷, ma il discorso può essere esteso alla prescrizione e alle altre cause di estinzione del reato e di improcedibilità che sono soggette all'obbligo di dichiarazione immediata per il giudice (art. 129 c.p.p.), impedendo ogni indagine ulteriore sul fatto. Se una di queste cause interviene o è dichiarata solo in Cassazione, obbligando il giudice a pronunciarsi *ex artt.* 529 o 531 c.p.p., ma il reato e la piena responsabilità dell'imputato sono stati accertati al di là di ogni ragionevole dubbio nei due gradi precedenti, *nulla quaestio*, dal momento che vi è stato l'accertamento di colpevolezza (richiesto anche nella garanzia minima dell'art. 6 § 2 CEDU): la confisca potrà trovare applicazione. *Quid iuris* nel caso in cui la causa d'estinzione o la condizione d'improcedibilità intervengano in un momento del procedimento in cui l'accertamento del giudice non è neanche iniziato (indagini preliminari) o è in uno stadio embrionale (udienza preliminare)? L'art. 240 co. 2. n. 2 permetterebbe la confisca, ma sia l'art. 6 § 2 CEDU che l'art. 27 co. 2 Cost. non la consentono, perché in questo caso l'accertamento da parte del giudice circa la commissione di un reato è stato impedito dall'obbligo di declaratoria immediata. Quindi, se il giudice non ha potuto accertare se vi sia stata lottizzazione abusiva, non potrà dichiararla poi esistente per applicare la confisca.

In dottrina pertanto sono state individuati i provvedimenti del giudice coi quali può essere disposta la confisca, nonostante l'estinzione del reato⁴¹⁸ (ma solo delle cose contemplate dall'art. 240 co. 2 n. 2 c.p.):

⁴¹⁶ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 20.

⁴¹⁷ V. par. 1.3.2. cap. I.

⁴¹⁸ Concordi MAZZACUVA F., *Un "hard case"*, cit., p. 1550 e PANZARASA M., *Confisca*, cit., pp. 1699.

- a. non può darsi luogo a confisca con la sentenza di non luogo a procedere (art. 425 c.p.p.) o di proscioglimento prima del dibattimento (art. 469 c.p.p.), poiché manca un effettivo giudizio sul merito;
- b. può darsi luogo a confisca con la sentenza di non doversi procedere (art. 531 c.p.p.), dal momento che in dibattimento il giudice dispone di un quadro probatorio completo e il provvedimento che dispone la confisca è autonomamente impugnabile (art. 579 co. 3 c.p.p.);
- c. più complessa la situazione della sentenza di declaratoria immediata di determinate cause di non punibilità (art. 129 c.p.p.), poiché molto – come si è anticipato – dipenderà dalla fase processuale e dal grado di giudizio in cui interviene.

In conclusione la confisca, in quanto sanzione penale, potrà essere applicata solo dopo la condanna *definitiva*; questa è la soluzione *de iure condito* da adottare alla luce dell'art. 27 co. 2 Cost., poiché prevede una garanzia più ampia per il cittadino rispetto alla garanzia minima dell'accertamento di colpevolezza offerta dall'art. 6 § 2 CEDU, che non considera i gradi di giudizio e sacrificherebbe l'interesse del condannato in primo grado a ottenere il riesame della sua condanna. Dove si può prescindere dalla condanna, dal momento che lo prevede lo stesso art. 240 c.p. e poiché in tal caso la confisca ha davvero finalità preventiva, è solo nel caso delle cose intrinsecamente criminose; ma anche in questo caso, se la condanna è impedita da una causa estintiva o d'improcedibilità che arresta le indagini del giudice sul fatto, il giudice non potrà confiscare la confisca delle cose solo relativamente criminose, e questo lo impedisce lo stesso art. 6 § 2 CEDU, che richiede che una sanzione penale (e si ricordi che per la Corte e.d.u. la finalità non influisce sulla natura della misura) sia applicata se è accertata la colpevolezza dell'imputato.

7.1.2. Alcune considerazioni *de iure condendo*

Queste regole possono oggettivamente dar luogo a qualche ingiustizia sostanziale. Il legame tra confisca e condanna può infatti non consentire l'ablazione in molti casi in cui sarebbe moralmente doverosa, ma per il solo fatto che non si

giunge a sentenza grazie all'abbraccio fatale di prescrizione e lunghezza dei processi, non è possibile procedervi.

Si pensi ad esempio al delitto di corruzione per un atto contrario al dovere d'ufficio (art. 319 c.p.), sanzionato con una pena di media entità nel suo massimo – cinque anni – che si prescrive in sei anni. Si ricordi che anche per questo reato il legislatore, proprio per evitare che la tangente possa sfuggire alla confisca, ha introdotto la confisca per equivalente (art. 322 *ter* co. 1 c.p.). La lungaggine del processo – non è assolutamente la regola che entro sei anni dalla commissione del fatto si addivenga a sentenza definitiva – magari sfruttata maliziosamente dalla difesa, potrebbe consentire al reo di trattenere quanto ricevuto per non compiere l'atto amministrativo che era suo dovere compiere.

E si tenga conto che, come rilevato dalle Sezioni unite⁴¹⁹ e da parte della dottrina⁴²⁰, sulla base dell'insegnamento della Corte costituzionale (*ex multis* sent. 85/2008), la categoria delle sentenze di proscioglimento racchiude al suo interno un'ampia gamma di formule liberatorie, alcune delle quali compatibili con un sostanziale riconoscimento della responsabilità del prosciolto (tipicamente, l'assoluzione per prescrizione e la non punibilità dell'imputato, nelle quali è implicita l'attribuzione del fatto). Sarebbero auspicabili interventi legislativi quindi che graduino la confiscabilità a seconda della formula assolutoria e consentano la confisca non solo delle cose intrinsecamente criminose (del prezzo e del profitto, per esempio) anche se non si giunge alla condanna definitiva, purché vi sia stato un accertamento oltre ogni ragionevole dubbio di responsabilità⁴²¹.

Ci collochiamo qui però in una prospettiva *de iure condendo*, rispetto alla quale potrebbe essere logico introdurre la regola sostanzialistica dell'art. 6 § 2 CEDU, che richiede l'accertamento (al di là di ogni ragionevole dubbio), e non la condanna definitiva (purché però rimanga l'effetto sospensivo delle impugnazioni

⁴¹⁹ Cass. pen., SS. UU., 38834/2008, De Maio, cit., che nelle sue considerazioni finali concorda con l'insegnamento del Manzini per cui è antigiuridico e immorale lasciare all'autore del reato il prezzo in assenza di condanna (l'estinzione del reato era nel caso de quo dovuta a prescrizione), ma aderisce correttamente al principio per cui "la critica del diritto vigente ci può condurre al giudizio che esso sia ingiusto, ma non viceversa all'opposta conclusione che in quanto ingiusto, sia da riconoscersi non valido", in SANSÒ L., *I rapporti*, cit., p. 3.

⁴²⁰ GULLO D., *La confisca*, cit., c. 47; LUNGHINI G., MUSSO L., *La confisca*, cit., p. 25.

⁴²¹ Si veda per delle indicazioni *de iure condendo* PANZARASA M., *Confisca*, cit., pp. 1708 e ss.

della sentenza, se la confisca è disposta con sentenza che chiude un grado di giudizio e purché sia prevista l'autonoma impugnabilità del provvedimento – anche se non è una sentenza – che dispone la confisca). Le ragioni di giustizia non possono però forzare il dato normativo, perché non si può mai sapere dove esse portino né è detto che abbiano un valore univoco⁴²²; soprattutto, non possono portare a violare le prescrizioni di cui la Costituzione circonda la sanzioni penali (quindi anche la confisca), tra cui rientra la presunzione d'innocenza fino alla condanna definitiva.

7.1.3. La nuova confisca di prevenzione

Discutere dei rapporti tra una misura di prevenzione e la condanna definitiva come unico momento in cui è possibile valicare la presunzione d'innocenza potrebbe apparire un *non-sense*, se non altro perché le misure *ante delictum* dovrebbero prevenire la commissione di reati e non possono quindi che porsi prima dell'accertamento giudiziale circa la commissione di un illecito penale. Nonostante sull'ammissibilità costituzionale di un sistema di misure di prevenzione si possa nutrire più di qualche dubbio⁴²³, se ne dia per assodata – se non altro perché il sistema c'è, è esistente e la Corte costituzionale l'ha sempre trovato legittimo – la compatibilità *in abstracto* seguendo il tradizionale e pragmatico insegnamento di Nuvolone per cui i diritti individuali devono essere tutelati non solo dopo la loro lesione, ma anche prima che ciò avvenga⁴²⁴. Ammettere però l'opportunità – o, come dice Nuvolone, la *doverosità* – di un sistema di misure *ante delictum*, non vuol dire ammettere la costituzionalità di *qualsiasi* sistema di prevenzione: proprio perché si tratta di una materia *costituzionalmente sensibile*, il legislatore deve essere molto

⁴²² Anche perché, sempre per ragioni di giustizia, ci si può chiedere perché la prescrizione, grazie alla lunghezza dei processi, può portare a non punire con la detenzione il colpevole di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio. Questo risponde a ragioni di giustizia? Resta da chiedersi quindi perché differenziare il trattamento tra la confisca e le altre pene, dal momento che anch'essa è una sanzione penale.

⁴²³ V. la nota 73 del capitolo precedente e in particolare CORSO G., *Profili*, cit., p. 140 che ritiene le misure di prevenzione in contrasto con la presunzione d'innocenza.

⁴²⁴ V. la nota 75 del capitolo precedente e in particolare NUVOLONE P., *Relazione introduttiva*, cit., p. 16.

cauto e preciso nel disciplinare le misure di prevenzione, strutturandole davvero come tali e non concedendo alcuno spazio alla *repressione ante delictum*⁴²⁵.

Sussistono seri dubbi che ciò accada nella confisca di prevenzione, e pertanto si è qui seguita la classificazione da alcuni autori proposta come *pena del sospetto*⁴²⁶ (dal momento che è definitiva e guarda all'accumulazione illecita, quindi punisce determinati reati che si sospetta il reo abbia compiuto). Il disvelamento definitivo della natura punitiva della confisca di prevenzione si è avuto con le recenti riforme, ossia con la progressiva separazione delle misure patrimoniali da quelle personali; il sistema preventivo si regge sulla prognosi di pericolosità sociale dei soggetti al procedimento di prevenzione, pericolosità che vuol dire pericolo che il proposto commette in futuro dei reati; quest'elemento nella disciplina attuale è molto marginalizzato, ed è stato detto in dottrina che si passerebbe alla *prevenzione patrimoniale*⁴²⁷. Cosa sorregge allora la confisca di prevenzione?

Ora, si è già detto dei dubbi che insistono sulle confische *in rem*, derivanti dall'inadeguatezza del concetto di pericolosità reale e dal fatto che il riferimento alla *res* maschera il fatto che in fin dei conti la misura si applica a chi quella *res* possiede,

⁴²⁵ A modesto parere di chi scrive non sembra che ciò accada nel sistema di prevenzione disciplinato dal legislatore italiano (principalmente, l. 1423/1956, l. 575/1965, l. 152/1975). L'obiezione principale che si può muovere al legislatore italiano è che non si riesce a cogliere esattamente cosa egli intenda prevenire, e soprattutto bisogna chiedersi se egli possa farlo nel modo in cui l'ha fatto; mi spiego. In prima battuta il sistema di prevenzione è calibrato sulla possibile futura commissione di reati, spesso guardando alla condotta passata dell'indiziato. Ma nel punire chi potrebbe commettere un reato, non si può non tener conto del fatto che il codice Rocco non permette di punire gli atti preparatori di un delitto, e la punibilità del tentativo inizia con gli atti idonei diretti in modo non equivoco, quindi quegli atti che osservati dall'esterno appaiano inequivocabilmente prodromici alla commissione di un delitto. Quindi a che titolo punire chi colloca la sua condotta ancor prima, e a che titolo punirlo con misure afflittive, che ne pregiudicano i diritti costituzionali? In seconda battuta, le misure di prevenzione si applicano spesso agli indiziati di delitti passati. A che titolo restringere le libertà costituzionali di questi soggetti, se poi la loro condotta – qualora provata – è autonomamente punibile? Non è fuori luogo quanto la dottrina spesso afferma, ossia che ci si trovi di fronte a semplici scorciatoie processuali. In terza battuta, se la prevenzione è ancorata alla pericolosità sociale il quadro non migliora di certo, perché si torna a un concetto aspramente criticato, fumoso, di difficile individuazione, di cui il legislatore non indica le coordinate precise e che mantiene un insopprimibile *deficit* di tassatività difficilmente digeribile dal principio di legalità. Infine il concreto contenuto delle misure di prevenzione è sostanzialmente afflittivo (quale differenza tra la confisca di prevenzione e quella allargata) e si traducono in un doppiopione delle pene più facile da provare.

⁴²⁶ ALESSANDRI A., *La confisca*, cit., p. 25; COMUCCI P., *Il sequestro e la confisca*, cit., p. 100; FILIPPI L., *La confisca di prevenzione*, cit., p. 270; FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., p. 192; MANGIONE A., *La misura*, cit., pp. 386 e ss.; MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione patrimoniali*, cit., pp. 1804 e ss.; ID., *Dalla riforma delle misure*, cit., pp. 476 e ss.; ID., *Le moderne sanzioni*, cit., pp. 525 e ss.

⁴²⁷ MAUGERI A.M., *Dalla riforma*, cit., p. 449; FILIPPI L., *Il sistema*, cit., pp. 17–18; v. cap. I par. 6.2.2. per indicazioni bibliografiche più estese.

ossia a una persona; è vero che si tratta di arrestare l'accumulazione e la destinazione illecita di capitali, ma ciò viene fatto nei confronti di chi è indiziato di determinati reati. Si tratta insomma di vere e proprie misure per tipo d'autore, che prescindono dalla pericolosità. E' possibile riconoscere la legittimità della prevenzione patrimoniale, ma si spieghi qual è la differenza *qualitativa* con la confisca allargata, che ha il medesimo fine ma almeno è sorretta da un reato che dovrebbe essere manifestazione dell'accumulazione illecita; non c'è alcuna differenza di finalità, e l'unico tratto distintivo è l'anticipazione della tutela nei confronti di chi *non* è condannato, ma è *semplicemente indiziato* di un delitto presupposto, cioè nei confronti di chi vi è solo il sospetto che l'abbia commesso, senza alcuna finalità preventiva, perché la prognosi di pericolosità personale (l'unica possibile) è sostanzialmente eclissata.

Non è improprio un paragone a questo punto col delitto di possesso ingiustificato di valori previsto dal comma 2 dell'art. 12 *quinquies* l. 356/1992, giudicato incostituzionale dalla Corte per violazione della presunzione d'innocenza⁴²⁸. In tale occasione i giudici di legittimità affermarono che violava l'art. 27 co. 2 Cost. punire l'indagato, ossia chi si trova in "una condizione, quindi, che per sua natura assume il carattere della temporaneità e che, in virtù della presunzione di non colpevolezza, deve ritenersi del tutto inidonea ad assegnare al soggetto attivo quelle connotazioni di intrinseco disvalore che la norma invece postula, strutturando la fattispecie come reato proprio fondato sul "sospetto" che quella condizione evocherebbe"⁴²⁹. Sostanzialmente è ciò che accade anche oggi con la nuova confisca di prevenzione, applicata in via definitiva a una condizione transeunte quale quella di indiziato e scissa da prognosi di pericolosità (che comunque non avrebbe evitato la violazione della presunzione d'innocenza, perché comunque la confisca è *definitiva*).

In conclusione, si applica quella che è sostanzialmente una sanzione penale a chi sia indiziato di un delitto ossia a una persona la cui colpevolezza non è stata giudizialmente accertata; il che non potrebbe essere fatto dal momento che le sanzioni penali (tra cui rientra la confisca di prevenzione) si applicano quando

⁴²⁸ C. Cost., sent. 48/1994; se n'è trattato al cap. I par. 5.1.

⁴²⁹ *Ibidem*, pt. 3 del Considerato.

l'accertamento di colpevolezza è compiuto: questo costituisce una violazione della presunzione d'innocenza, sia ai sensi dell'art. 6 § 2 CEDU, perché verificare gli indizi di commissione di un reato non equivale a *provare* la responsabilità per il fatto stesso e si traduce in sostanza nel dare per scontato che tale fatto sia stato commesso, sia ai sensi dell'art. 27 co. 2 Cost., perché per applicare le sanzioni penali è necessario che l'accertamento di colpevolezza sia contenuto in una pronuncia irrevocabile.

7.2. In dubio pro reo

Il secondo aspetto della presunzione d'innocenza riguarda il tema della prova, e precisamente a chi spetti il relativo onere, non tanto e non solo come onere d'introduzione ma soprattutto come *soccombenza* in caso di mancata prova.

Perché trattarne in un lavoro che si occupa di diritto sostanziale?

Banalmente, si tratta rispondere che si tratta di un argomento che in dottrina è trattato spessissimo, quindi se non altro per completezza è d'uopo riconoscergli uno spazio pur minimo. Le ragioni sostanziali che portano a trattarne qui sono in realtà altre.

Anzitutto, la tematica della prova è necessaria per cogliere come, all'atto pratico, si comportano le fattispecie sostanziali e soprattutto per evitare che le garanzie fondamentali restino nel cielo dei concetti. Sancire il divieto di responsabilità per fatto altrui non porta alcun beneficio a nessuno, se poi s'impone all'acquirente del bene oggetto di contrabbando di provare la sua buona fede, perché ciò equivale a presumerlo non *extraneus* ma ricettatore, incauto acquirente o concorrente. Quindi vigilare sull'onere della prova equivale a vigilare con più attenzione sulle garanzie fondamentali sostanziali.

Poi è necessario trattarne perché in alcune forme di confisca il processo entra direttamente nella fattispecie sostanziale, la quale è strutturata in funzione della dinamica processuale⁴³⁰. Il diritto processuale dovrebbe essere *servente* di quello sostanziale, ossia dovrebbe essere costruito al fine di giungere – fermi vincoli

⁴³⁰ V. INSOLERA G., *Diritto*, cit., p. 177; NOBILI M., *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1995, p. 649.

imposti dalle garanzie processuali (presunzione d'innocenza, diritto di difesa, soggezione del giudice alla legge, giusto processo, etc.) – alla formazione dialettica di una verità processuale quanto più possibile prossima alla verità sostanziale; il processo penale dovrebbe, in tal senso, essere neutro rispetto all'incriminazione sostanziale, riequilibrando la situazione di soggezione in cui si trova il cittadino sulla cui testa pende la pena. La normativa antimafia è terreno d'elezione di un'inversione di ruoli tra diritto sostanziale e diritto processuale: "in passato le fattispecie incriminatrici erano concepite come un "*prius*": l'ordinamento le strutturava senza pensare al processo e, dopo, le "serviva" con le norme di procedura. Attualmente il rapporto tende a rovesciarsi. Ora è la disciplina incriminatrice che spesso vien scelta e costruita, in funzione di un certo tipo di processo. Ancora una volta, è quest'ultimo, nel suo svilupparsi (soprattutto nella fase preliminare), l'epicentro del sistema complessivo"⁴³¹.

Anche in tema di confisca vi sono alcune norme sostanziali (art. 12 *sexies* l. 356/1992 e art. 2 *ter* l. 575/1965, non a caso anch'esse, originariamente, misure di contrasto – solo – della criminalità organizzata) piegate dal legislatore a fini processuali, nelle quali l'aspetto probatorio è fondamentale. E per questo è necessario occuparsene anche in un lavoro che tratta solo di diritto sostanziale.

7.2.1. La posizione di dottrina, Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo sulla presunzione d'innocenza come regola di giudizio

Tra i tre soggetti le cui posizioni sulla presunzione d'innocenza come regola di ripartizione dell'onere della prova si vaglieranno in questo paragrafo, la dottrina è sicuramente quella che ha speso parole più decise nel sostenere l'inderogabilità – in quanto sancita da fonti costituzionali e convenzionali – della regola *in dubio pro reo*, che indica quale debba essere l'esito del giudizio qualora non sia raggiunta la prova ogni oltre ragionevole dubbio circa un elemento della fattispecie di reato⁴³². Se difatti

⁴³¹ NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Crit. del dir.*, 1995, p. 265, il quale fa l'esempio dell'art. 416 *bis* c.p., ideato anche per spingere il magistrato inquirente a svolgere un certo tipo d'indagini.

⁴³² V. DOMINIONI O., *Sub art. 27*, cit., pp. 208 e ss.; ILLUMINATI G., *La presunzione*, cit., pp. 91 e ss.; MAUGERI A.M., *Le moderne*, cit., pp. 793 e ss.; PAULESU P.P., *Presunzione*, cit., pp. 684 e ss.

la pubblica accusa non riesce a provare la colpevolezza dell'imputato con le prove a suo carico (o se l'imputato fuga ogni dubbio con le prove a suo discarico), "occorre ripristinare, meglio confermare, la situazione preesistente all'accusa di reità"⁴³³, quindi concludere per l'innocenza dell'imputato. L'onere della prova è una *regola di giudizio* per il giudice dal momento che, fermo restando il principio del suo libero convincimento nella valutazione degli esiti delle operazioni probatorie, qualora vi sia un dubbio sulla reità, questo non può che risolversi a favore dell'imputato, proprio perché egli è presunto innocente fino a prova contraria. Su questo tema ha una diretta influenza stabilire *quanta prova* sia necessaria per dimostrare la colpevolezza dell'imputato, dal momento che è cosa bella e giusta dire che l'imputato è presunto innocente fino a prova contraria, ma se poi costituisce prova contraria un elemento gnoseologico insignificante, la presunzione d'innocenza è *de facto* disattesa⁴³⁴.

E' stato giustamente osservato in dottrina che l'onere della prova "non è soltanto una regola di decisione del fatto incerto, ma indica in quale modo va organizzata la ricerca, e la successione logica delle questioni da provare"⁴³⁵. Si può pertanto operare una distinzione tra onere di introdurre la prova e onere di convincere il giudice, e affermare che in un sistema processuale di tipo *accusatorio* come il nostro – dove la parte pubblica e quella privata sono in posizione di parità di fronte al giudice – non è fuori luogo immaginare che anche sull'imputato possa gravare l'onere di apportare prove a discarico, e qualora non vi riesca, ne subisca le conseguenze⁴³⁶, "sempre che resti carico dell'accusa l'onere di superare l'incertezza fornendo la prova negativa dei fatti che la difesa non sia riuscita a provare pienamente"⁴³⁷.

Con queste affermazioni bisogna confrontare però il principio *nemo tenetur se detegere*, che la dottrina considera un corollario della presunzione d'innocenza (ma ricollegabile anche al diritto alla difesa ex art. 24 Cost.), che consiste nel diritto

⁴³³ PAULESU P.P., *Presunzione*, cit., p. 685.

⁴³⁴ Sul tema della prova v. estesamente UBERTIS G., *La prova penale*, Torino, 1995.

⁴³⁵ ILLUMINATI G., *La presunzione*, cit., p. 118.

⁴³⁶ Nei sistemi di *common law* da cui deriva il modello accusatorio vige il principio – molto pragmatico – di *vicinanza della prova*, per il quale la prova è introdotta (con relativo onere) dalla parte cui è più agevole.

⁴³⁷ ILLUMINATI G., *La presunzione*, cit., p. 118.

dell'imputato a non collaborare all'accertamento giudiziale restando silente, senza che dalla sua inerzia si possano trarre conseguenze negative⁴³⁸. Una visione della presunzione d'innocenza come regola che impone solo all'accusa l'onere di apportare elementi di prova, nel silenzio dell'imputato, però, è figlia d'un sistema processuale inquisitorio⁴³⁹ nel quale è giusto tutelare l'imputato, schiacciato da un giudice-accusatore *deus ex machina*, facendo incombere solo su costui il compito di introdurre le prove per la sua tesi accusatoria, con relativo onere; mentre nel nostro attuale sistema si può immaginare una *ripartizione* dell'onere della prova tra accusa e difesa ferma restando l'ineludibile garanzia dell'*in dubio pro reo*⁴⁴⁰. Questo non vuol dire negare la presunzione d'innocenza, ma questa non può tradursi in un'*incondizionata garanzia* per l'imputato che rimanga inerte nel processo, non adducendo nessuna prova a suo favore, e può quindi agire, più che sulla ripartizione dell'onere della prova, sulla misura della prova richiesta⁴⁴¹.

La posizione della Corte costituzionale sulla presunzione d'innocenza come regola di ripartizione dell'onere della prova è sempre stata quanto meno cauta: difatti "se si prescinde da ipotesi di portata trascurabile tale norma non è mai stata posta a fondamento di una decisione di incostituzionalità"⁴⁴².

Terreno d'elezione per valutare l'atteggiamento della Corte sul punto sono i c.d. reati di sospetto⁴⁴³; nella prima sentenza in cui la Corte se ne occupò, essa ritenne che la presunzione d'innocenza non investisse il modo di provare i fatti di reato⁴⁴⁴.

⁴³⁸ *Ibidem*, p. 122; MAUGERI A.M., *Le moderne*, cit., pp. 798 e ss.

⁴³⁹ Lo riconosce lo stesso autore citato alla nota 436, a p. 119, che concede che in un sistema accusatorio potrebbero esservi regole di ripartizione diverse, e in particolare quelle del processo di *common law*, ossia vicinanza della prova e soccombenza in caso di mancata prova, ma nega che tale regola possa valere nel nostro ordinamento, perché (allora!) di tipo inquisitorio.

⁴⁴⁰ Già vigente il codice di procedura del 1930 lo proponeva in dottrina MALINVERNI A., *Principi del processo penale*, Torino, 1972, pp. 471 e ss., per il quale, ferma restando la presunzione d'innocenza, anche nel processo penale poteva operare la regola cardine dell'art. 2697 c.c. per la quale *onus probandi incumbit ei qui dicit*.

⁴⁴¹ Ovvero la prova deve convincere il giudice della reità dell'imputato oltre ogni ragionevole dubbio.

⁴⁴² Lo rileva DOMINIONI O., *Sub art. 27*, che adduce come unico caso d'intervento della Corte costituzionale "di portata trascurabile" la sentenza n. 1/1980.

⁴⁴³ Se n'è già trattato in riferimento all'art. 12 *quinquies* l. 356/1992 *supra* cap. I, par. 5.3. Tali fattispecie impongono a chi, già condannato per determinati reati, di giustificare determinate condizioni personali (il possesso di chiavi o grimaldelli – art. 707 c.p. – ovvero il possesso di valori – art. 708 c.p.), a pena di subire un'ulteriore condanna per il sospetto che egli stia per compiere o abbia compiuto delitti della stessa indole di quello già commesso.

⁴⁴⁴ C. Cost., sent. 110/1968 sull'art. 707 c.p., in *Giur. cost.*, 1968, con nota di COPPI F.

Nella seconda decisione, i giudici di legittimità affermarono che gli artt. 707 e 708 c.p. non esigessero "la prova della legittimità della destinazione e della provenienza, limitandosi, invece, a pretenderne una attendibile e circostanziata spiegazione, da valutarsi in concreto nelle singole fattispecie, secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento"⁴⁴⁵. La Corte costituzionale sembra introdurre in questa sentenza la distinzione tra onere di *allegazione* e onere di *convincimento*, ovvero tra l'obbligo gravante anche sulla difesa di introdurre elementi di prova a suo favore e obbligo di persuasione del giudice gravante sull'accusa che, se non vi riesce, dovrebbe portare all'assoluzione dell'imputato; tale distinzione – come vedremo a breve – è alla base del tradizionale orientamento della giurisprudenza ordinaria che afferma la non contrarietà alla presunzione d'innocenza degli artt. 12 *sexies* l. 356/1992 e 2 *ter* l. 575/1965.

La Corte europea dei diritti dell'uomo si è occupata più volte della presunzione d'innocenza (art. 6 § 2 CEDU) come regola di giudizio e di riparto dell'onere della prova. La questione è trattata in connessione con il *privilege against self-incrimination*, ossia con il diritto dell'imputato a rimanere silente, senza che da questo silenzio se ne possa inferire alcuna conseguenza negativa, che verrebbe violato qualora l'onere della prova fosse posto a carico dell'imputato, obbligandolo a collaborare⁴⁴⁶.

I giudici di Strasburgo hanno sempre considerato compatibile con la presunzione d'innocenza la circostanza che la legge ponga delle presunzioni di fatto o di diritto a carico dell'imputato, purché tali presunzioni siano soggette a determinati limiti:

- a. deve trattarsi di presunzioni non assolute, ossia *controvertibili* da parte dell'imputato⁴⁴⁷;

⁴⁴⁵ C. Cost., sent. 14/1971. Nella successive sentenze 464/1992 (sempre sugli artt. 707 e 708 c.p.) e 48/1994 (sull'art. 12 *quinquies* l. 356/1992), in *Riv pen. econ.*, 1994, p. 46, con nota di MICHELI P., la Corte non fece altro che ribadire quanto già detto nelle due sentenze precedenti.

⁴⁴⁶ Per un'analisi più approfondita della presunzione d'innocenza nella Convenzione europea v. ABBADESSA G., *Il principio di presunzione di innocenza nella CEDU: profili sostanziali*, in MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011, pp. 377 e ss.; CHIAVARIO M., *Sub art. 6*, cit., pp. 216; ID., *La presunzione d'innocenza*, cit., pp. 1093 e ss.; NICOSIA E., *Convenzione europea*, cit., pp. 291 e ss.; OVEY C., WHITE R.C.A., *Jakobs & White*, cit., pp. 196 e ss.

⁴⁴⁷ Corte EDU, *Salabiaku c. Francia*, cit.

- b. non viene considerato in contraddizione con il principio *nemo tenetur se detegere* e in particolare col diritto a non rendere dichiarazioni autoincriminati, chiedere all'imputato di smentire tali presunzioni con prove a discarico. In particolare non vi è alcuna preclusione a che l'onere della prova trasli dall'accusa alla difesa, e viceversa, e che quindi, una volta provato un elemento a carico dell'imputato, il giudice possa trarre "an inference of guilt from the accused's failure to provide an explanation only where this is the sole common-sense conclusion to be drawn"⁴⁴⁸, purché però sia l'accusa a introdurre per prima prove a carico dell'imputato⁴⁴⁹;
- c. la Corte poi, una volta che si trova di fronte a una presunzione *juris tantum* a carico dell'imputato, valuta, in concreto, come si è svolto tutto il processo, in particolare se siano state rispettate le *fair trial guarantees* (art. 6 § 1 CEDU) e se rileva che il giudice ha esercitato correttamente la sua discrezionalità non ritiene che la presunzione violi i principi del *giusto processo*⁴⁵⁰.

Questi principi sono stati applicati in un caso di confisca di beni sospettati di provenienza illecita in quanto sproporzionati al reddito del possidente, condannato per traffico di droga⁴⁵¹. Si tratta di una forma di confisca molto simile alle due confische allargate previste nel nostro ordinamento: l'accusa deve provare la sproporzione tra patrimonio e attività o reddito, e se il condannato non illustra l'origine lecita del suo patrimonio, il giudice può inferirne la provenienza illecita.

La Corte inizia il suo ragionamento sostanzialmente affermando che la presunzione d'innocenza vale nei confronti di un'accusa penale, e che cessa pertanto di operare una volta che la colpevolezza in relazione al reato contestato sia stata correttamente dimostrata⁴⁵²; quindi, dal momento che l'indagine sui presupposti della confisca e la determinazione del suo *quantum* non muoverebbero all'imputato una nuova accusa, l'art. 6 § 2 CEDU non entrerebbe in gioco. Presa da sola,

⁴⁴⁸ OVEY C., WHITE R.C.A., *Jakobs & White*, cit., p. 201.

⁴⁴⁹ Corte EDU, *Murray c. Regno Unito*, sent. 8 febbraio 1996; Corte EDU, *Tefner c. Austria*, sent. 20 maggio 2001.

⁴⁵⁰ Corte EDU, *Condron c. Regno Unito*, sent. 2 maggio 2001.

⁴⁵¹ Corte EDU, *Phillips c. Regno Unito*, cit.

⁴⁵² *Ivi*, parr. 28 e ss.

quest'affermazione desta un po' di perplessità, perché ci si può legittimamente chiedere che senso ha presumere l'imputato innocente – con ciò che ne consegue in termini di ripartizione e di *quantum* di prova richiesta per vincere tale presunzione – se poi, per applicare una sanzione tanto afflittiva quanto sciolta dalla fattispecie per cui si è condannati – ossia quando tale responsabilità penale si concretizza – quale la confisca del patrimonio, si può prescindere da ogni elemento quanto meno indiziario sull'origine sospetta del patrimonio. Ma quest'affermazione non è solitaria, poiché la Corte e.d.u. passa poi a verificare se la procedura di applicazione della confisca abbia rispettato l'art. 6 § 1 CEDU, con ciò dando prova ancora una volta del suo atteggiamento pragmatico⁴⁵³. Per quel che concerne l'onere di giustificazione in capo al condannato, i giudici di Strasburgo affermano "la principale garantie résidait toutefois dans le fait que le requérant avait la faculté de combattre la présomption prévue par la loi de 1994 ; il lui suffisait pour cela de démontrer, selon le critère de la probabilité, qu'il avait acquis les biens concernés autrement que grâce au trafic de la drogue. De surcroît, le juge disposait d'un pouvoir discrétionnaire lui permettant de ne pas faire jouer la présomption s'il lui apparaissait que son application comporterait un risque sérieux d'injustice"⁴⁵⁴.

La Corte europea afferma, in conclusione, che se l'origine dei beni del condannato fosse stata lecita, non avrebbe dovuto essere difficile per lui ribaltare la presunzione legale e che, in mancanza di una ragionevole giustificazione, il giudice non abbia fatto altro che applicare una massima d'esperienza, e concludere per l'origine illecita dei beni.

Questo è il quadro – tra dottrina, Corte costituzionale, Corte europea dei diritti dell'uomo – all'interno del quale si deve collocare il dibattito che ora andremo

⁴⁵³ *Ivi*, par. 41: "La Cour n'est pas appelée à examiner *in abstracto* la compatibilité avec la Convention des dispositions de la loi de 1994 d'après lesquelles un tribunal infligeant une peine à une personne condamnée pour une infraction de trafic de drogue doit présumer que tout bien s'avérant avoir été détenu par l'accusé à quelque moment que ce soit après sa condamnation ou pendant la période de six ans ayant précédé la date à laquelle les poursuites pénales ont été engagées a été reçu par lui à titre de paiement ou de rétribution en rapport avec le trafic de la drogue, et que toute dépense consentie par l'intéressé pendant la même période a été réglée grâce au produit dudit trafic. La Cour doit en revanche déterminer si la manière dont cette présomption a été appliquée dans la cause du requérant a enfreint les principes de base régissant l'équité des procédures, au sens de l'article 6 § 1".

⁴⁵⁴ *Ivi*, par. 43.

a illustrare circa la violazione della presunzione d'innocenza da parte dell'art. 12 *sexies* l. 356/1992 e art. 2 *ter* l. 575/1965, ma non solo.

Prima di passare al tema più caldo infatti, deve essere spesa qualche breve parola su un'altra forma di confisca rispetto alla quale si può dire senza mezzi termini che si verifichi un'inversione dell'onere della prova, con correlato *in dubio contra reum*. Si tratta dell'art. 301 co. 3 d.P.R. 43/1973 dove si prevede la confisca del mezzo di trasporto appartenente a persona estranea al reato qualora questa dimostri di non averne potuto prevedere l'illecito impiego anche occasionale e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza. Qui – anche a voler ritenere che la presunzione operi solo sull'accusa contestata e non sulle sue conseguenze sanzionatorie – vi è una presunzione di non colpevolezza, che si attua onerando il terzo di dimostrare la sua *estraneità* al reato: il terzo estraneo non può assolutamente essere onerato di dover dimostrare alcunché fino a che l'accusa non abbia provato per prima la sua *intraneità*; solo allora sarà tenuto a discolarsi allegando prove a discarico. La norma pare introdurre pertanto una palese violazione della presunzione d'innocenza.

7.2.2 L'onere della prova e la confisca (*in dubio contra reum*?)

Partiamo dalla confisca definitiva, perché rispetto alla confisca di prevenzione devono essere svolte delle considerazioni in parte diverse.

Il discorso deve prendere le mosse dall'antenato dell'art. 12 *sexies* l. 356/1992, cioè l'art. 12 *quinquies* della stessa legge, il quale, di fronte alla sproporzione tra il patrimonio dell'indiziato e il suo reddito dichiarato o la sua attività economica, imponeva a costui di dimostrare la legittima provenienza dei suoi beni.

La dottrina maggioritaria sosteneva che la norma – riprendendo le analoghe considerazioni svolte sugli artt. 707 e 708 c.p. da autorevole dottrina⁴⁵⁵ –

⁴⁵⁵ COPPI F., *Osservazioni*, cit., *passim*, il quale riteneva che tali norme violassero tanto la regola dell'*in dubio pro reo* (perché il sospetto sulla lecita provenienza sarebbe andato a carico dell'imputato) quanto la regola del *nemo tenetur se detegere* (perché imponeva all'imputato di collaborare, rivelando all'accusa eventuali ulteriori reati dai quali i beni sarebbero stati tratti per i quali sarebbe scattata automaticamente l'incriminazione).

introducesse una vera e propria *inversione dell'onere della prova*, pregiudicando il diritto dell'imputato a non collaborare e addossando a costui le conseguenze negative di situazioni di mero sospetto – quali la sproporzione – mentre invece esse avrebbero dovuto gravare solo sull'accusa, tenuta a dimostrare la colpevolezza dell'imputato e quindi l'illecita provenienza dei beni⁴⁵⁶.

In particolare era criticata, sulla base di un autorevole insegnamento, la distinzione operata dalla Corte costituzionale tra onere della prova e onere di *allegazione*, il quale sarebbe adempiuto semplicemente con l'introduzione di un tema di prova: "a stretto rigore, allora, il riferimento all'onere di allegazione non è di alcuna utilità: salvo, al più, come mezzo per descrivere le conseguenze di mero fatto che derivano dall'inerzia dell'imputato nell'apportare al processo elementi diversamente inaccessibili. Quello che conta è *l'impossibilità di dedurre alcunché*, al momento della decisione, *dalla mancata allegazione difensiva*. Il giudice potrà condannare se l'accusa avrà introdotto prove sufficienti [...]; ma non potrà correlare all'inadempimento di un onere da parte dell'imputato la sentenza a lui sfavorevole"⁴⁵⁷.

In questo contesto "ricco di complessi problemi di costituzionalità"⁴⁵⁸ s'inserisce l'art. 12 *sexies*, il quale nasce dalla dichiarazione d'illegittimità dell'art. 12 *quinquies* – dichiarazione che non tange la supposta inversione dell'onere della prova – e che prevede, ugualmente al suo antenato, l'obbligo del condannato di fornire una giustificazione della provenienza del suo patrimonio; sparisce però l'attributo *legittima*, prima legato alla provenienza.

La dottrina è divisa se anche la confisca allargata preveda un'inversione dell'onere della prova, con violazione dei canoni dell'*in dubio pro reo* e del *nemo tenetur se detegere*, quindi degli artt. 24 e 27 co. 2 Cost. Su un punto vi è consenso, anche con la giurisprudenza: la soppressione dell'aggettivo "legittima" non avrebbe mutato la sostanza delle cose, e sarebbe comunque richiesta all'imputato non

⁴⁵⁶ DE ROSA G., *Trasferimento di valori*, cit., p. 784; MICHELI P., *La conferma*, cit., p. 58; PALLADINO P., *Brevi osservazioni*, cit., pp. 354 e ss.

⁴⁵⁷ ILLUMINATI G., *La presunzione*, cit., p. 137.

⁴⁵⁸ POTETTI D., *Brevi osservazioni*, cit., p. 1691.

semplicemente la prova negativa della non provenienza dei beni dal reato per cui si è condannati, ma la prova positiva dell'origine lecita⁴⁵⁹.

Parte dei commentatori ritiene che l'art. 12 *sexies* contenga un'*inversione* dell'onere della prova, ponendo a carico del reo le conseguenze negative del dubbio – che la mancata giustificazione non trasformerebbe in certezza – circa l'illecita origine del suo patrimonio e violando il suo diritto a tacere, per non rendere dichiarazioni *contra se*⁴⁶⁰.

Altra parte della dottrina invece è di avviso opposto e sposa la distinzione operata dalla Corte costituzionale tra onere di allegazione e onere della prova vero e proprio. I percorsi argomentativi sono diversi.

C'è chi ha sostenuto che l'art. 12 *sexies* non violerebbe la presunzione d'innocenza, dal momento che, anche ammettendo che si verifichi un'*inversione* dell'onere della prova, essa non riguarderebbe la responsabilità dell'imputato, ma solamente una conseguenza dell'accertamento di tale responsabilità; e in più si è sostenuto che la presunzione di non colpevolezza non riguarderebbe la confisca allargata, in quanto misura di sicurezza. Tale autore arriva a escludere del tutto che la presunzione d'innocenza possa operare sul riparto dell'onere probatorio: "non resta che prendere atto del fatto che stabilire quale sia il momento in cui per l'ordinamento una persona debba essere considerata colpevole non significa affatto porre delle regole sul come si debba arrivare a tale momento (condanna definitiva), cioè sulle regole del procedimento (comprese quelle attinenti all'onere della prova"⁴⁶¹.

Questa posizione è stata – condivisibilmente – criticata, anche da chi non ritiene che nell'art. 12 *sexies* si verifichi una violazione della presunzione d'innocenza:

- a. anzitutto, non è assolutamente condivisibile una lettura della presunzione d'innocenza slegata dalle regole processuali: esse sono il

⁴⁵⁹ Cass. pen., SS. UU, 920/2004, Montella, cit., p. 1187.

⁴⁶⁰ ABBAGNANO TRIONE A., *L'art. 12 sexies*, cit., p. 437; BERNASCONI A., *La "speciale"*, cit., p. 1419; MAUGERI A.M., *Le moderne*, cit., pp. 831 e ss.; MAZZA O., *Commento*, cit., p. 31; SQUILLACI E., *La confisca*, cit., p. 1533. In particolare v. MAUGERI A.M., *La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza*, cit., p. 885, sull'*in dubio pro reo* ("se l'imputato non riesce a confutare quella che è una sorta di presunzione di responsabilità [...] o, comunque, permane il dubbio, dovrà subire la sanzione patrimoniale") e sul diritto al silenzio ("se l'imputato tace, questo silenzio sarà utilizzato contro di lui, avendo come conseguenza, in considerazione del corrispondente sospetto, la sanzione patrimoniale").

⁴⁶¹ POTETTI D., *Brevi riflessioni*, cit., p. 1697.

motore dell'accertamento della responsabilità dell'imputato, e impostarle solo a discapito di costui vuol dire sostanzialmente considerarlo colpevole fin dall'inizio del processo;

- b. parimenti non condivisibile è l'affermazione per cui la presunzione d'innocenza vale fino alla condanna, non coprendo le conseguenze sanzionatorie a maggior ragione se si tratti di confisca, quindi misura di sicurezza. Le ragioni sono plurime e intimamente connesse. Anzitutto la confisca allargata è da considerare sostanzialmente una *pena*, e non una misura di sicurezza; vi sono poi forti dubbi che la presunzione d'innocenza non operi rispetto al trattamento sanzionatorio, e anzi, essa deve a *fortiori* operare rispetto alla confisca allargata, che non ha un nesso derivativo col reato e porta alla confisca di beni che si ritengono tratti da reati precedentemente commessi: possono questi essere presunti senza alcun elemento che li faccia sospettare compiuti, o per lo meno devono esserci dei seri elementi (quali la sproporzione ingiustificata) addotti dall'accusa, in rispetto della presunzione d'innocenza? Inoltre, quest'idea che la presunzione d'innocenza scadrebbe con l'accertamento del reato varrebbe – com'è stato rilevato in dottrina – se il legislatore avesse distinto nettamente la fase dell'accertamento della responsabilità penale da quella della quantificazione della confisca. Poiché tale giudizio *bifasico* non sussiste, resta il dubbio che "quando non sia stata ancora accertata la colpevolezza non sembra però pienamente legittimo, né tanto meno logico, imporre un onere di collaborazione [...] che presupponga una valutazione positiva circa la responsabilità per il reato ascritto"⁴⁶², tenendo conto delle interferenze che dall'impossibilità di assolvere all'onere di giustificazione potrebbero derivare col giudizio sul merito dell'imputazione.

⁴⁶² MAZZA O., *Commento*, cit., p. 31; v. anche GIALANELLA A., *Patrimoni*, cit., p. 53.

Altri autori hanno sostenuto che l'onere di giustificazione non si tramuterebbe in un'inversione dell'onere della prova⁴⁶³. In buona sostanza si è cercato di offrire un'interpretazione *costituzionalmente orientata* della norma, partendo dal presupposto che essa "non possa rozzamente fondarsi su un'inversione dell'onere della prova"⁴⁶⁴. L'accusa avrebbe pertanto il compito, attraverso indagini patrimoniali, di dimostrare che l'imputato dispone di una massa ingente di beni privi apparentemente di una causa lecita; l'onere della prova passerebbe così alla difesa, la quale dovrebbe fornire una spiegazione attendibile e documentata dell'origine lecita del patrimonio dell'imputato; se non vi riesce tocca al giudice valutare, secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento, se la mancata giustificazione sia da addebitare all'origine illecita del patrimonio, in presenza di delitti particolarmente produttivi di ricchezza.

Passiamo all'esame della giurisprudenza ordinaria, perché è da come essa valuta quest'onere di allegazione (o della prova) che è possibile dire se nella pratica si verifichi una lesione della presunzione d'innocenza.

Se si osserva la giurisprudenza della Cassazione, si può notare come vi siano due affermazioni ricorrenti nelle sue sentenze. In alcune, si afferma che "non è sufficiente che sia fornita la prova di un rituale acquisto, essendo necessario che i mezzi impiegati per il relativo negozio derivino da legittime disponibilità finanziarie; dall'altro non si richiede che gli elementi allegati siano idonei ad essere valutati secondo le regole civilistiche su rapporti reali, possessori od obbligazionari, ma solo che essi, valutati secondo il principio della *libertà della prova* e del *libero convincimento* del giudice, dimostrino una situazione diversa da quella presunta, il che certamente non implica sufficienza di prospettazioni meramente plausibili, ma neppure coincide con un concetto di rigorosa prova"⁴⁶⁵. In altre, la Cassazione sembra adottare un atteggiamento più rigoroso, richiedendo una collaborazione dell'imputato più stringente: "non è sufficiente l'esibizione di atti giuridici d'acquisto, stipulati a norma di legge e debitamente trascritti, perché in tal modo non

⁴⁶³ GIALANELLA A., *Patrimoni*, cit., p. 66 e ss.; LOCATELLI G., *La confisca*, cit., p. 8304; NANULA G., *Le nuove norme*, cit., p. 10136.

⁴⁶⁴ LOCATELLI G., *op. loc. cit.*

⁴⁶⁵ Cass. pen., sez. VI, 26 marzo 1998 (dep. 8 maggio), n. 1087, Bosetti, in *Cass. pen.*, 1999, p. 3551; v. anche Cass. pen., sez. VI, 15 aprile 1996 (dep. 28 maggio), Berti, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3649.

si da conto della provenienza dei mezzi impiegati per l'acquisizione dei beni di valore sproporzionato alle proprie possibilità economiche; occorre invece che il condannato [...] fornisca esauriente *spiegazione* della lecita provenienza dei beni di valore non proporzionato al proprio reddito o alla propria attività, dimostrando la loro derivazione da legittime disponibilità finanziarie"⁴⁶⁶.

Per togliere però un velo di genericità a queste affermazioni, è necessario scendere di due gradi di giudizio e verificare come i giudici di primo grado valutino il materiale probatorio offerto dall'accusa e le allegazioni della difesa. Sfogliando alcune sentenze⁴⁶⁷, si nota che è anzitutto l'accusa a fornire esaustiva documentazione del reddito dichiarato e dell'attività economica svolta dall'imputato, valutando poi, anche con la consulenza di periti, la consistenza del patrimonio direttamente o indirettamente a lui riconducibile; quando sussiste una sperequazione, il giudice valuta le difese dell'accusa (tendenzialmente, la non riferibilità all'imputato di alcuni cespiti patrimoniali o l'inesatto apprezzamento del valore di alcuni di essi) e se non le ritiene in grado di ribaltare la presunzione d'illecita accumulazione, dispone la confisca⁴⁶⁸.

Quello che sembrano fare i giudici di merito, è applicare una presunzione *juris tantum*, lasciando all'imputato la possibilità di ribaltarla. Prima di tirare le fila del discorso, analizziamo l'onere di giustificazione nell'art. 2 *ter* l. 575/1965.

La confisca di prevenzione è applicata sui beni sequestrati all'indiziato dei quali non sia stata dimostrata la legittima provenienza; il meccanismo per giungere a questa *non dimostrazione* è simile ma non coincidente con quello dell'art. 12 *sexies*: fermo restando il requisito della sproporzione, da collegare alla possibilità dell'indiziato di *allegare elementi di prova* sulla disponibilità di redditi sufficienti a sostenere l'acquisto di quei beni, è previsto un requisito aggiuntivo, e cioè sufficienti indizi circa l'origine illecita o la qualità di reimpiego di proventi illeciti degli stessi beni sproporzionati.

⁴⁶⁶ Cass. pen., sez. III, 3 febbraio 2011, n. 5794; Cass. pen., sez. I, 2 giugno 1994 (dep. 15 giugno), Malalisi, in *Cass. pen.*, 1995, p. 907.

⁴⁶⁷ Anche se queste sentenze si occupano di sequestro preventivo, il loro contenuto è valido anche per la confisca, dal momento che il meccanismo probatorio è il medesimo.

⁴⁶⁸ Cfr. Tribunale di Bari, sez. Riesame, ud. 25 settembre 2008, est. Marrone; Tribunale di Bari sez. III, 29 settembre 2004. Ambedue reperibili in *Dejure*.

Il *quantum* di prova richiesto è in questo caso meglio enucleato dal legislatore rispetto all'art. 12 *sexies* l. 356/1992: la confisca dovrebbe scattare quando la sproporzione non giustificata sia tale da far supporre al giudice che quei beni sproporzionati siano frutto o reimpiego di attività illecita⁴⁶⁹.

Pertanto la dottrina maggioritaria ritiene che non vi sia in tal caso un'inversione dell'onere della prova, dal momento che vi sono corpose indagini sullo stato patrimoniale dell'indiziato (art. 2 *bis* l. 575/1965) dalle quali emergerebbe la sproporzione; solo a tal punto sorgerebbe un onere di allegazione in capo all'indiziato che non eliderebbe l'onere del giudice di indagare (e *motivare* qualora ritenesse inconsistenti le allegazioni dell'indiziato) sull'origine illecita dei beni⁴⁷⁰: "tenuto conto della suddetta doppia serie di indizi, necessari per pervenire al sequestro dei beni, il sistema evidentemente funziona se il suddetto parametro della sproporzione tra patrimonio e reddito costituisce un sufficiente indizio, ossia un'attendibile dimostrazione indiretta, circa la provenienza illecita dei beni"⁴⁷¹. Vi è tuttavia una voce solitaria ma autorevole che ritiene che (anche) la confisca di prevenzione violi la presunzione d'innocenza come regola di giudizio⁴⁷².

Le conclusioni della dottrina maggioritaria però sono confortate dall'orientamento ugualmente maggioritario della giurisprudenza, che ritiene necessari per procedere alla confisca non solo la sproporzione, ma anche sufficienti indizi circa l'origine illecita dei beni, non smentiti dalle allegazioni della difesa⁴⁷³.

⁴⁶⁹ Quasi a mitigare il maggior rigore, purtroppo, una giurisprudenza consolidata riteneva che i beni potessero essere confiscati anche se fossero stati il frutto di altre attività illecite (in particolare dell'evasione fiscale) rispetto a quella per cui il proposto era indiziato, con ciò violando davvero il diritto al silenzio, dal momento che il fatto che il bene trovasse una spiegazione casuale in altri illeciti non poteva che venire dalle allegazioni dell'indiziato. V. *ex multis* Cass. pen., sez. I, 5 febbraio 1990 (dep. 14 marzo), Montalto, in *Cass. pen.*, 1991, p. 812; Cass. pen., sez. II, 6 maggio 1999 (dep. 26 maggio), n. 2181, Sannino, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1051.

⁴⁷⁰ COMUCCI P., *Il sequestro e la confisca*, cit., p. 103; FURFARO S., *Misure di prevenzione patrimoniali*, cit., pp. 903 e ss., che distingue a tal fine tra onere della prova in senso formale (che può gravare anche sulla difesa) e onere della prova in senso sostanziale (che deve gravare solo sull'accusa); NANULA G., *Il problema della prova*, cit., p. 10118.

⁴⁷¹ GIALANELLA A., *Patrimoni*, cit., p. 122.

⁴⁷² MAUGERI A.M., *Le moderne*, cit., p. 832; ID., *Misure di prevenzione*, cit., p. 1810.

⁴⁷³ Cass. pen., sez. I, 4 gennaio 1985 (dep. 7 febbraio), Pipitone, in *Cass. pen.*, 1986, p. 378; Cass. pen., sez. I, 10 marzo 1986 (dep. 11 aprile), Mazzagatti, in *Cass. pen.*, 1987, p. 1009: "In tal modo non è prevista una vera e propria inversione dell'onere della prova sulla legittima provenienza dei beni, inversione che, se sussistesse, non si sottrarrebbe a fondati sospetti di illegittimità costituzionale. Invero a carico dell'interessato è posto, sempre che sia stata accertata l'esistenza di quegli indizi, soltanto un onere di allegazione, che, in effetti, rientra nel suo stesso interesse di sminuire od elidere

Proprio per questo la Cassazione ha ritenuto manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 2 *ter* per violazione della presunzione d'innocenza, dal momento che la norma richiede validi e concreti indizi sulla provenienza illecita dei beni, consentendo le allegazioni difensive nel rispetto del contraddittorio⁴⁷⁴.

Qualcosa è però cambiato con le riforme del 2008–2009; il legislatore ha sostituito la congiunzione "ovvero", posta prima del riferimento al fatto che i beni sproporzionati siano da intendersi frutto o reimpiego illeciti, con la congiunzione "nonché". Si vuol forse indicare una tipologia di beni aggiuntiva rispetto a quella sproporzionata? Se così fosse cadrebbero le argomentazioni che finora avevano posto l'art. 2 *ter* al riparo dei più forti dubbi di costituzionalità addensatisi sull'art. 12 *sexies*.

Vi è una recentissima pronuncia del Tribunale di Napoli, che, animata dagli stessi dubbi, ha offerto un'interpretazione costituzionalmente orientata della norma che merita piena condivisione, sostenendo che la riforma non apporti alcuna innovazione sostanziale sulla consistenza probatoria richiesta per la confisca definitiva⁴⁷⁵: quindi, sproporzione tra patrimonio e reddito o attività, cui si aggiungono gli indizi sull'origine illecita, smentibili dalle allegazioni dell'indiziato che mostrino la disponibilità di redditi idonei a sostenere l'acquisto dei diversi cespiti patrimoniali.

7.2.3 Conclusioni

Fornito un sintetico quadro della situazione, è possibile abbozzare una conclusione. Chiariamo subito che non s'intende assolutamente risolvere la *vexata quaestio* che si è illustrata e che è destinata a suscitare ancora in futuro discordie tra dottrina e giurisprudenza.

l'efficacia probatoria degli elementi indizianti offerti dall'accusa"; Cass. pen., sez I, 1990, Montalto, cit.

⁴⁷⁴ Cass. pen., sez. I, 18 maggio 1992, dep. 5 agosto, Vincenti et al., in *Cass pen.*, 1993, p. 2377

⁴⁷⁵ Tribunale di Napoli, sez. app. mis. prev., dep. 6 luglio 2011, Pres. ed est. Menditto, in www.penalecontemporaneo.it

Il meccanismo probatorio prescelto dal legislatore sicuramente agevola compiti d'indagine e probatori che altrimenti sarebbero difficilmente assolvibili: ci s'immagini il dispendio di tempo e risorse che sarebbero necessari per provare l'origine illecita di ogni singolo bene rientrando negli immensi patrimoni mafiosi. Questo meccanismo però – proprio per questa *facilitazione* – è in bilico sul precipizio dell'incostituzionalità: chi vuole scorgervi un'inversione dell'onere della prova, ha tutti gli appigli testuali per farlo; chi invece lo considera compatibile con la presunzione d'innocenza, può cercare di offrirne un'interpretazione costituzionalmente orientata. Resta da chiarire quale delle due sia da seguire.

A giudizio dello scrivente è da seguire – come si è fatto già in altre occasioni – la strada che offre maggiori garanzie per l'individuo.

La strada dell'eccezione d'illegittimità per contrasto con l'art. 27 co. 2 Cost. e con l'art. 6 § 2 CEDU è sbarrata dalla posizione della Corte costituzionale ma soprattutto dalla più approfondita posizione della Corte europea, che considera pienamente legittime presunzioni di fatto o di diritto controvertibili dall'imputato; inoltre, in riferimento alla confisca di prevenzione, l'ostacolo in mezzo al cammino è ancora più grosso, dal momento che la Corte e.d.u. – come si è già illustrato nel capitolo II – finora non l'ha ritenuta "una sanzione penale, e pertanto non vi considera applicabile la presunzione d'innocenza di cui all'art. 6 § 2 CEDU"⁴⁷⁶.

Non resta quindi, se nell'applicazione pratica delle due norme si vuole comunque assolvere al compito di preservare le garanzie individuali, che seguire la via dell'interpretazione *costituzionalmente orientata* cercando di leggere nelle due norme non un'inversione dell'onere della prova, ma più riduttivamente un onere di allegazione in capo all'imputato. Non si tacci quest'espressione di *frode delle etichette*, sostenendo che si tratti nella sostanza di un onere della prova. In un sistema processuale di tipo accusatorio – lo si è già detto – non è fuori luogo immaginare che anche l'imputato debba fornire elementi di prova e che anche per lui possa valere la regola *onus probandi incumbit ei qui dicit*. Questo non toglie che l'imputato sia sempre garantito da un'altra regola, che impone l'assoluzione (*rectius*, la non applicazione della confisca) qualora la colpevolezza (*rectius*, l'origine illecita) non

⁴⁷⁶ Su questo non si può far altro, come si è già detto ripetutamente, che auspicare un *revirement* della Corte europea.

sia provata al di là di ogni ragionevole dubbio. Ben venga a questo punto il diritto al silenzio dell'imputato⁴⁷⁷: non collaborare al processo però è una strategia processuale liberamente adottata dall'imputato, ed egli ne subisce le conseguenze. Di fronte a delitti altamente produttivi di ricchezza⁴⁷⁸, è irragionevole immaginare che se il condannato possiede dei beni oltre ciò che potrebbe permettersi sulla base di fonti di reddito lecite, tali beni siano frutto di illeciti, dal momento che il condannato non è in grado di fornire una spiegazione attendibile dell'origine lecita di questi beni? Spesso si dice che questa sarebbe una *probatio diabolica* per l'imputato, poiché consisterebbe in una prova negativa⁴⁷⁹. Ci si chiede però se sia davvero così difficile per l'imputato, produrre in giudizio – se esiste – il testamento con cui ha ricevuto un ingente lascito dal defunto padre, che giustificerebbe l'acquisto di un immobile, per esempio. Non si vuole negare tuttavia che talvolta questa prova possa recare con sé qualche difficoltà: si pensi ai valori mobiliari ottenuti dal *de cuius* o a una somma ricevuta in tempo remoto per una prestazione occasionalmente eseguita, di cui si sia persa la documentazione. Anche per questo sarebbe necessario modificare parzialmente la norma: inserendovi la correlazione temporale tra sproporzione e acquisto voluta dalle Sezioni Unite; inserendo un tempo massimo oltre il quale non sarebbe consentito al giudice andare dietro nel tempo per valutare la presunzione d'illecita accumulazione, pena la estrema difficoltà della prova.

La presunzione che è posta a carico dell'imputato non è *juris et de jure*, ma *juris tantum*, e facilmente controvertibile con un'inossidabile prova documentale (il testamento nell'esempio). E' stato scritto con sano pragmatismo anglosassone che "owning property and spending money are activities undertaken by almost everyone in Western society and [...] are not prima facie unlawful. In finding no violation of Article 6, the Courts appears to have been influenced by the fact that had the applicant's account of his financial dealings been true, it would not have been

⁴⁷⁷ Qualche margine di perplessità, a dire il vero, continua a sussistere rispetto al divieto di fornire dichiarazioni auto-incriminanti; resta il dubbio insomma, che si obblighi l'imputato a confessare l'evasione fiscale.

⁴⁷⁸ Quindi, ecco un'altra ragione per limitare l'applicazione della confisca allargata alla criminalità organizzata, non estendola – come il legislatore ha fatto – a forme di criminalità non così lucrative e sommerse.

⁴⁷⁹ Sostiene ILLUMINATI G., *La presunzione*, cit., p. 135, che la prova negativa non sia affatto diabolica, ma spesso più facile di quella positiva.

difficul for him to rebut the statutory assumption; most people who, for example, buy a house, are able to show where the money came from without great difficulty"⁴⁸⁰.

Una volta che l'imputato fornisca la sua giustificazione sarà di nuovo compito dell'accusa dimostrarne la non veridicità, ma spetta in fin dei conti al giudice valutare secondo i principi di libertà delle prove e di libero convincimento gli elementi forniti dall'accusa (la prova del delitto e l'assenza di fonti di reddito idonee) e dalla difesa (le giustificazioni addotte), e accogliere la versione più convincente.

Come ha giustamente sottolineato la Corte e.d.u. nella sua giurisprudenza, la presunzione non va considerata separatamente dal processo in cui s'inserisce, e quindi bisognerà valutare nel caso concreto – adottando ancora una volta la posizione attenta all'effettività delle garanzie tipica di un giudice del caso concreto quale la Corte di Strasburgo – se il giudice ha concesso alla difesa di introdurre le sue allegazioni; se il giudice le ha prese seriamente in considerazione; in fin dei conti se ha *adeguatamente motivato* le ragioni che lo portano a ritenere che i beni sproporzionati non possano che essere di origine illecita. E' vero che quest'onere di motivazione non è esplicitato né nell'art. 2 *ter* né nell'art. 12 *sexies*, e che sarebbe quindi auspicabile un intervento correttivo del legislatore sull'esempio delle fonti di diritto europeo⁴⁸¹, però fino a che questo non avverrà è assolutamente necessario richiederlo affinché il meccanismo probatorio non violi la presunzione d'innocenza. Se l'organo giudicante compie la sua valutazione liberamente e se le garanzie del giusto processo sono rispettate (soprattutto diritto alla prova e al contraddittorio sulla prova, artt. 111 Cost. e 6 CEDU), allora non vi alcuna presunzione di illecita accumulazione, dal momento che se l'imputato avesse *potuto* allegare prove a sé favorevoli, lo avrebbe fatto e lo spazio per farlo gli era pienamente concesso.

In conclusione, pur comprendendo le ragioni che spingono parte della dottrina a sostenere che nella confisca *ex art. 12 sexies* l. 356/1992 ed *ex art. 2 ter* l. 575/1965 si violi la presunzione d'innocenza come regola di giudizio (con annesso diritto al silenzio), delle due norme è possibile offrire un'interpretazione costituzionalmente orientata, seguendo l'orientamento proposto da parte della dottrina e della giurisprudenza (e più spesso applicato, grazie al diverso tenore

⁴⁸⁰ OVEY C., WHITE R.C.A., *Jakobs & White*, cit., p. 202.

⁴⁸¹ Che tratteremo a breve, nell'Appendice.

letterale della norma, nella confisca di prevenzione) che intravede nell'onere imposto al terzo solo un onere di allegazione e non una presunzione di colpevolezza.

Se non si vuole difatti che la giusta difesa delle garanzie individuali rimanga sulla carta, ma invece si vuole assicurarle una protezione effettiva, è bene scegliere la strada più percorribile e ugualmente soddisfacente.

APPENDICE:

UNO SGUARDO ALL'EUROPA

SOMMARIO: 1. L'interesse per la confisca nelle fonti internazionali. – 2. Le decisioni–quadro relative alla confisca. – 3. Differenze e analogie tra le confische europee e quelle italiane. – 4. Dal terzo pilastro al diritto dell'Unione: dove ci porta Lisbona?

1. L'interesse per la confisca nelle fonti internazionali

La dimensione transnazionale di alcune fenomenologie organizzate di criminalità – quali, in particolar modo, quella finalizzata al traffico di stupefacenti, alla tratta degli esseri umani, al terrorismo internazionale, al traffico di armi, al riciclaggio di denaro – ha indotto gli Stati a riflettere sulla necessità di elaborare strategie di contrasto comuni a tali organizzazioni criminali che, operando in più paesi, per esser efficacemente combattute devono essere affrontate su più fronti.

Uno dei metodi con cui combattere efficacemente tali organizzazioni ne è l'incapacitazione economica attraverso la privazione dei proventi da reato, dal momento che l'arresto del singolo associato non ha che un valore episodico nell'economia dell'organizzazione: solo la privazione della ricchezza è capace di arrestare lo sviluppo dell'associazione (ciò vale anche per la criminalità organizzata non transnazionale), e lo strumento principe con cui privarla dei capitali illeciti è appunto la confisca.

Nei confronti della criminalità transnazionale però anche la confisca deve assumere una dimensione transnazionale, dal momento che la globalizzazione dell'economia consente di riciclare il denaro proveniente dal reato in territori assai lontani da quello di produzione: "l'allocazione, l'occultamento, il trasferimento e la sostituzione di beni e denaro – anche tramite condotte di sostituzione e di reimpiego – avviene sovente in ambiti territoriali diversi da quelli in cui la condotta degli illeciti presupposti è stata posta in essere"¹, e questo richiede un adeguamento delle tecniche di contrasto alla criminalità.

¹ FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., p. 86.

Questo spiega lo sviluppo di una serie di Convenzioni internazionali in materia di criminalità transazionale che si sono occupate anche (o soprattutto) di confisca.

Tra le più importanti, in ordine cronologico, vi è la Convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope, adottata a Vienna il 20 dicembre 1988². La Convenzione invita gli Stati aderenti a introdurre nei loro ordinamenti forme di confisca dei proventi da reato (art. 5), in particolar modo anche nella forma di valore (§6) e anche accompagnate da forme d'inversione dell'onere della prova circa le origini illecite dei beni confiscabili (§ 7).

Si segnala inoltre la Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato, concluso in seno al Consiglio d'Europa (ma aperta alla firma) a Strasburgo l'8 novembre 1990³. Anch'essa invita gli Stati firmatari all'introduzione di forme di confisca, anche di valore, per combattere il riciclaggio di denaro sporco (art. 6).

Infine la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, adottata a Palermo il 15 dicembre 2000⁴: oltre a spingere gli Stati parte all'introduzione nei loro ordinamenti di forme di confisca anche di valore (art. 12 § 1 lett. a) e § 3), li sollecita anche (§7) a "considerare la possibilità che un reo dimostri l'origine lecita dei presunti proventi di reato o altri beni che possono essere oggetto di confisca", compatibilmente con i principi di diritto interno.

La cooperazione giudiziaria in ambito europeo, e la lotta alla criminalità transnazionale operante (anche) all'interno dell'Europa, consentono e richiedono però qualcosa in più rispetto agli atti di diritto internazionale pattizio. Lo *consentono*, in quanto l'integrazione europea permette l'adozione di atti di diritto derivato con efficacia vincolante per gli Stati membri – il cui disattendimento dà luogo all'apertura di una procedura d'infrazione a carico dello Stato inadempiente – e che possono porre diritti direttamente in capo ai cittadini degli Stati membri. Lo *richiedono*, in quanto la libera circolazione dei capitali (oltreché delle cose) all'interno del territorio dell'Unione europea renda ancora più facile lo spostamento

² In: www.droganews.it/pubdownload.php?id=601

³ In: www.dt.tesoro.it/. Ratificata dall'Italia con la l. 328/1993.

⁴ In *Documenti Giustizia*, 2000, n. 6, p. 1411.

di capitali (ma anche di strumenti del reato) dallo Stato in cui sono illecitamente accumulati ad altro in cui possono essere facilmente riciclati, alimentando l'economia criminale.

Il Consiglio europeo di Tampere del 15–16 ottobre 1999 prese un'energica posizione in tal senso: "Il riciclaggio dei capitali è il nucleo stesso della criminalità organizzata. Esso dovrebbe essere sradicato ovunque si manifesti. Il Consiglio europeo è determinato ad assicurare che siano intraprese iniziative concrete per rintracciare, sequestrare e confiscare i proventi di reato"⁵. Da questa determinazione e da quella manifestatasi negli altri atti internazionali che si sono citati⁶, sono nati alcuni atti di diritto derivato che si sono occupati di confisca.

2. Le decisioni–quadro relative alla confisca

Gli atti aventi direttamente per oggetto la confisca finora adottati dalle istituzioni dell'Unione sono tre, due in tema di mutuo riconoscimento delle decisioni nazionali, uno in tema di armonizzazione delle normativa nazionali⁷.

Si tratta di decisioni–quadro afferenti al c.d. terzo pilastro, ossia alla Cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri (GAI), adottate ai sensi dell'art. 34 § 2 UE⁸.

In breve, le decisioni–quadro si caratterizzano per avere come obiettivo il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri, al pari delle direttive, e similmente a esse, impongono agli Stati un'obbligazione di risultato e non di mezzi,

⁵ Punto 51 delle Conclusioni del Consiglio di Tampere, testo disponibile in: <http://www.europarl.europa.eu/summits>

⁶ Si ricorda anche la Convenzione OCSE del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali, in base alla quale il legislatore italiano introdusse l'art. 322 *ter* c.p. sulla confisca di valore nei confronti dei delitti dei pubblici ufficiali contro la pubblica amministrazione.

⁷ Vi è anche la decisione–quadro 2003/577/GAI del 22 luglio 2003 relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio; anch'essa si occupa di confisca ma solo indirettamente, perché il suo oggetto è in realtà il sequestro probatorio o preventivo. Scopo della direttiva è quello di stabilire le condizioni in base alle quali uno Stato membro riconosce e da esecuzione nel suo territorio i provvedimenti di sequestro adottati in altro Stato membro. Su questa decisione–quadro v. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., pp. 106 e ss.; IUZZOLINO G., *Il congelamento dei beni da sottoporre a sequestro o a confisca*, in AA. VV., *Diritto penale europeo*, cit., pp. 29 e ss.

⁸ Oggi la materia della cooperazione giudiziaria in materia penale è disciplinata dagli artt. 82 e ss. TFUE; sul punto torneremo *infra*.

ossia obbligano lo Stato al raggiungimento di un determinato fine, lasciandolo libero di scegliere le migliori modalità con cui adempiere a tale fine, purché si dia efficacia sostanziale al contenuto della direttiva. Non hanno efficacia diretta né orizzontale (come i regolamenti) né verticale (come i regolamenti e le direttive *self-executing*, ovvero le direttive scadute e dotate di un contenuto chiaro e idoneo a porre precisi obblighi e diritti in capo ai destinatari – rispettivamente pubblici e privati – della direttiva stesa), quindi non possono esser fatte valere da un cittadino dell'Unione contro un altro cittadino dell'Unione né contro lo Stato inadempiente; né sono *giustiziabili* tra i diversi attori del diritto comunitario, quindi non possono portare all'apertura di una procedura d'infrazione in caso di loro non osservanza da parte di uno Stato membro.

Ciò nondimeno, come chiarito dalla sentenza *Pupino* della Corte di giustizia delle Comunità europee⁹ (oggi Corte di giustizia dell'Unione europea), pongono al giudice nazionale – soggetto, come organo dello Stato membro, al rispetto del principio di *leale collaborazione* e tenuto, come giudice comune dell'Unione europea, a garantire vigenza al diritto comunitario – l'obbligo *d'interpretazione conforme*, ovvero d'interpretare la normativa nazionale in modo da, se possibile, preservare l'efficacia delle norme contenute nella decisione–quadro. In materia penale quest'obbligo trova il limite del divieto di retroattività in senso sfavorevole al reo e del principio di certezza del diritto né può tradursi in un'interpretazione *contra legem* della norma penale nazionale; questo osta – come chiarito nella sentenza *Pupino* "a che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottate per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni".

⁹ CGCE, 16 giugno 2005, *Pupino c. Italia* (C-105/03). Per un commento a tale sentenza v. MANES V., *L'incidenza delle "decisioni–quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150: questo autore parla giustamente "*upgradation* in un contesto di progressiva comunitarizzazione del terzo pilastro", che è poi ciò che è avvenuto definitivamente col Trattato di Lisbona; VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433: anche questo autore rimarca l'avvicinamento degli atti di terzo pilastro agli atti di diritto comunitario in senso stretto e l'allontanamento dai tradizionali strumenti di diritto internazionale.

Quindi, obbligo d'interpretazione *secundum legem* (ovvero d'interpretazione conforme che *sviluppi* un elemento già contenuto nella fattispecie interna), ma divieto d'interpretazione conforme *contra legem* e divieto d'interpretazione conforme *preater legem* ma *contra reum*¹⁰.

Iniziamo con l'illustrare le decisioni–quadro aventi a oggetto l'armonizzazione delle normative nazionali.

La prima è la decisione–quadro 2001/500/GAI del Consiglio europeo del 26 giugno 2001 concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, che si pone in una linea di continuità *ratione materiae* con la Convenzione di Strasburgo del 1990. Non desta tuttavia particolare interesse, dal momento che l'unica norma che tratta di confisca (art. 3) si limita a imporre agli Stati membri le misure necessarie affinché nella loro legislazione sia consentita la confisca dei proventi di reato, anche nella forma per equivalente, sia nei procedimenti nazionali che in quelli avviati su richiesta di un altro Stato membro. Per l'individuazione dell'esatto significato del termine *provento* la decisione rinvia alla Convenzione di Strasburgo che, all'art. 1 lett. a, individua come proventi qualsiasi vantaggio economico derivante dal reato¹¹. Nell'impianto della decisione–quadro la confisca – sempre ai sensi della Convenzione di Strasburgo – è una sanzione o una misura, ordinata da un'autorità giudiziaria a seguito di un procedimento per uno o più reati, che consiste nel privare definitivamente di un bene.

Ben più interessante è la decisione–quadro 2005/212/GAI del Consiglio europeo del 24 febbraio 2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato¹². Il 1° Considerando della decisione afferma quanto segue: "La motivazione fondamentale della criminalità organizzata transfrontaliera è il profitto economico.

¹⁰ Questo è il quadro che sembra potersi trarre anche nell'interpretazione della sentenza *Pupino* offerta dai due autori citati alla nota precedente, rispettivamente p. 1153 e p. 1438. Sul punto si tornerà a breve perché la questione non è così pacifica.

¹¹ Questo ha – e ha avuto – delle conseguenze su rapporto tra questo termine e la nozione di profitto accolta dal legislatore italiano; anche di questo si tratterà nel prossimo paragrafo.

¹² Per dei commenti a questa direttiva v. FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., pp. 120 e ss.; IUZZOLINO G., *L'armonizzazione della confisca*, in AA. VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006, pp. 353 e ss.; TONA G., *La confisca nella legislazione in materia di criminalità organizzata: normativa italiana e diritto europeo*, in *Il merito*, 2005, n. 9, p. 54.

Un'efficace azione di prevenzione e lotta contro la criminalità organizzata deve pertanto concentrarsi sul rintracciamento, il congelamento, il sequestro e la confisca dei proventi di reato. Questo è tuttavia ostacolato tra l'altro dalle differenze tra le legislazioni in materia degli Stati membri"¹³. La decisione del 2005 è appunto preordinata a smussare queste differenze, creando un tessuto normativo comune che renda la circolazione delle decisioni di confisca tra gli Stati membri più facile.

La particolare rilevanza di questo atto è dovuta al fatto che esso non introduce una disciplina settoriale della confisca – limitata cioè ad aree d'intervento tassativamente indicate – ma ne offre una *regolamentazione generale*¹⁴.

L'art. 2 obbliga gli Stati membri a prevedere nei loro ordinamenti forme di confisca totale o parziale di strumenti o proventi (o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi) di reati punibili con una pena privativa della libertà personale superiore a un anno. Il riferimento in questo caso è alla confisca classica o di valore; il significato dei termini "confisca" e "proventi" è lo stesso adottato nella decisione–quadro precedente nonché nella Convenzione di Strasburgo.

L'art. 3 invece stabilisce un livello minimo per l'armonizzazione dei *poteri estesi* di confisca, e cioè per la possibilità di procedere all'ablazione totale o parziale dei beni detenuti da una persona condannata per un reato; livello minimo, in quanto per procedervi deve *perlomeno* sussistere una delle condizioni previste dal § 2.

Il reato commesso deve essere contemplato dalla decisione–quadro 2002/475/GAI sulla lotta contro il terrorismo ovvero in alternativa deve essere commesso nel quadro di un'*organizzazione criminale*, e in tal caso deve trattarsi di:

- a. falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro (2000/383/GAI);
- b. reati contemplati dalla decisione 2001/500/GAI contro il riciclaggio di denaro;
- c. tratta degli essere umani (2002/629/GAI);
- d. favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali (2002/946/GAI);

¹³ Il Considerando n. 4 rinvia alla Conclusione n. 51 del Consiglio di Tampere; il Considerando n. 6 rinvia all'art. 12 della Convenzione di Palermo (che prevede la possibilità di chiedere al condannato una giustificazione del suo patrimonio).

¹⁴ IZZOLINO G., *L'armonizzazione*, cit., p. 355; FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., p. 120.

e. sfruttamento sessuale dei bambini e pornografia infantile (2004/68/GAI);

f. traffico illecito di stupefacenti (2004/757/GAI),

purché il reato sia di natura tale da produrre profitto economico e, nel caso di riciclaggio di capitali, sia punibile con pene detentive massime di almeno quattro anni ovvero, fuori dai casi di riciclaggio, sia punito con pene detentive massime comprese almeno tra cinque e dieci anni.

Il § 2 stabilisce il livello minimo di armonizzazione indirizzando gli Stati membri a consentire la confisca sulla base di tre differenti indizi sull'origine del patrimonio, ossia:

- a. quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato, ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; oppure
- b. quando un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di *analoghe* attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo anteriore alla condanna per il reato, ritenuta ragionevole dal giudice nelle circostanze della fattispecie; oppure
- c. quando si stabilisce che il valore del bene è sproporzionato al reddito legittimo della persona condannata e un giudice nazionale, sulla base di fatti circostanziati, è pienamente convinto che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata stessa.

Queste sono le tre condizioni minime, alternative l'una all'altra, che possono legittimare la confisca totale o parziale dei beni del condannato ai sensi della decisione–quadro; fermo restando che ciascuno Stato può introdurre o mantenere norme interne che assicurino un più esteso ambito di tutela reale e maggiori strumenti di ablazione dei beni¹⁵.

¹⁵ IUZZOLINO G., *La confisca nel diritto penale dell'Unione europea tra armonizzazione normativa e reciproco riconoscimento*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1555.

Queste tre condizioni richiedono il *pieno convincimento* da parte del giudice, sulla base di fatti circostanziati, circa l'origine illecita dei beni: questa formula potrebbe essere intesa come un convincimento al di là di ogni ragionevole dubbio¹⁶; non è comunque richiesta la dimostrazione specifica, ma sembrano essere sufficienti elementi indiziari, purché univoci, valorizzati dalla condanna per lo specifico reato.

I tre differenti presupposti si collocano in una prospettiva scalare: dal primo all'ultimo aumentano le garanzie per l'individuo in modo proporzionalmente inverso al limitarsi dei poteri di ablazione estesa dello Stato. Nell'ipotesi di cui alla lett. a., infatti, il giudice deve essere convinto che il bene sia il provento di attività criminose *commesse antecedentemente alla condanna*: non vi è alcun riferimento alla tipologia di attività criminose di cui si deve sospettare la commissione, e pertanto i precedenti e ipotizzati reati possono non avere alcun collegamento col delitto *de quo*. Inoltre non vi è alcun riferimento alla sproporzione tra patrimonio e reddito o attività svolta. Nell'ipotesi di cui alla lett. b. subentra una limitazione, nel senso che non può trattarsi del sospetto di qualsiasi attività delittuosa, ma deve trattarsi di attività criminali *analoghe* a quelle per cui interviene la condanna. Parte della dottrina ritiene al contrario che nella lett. b. si diluisca ulteriormente il nesso di pertinenzialità tra i beni e l'attività illecita, già sfumato dalla circostanza che non debba essere *provato*, consentendo la confisca dei proventi di attività criminose anche analoghe¹⁷ (quali?). L'ipotesi di cui alla lett. c., infine, fa riferimento alla sproporzione tra il valore del bene e il reddito legittimo, da cui il giudice dovrebbe dedurre con pieno convincimento il fatto che tali beni siano frutto di attività criminose della persona stessa; rispetto alle lettere precedenti si aggiunge quindi un elemento che restringe i poteri di confisca, perché è necessario che sussista questo divario prima non richiesto.

Il § 3 prevede la possibilità, a discrezione degli Stati, di introdurre forme di confisca totale o parziale – ai sensi dei § 1 e 2 – dei beni acquisiti da persone con le

¹⁶ FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali*, cit., p. 124.

¹⁷ *Ibidem*, p. 125. In realtà però il riferimento alle attività delittuose *restringe*, e non *diluisce* il nesso di pertinenzialità rispetto alla lettera precedente. Ai sensi della lett. a., infatti, può trattarsi di attività criminali di qualsiasi genere, dal momento che nulla è specificato; ai sensi della lett. b. invece, deve trattarsi di attività criminali che siano analoghe a quella per cui interviene la condanna.

quali il condannato ha le relazioni più strette e dei beni trasferiti a una persona giuridica controllata dal condannato.

L'art. 5 pone una clausola di salvaguardia dei diritti e dei principi fondamentali riconosciuti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, in particolare la presunzione d'innocenza, obbligando gli Stati al pieno rispetto di quei diritti e principi fondamentali. La formulazione dell'art. 6 nel Trattato di Lisbona è cambiata: ma il fine perseguito dalle due norme è sostanzialmente lo stesso, ossia il riconoscimento dei diritti fondamentali propri delle tradizioni costituzionali comuni agli stati membri – come principi generali di diritto – e ricompresi nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, cui s'aggiunge, nella nuova formulazione, la Carta di Nizza del 2000.

La decisione–quadro 2006/783/GAI del 6 ottobre 2006 si occupa del reciproco riconoscimento tra gli Stati membri delle rispettive decisioni di confisca¹⁸; l'obiettivo della decisione è esplicitato al Considerando n. 8: "Obiettivo della presente decisione–quadro è facilitare la cooperazione tra gli Stati membri in materia di reciproco riconoscimento ed esecuzione delle decisioni di confisca dei proventi, in modo che uno Stato membro riconosca ed esegua nel proprio territorio le decisioni di confisca prese da un Tribunale competente in materia penale". Il fine è quindi che i provvedimenti di confisca adottati nello Stato membro di decisione possano essere eseguiti senza la necessità di un nuovo e autonomo provvedimento di confisca dello Stato membro d'esecuzione; questa finalità, per espressa ammissione della decisione–quadro del 2006, è strettamente connessa con l'armonizzazione delle normative nazionali di cui alla decisione–quadro del 2005, anzi si può ben dire che l'armonizzazione è preordinata al reciproco riconoscimento e il reciproco riconoscimento è reso possibile grazie all'esistenza di un'uniformità minima tra le legislazioni degli Stati membri.

Rimane ferma l'esigenza, espressa sia nel Considerando n. 13 che nell'art. 1 § 2¹⁹, di rispettare i diritti fondamentali riconosciuti dall'art. 6 TUE.

¹⁸ Per un'analisi accurata si veda IUZZOLINO G., *La confisca nel diritto*, cit., p. 1554.

¹⁹ Considerando n. 13: "La presente decisione quadro rispetta i diritti fondamentali ed osserva i principi sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea e contenuti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare il capo VI. Nessun elemento della presente decisione quadro può essere interpretato nel senso che non sia consentito rifiutare di confiscare un bene che

Il mutuo riconoscimento si applica alle decisioni di confisca, ossia alla sanzione o misura finale imposta da un'autorità giudiziaria a seguito di un procedimento per uno o più reati che consista nel privare definitivamente di un bene (art. 2 § 1 lett. c.), bene che l'autorità giudiziaria dello Stato emittente abbia stabilito:

- a. essere il prodotto di un reato o il suo equivalente, in tutto o in parte; ovvero,
- b. essere lo strumento di tale reato; ovvero,
- c. essere passibile di confisca in base ai *poteri estesi* di confisca disciplinati dalla decisione quadro GAI 2005/212; ovvero,
- d. essere passibile di confisca ai sensi della legislazione dello Stato di emissione.

L'art. 6 contiene un'elencazione di reati – giudicati particolarmente gravi dal legislatore europeo – per i quali non è richiesta la doppia incriminazione (quindi si potrà procedere a confisca anche se il fatto è incriminato nel solo Stato d'emissione), tra cui partecipazione a un'organizzazione criminale, terrorismo, tratta degli esseri umani, corruzione, omicidio volontario, etc.

La cooperazione basata sul mutuo riconoscimento si articola in due fasi, una *attiva*, basata sull'emissione dell'eurordinanza che contiene il provvedimento di confisca, l'altra *passiva*, di sua esecuzione.

Per quanto riguarda la prima fase, l'eurordinanza consente di far circolare nello spazio giudiziario europeo i provvedimenti giudiziari superando il limite della territorialità e velocizzando le procedure di *exequatur*. Per quanto riguarda la competenza territoriale, se la confisca riguarda somme di denaro, andrà eseguita nello Stato membro in cui la persona fisica o giuridica possiede un reddito; se riguarda beni, la confisca andrà eseguita nello Stato in cui la persona dispone di tali beni ovvero essi sono ubicati; in alternativa a tali criteri, è competente lo Stato in cui

forma oggetto di una decisione di confisca, qualora sussistano elementi oggettivi per ritenere che la decisione suddetta sia stata emessa al fine di perseguire penalmente o punire una persona a causa del suo sesso, della sua razza, religione, origine etnica, nazionalità, lingua, opinione politica o delle sue tendenze sessuali oppure che la posizione di tale persona possa risultare pregiudicata per uno di tali motivi".

Art. 2 § 1: "L'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'articolo 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificato per effetto della presente decisione quadro e qualsiasi obbligo che incombe alle autorità giudiziarie al riguardo rimane impregiudicato".

risiede abitualmente la persona (ovvero nel quale la persona giuridica ha la sua sede sociale).

Per quanto riguarda invece la fase passiva, l'esecuzione dell'eurordinanza è tendenzialmente obbligatoria: l'autorità giudiziaria deve limitarsi a verificare il contenuto dell'ordine europeo e la sua corrispondenza con il provvedimento di confisca originario; potrà rifiutare il riconoscimento o l'esecuzione solo se ricorre uno dei motivi indicati dall'art. 8, tra cui la violazione del principio *ne bis in idem*, l'esistenza di immunità personali o di privilegi sul bene da confiscare, la tutela dei terzi di buona fede, la mancanza di assistenza legale nel procedimento principale, etc.

E' importante rimarcare due circostanze.

Anzitutto, i motivi di rifiuto previsti nelle decisioni–quadro in materia di mutuo riconoscimento sono sempre un *numerus clausus*: quindi lo Stato non potrà rifiutare l'esecuzione per motivi ulteriori e diversi da quelli considerati dall'atto di terzo pilastro.

Inoltre, anche i motivi tassativamente indicati *non sono* obbligatori né per lo Stato in fase di recepimento della decisione–quadro né per il giudice nazionale tenuto ad applicarla. Quindi il legislatore può recepirne alcuni e non altri, o non recepirli affatto, e il giudice, pur se recepiti nella legislazione nazionale, può non applicarli.

Questo è il quadro della normativa europea che disciplina la confisca.

3. Differenze e analogie tra le confische europee e quelle italiane

Posto il quadro di riferimento, può essere interessante analizzare come la normativa italiana in materia di confisca s'incastri in quella europea. L'analisi, che verrà svolta utilizzando principalmente il termine di confronto offerto dalla decisione–quadro 2005/212/GAI (dal momento che essa offre la disciplina europea generale della confisca) può essere particolarmente interessante per tre ragioni: anzitutto, per verificare se e come il legislatore italiano abbia adempiuto all'obbligo (non sanzionato, quindi più che altro un *invito*) di uniformarsi agli atti di terzo pilastro; poi, perché sul giudice italiano grava l'obbligo di interpretazione conforme alla disciplina contenuta negli atti di terzo pilastro, quindi qualora emergano

differenze tra le due discipline è necessario chiedersi fino a che punto quest'obbligo possa essere adempiuto²⁰; infine, perché eventuali differenze, *rectius* l'eventuale impossibilità di ricondurre alcune forme di confisca presenti nel nostro ordinamento agli *standard* europei di confisca potrebbe comportare l'impossibilità di mutuo riconoscimento, poiché se alcune ipotesi di confisca non rispettano i requisiti di uniformità richiesti dalla disciplina europea, potrebbe essere difficile darvi esecuzione negli altri Stati membri ai sensi della decisione–quadro 2006/783/GAI.

Le questioni più interessanti – a giudizio di chi scrive – rispetto alle quali effettuare questa forma di comparazione sono tre: la diversa nozione di profitto; la limitata possibilità di procedere nel nostro ordinamento alla confisca dell'equivalente; le similitudini e le differenze tra i poteri estesi di confisca di cui all'art. 3 della decisione del 2005 e le due forme di confisca allargata presenti nel nostro ordinamento (di prevenzione e definitiva).

Incominciamo dalla nozione di profitto. Nel nostro ordinamento l'esatta individuazione di cosa costituisca profitto del reato è stata ed è tuttora questione piuttosto discussa²¹. Secondo un primo orientamento, costituirebbe profitto del reato l'utilità economica immediatamente tratta dal reato: il bottino della rapina. Secondo un altro orientamento, che ha dalla sua anche la relazione ministeriale al codice penale, nel profitto del reato sarebbero da includere anche le utilità mediatamente tratte dal reato attraverso il reimpiego del profitto diretto: l'automobile acquistata col bottino della rapina. A favore dell'orientamento restrittivo però si può addurre che allargando la nozione di profitto alle utilità derivate si finirebbe per attribuire al giudice un potere d'individuazione discrezionale e per nulla indirizzato dalla legge: a quale trasformazione ci si dovrebbe fermare, quali sono i criteri per la commisurazione (entrerebbe maggiormente in gioco in questo conteso l'alternativa netto/lordo) e soprattutto, a cosa servirebbe la confisca per equivalente, se la confisca in via diretta è già possibile allargando la nozione di profitto?

²⁰ Tenuto conto del *dictum* della sentenza della CGUE *Pupino*, e cioè del fatto che l'interpretazione conforme non può essere *contra legem* né forzare il dato letterale aggravando la responsabilità penale dell'individuo con buona pace del canone di *prevedibilità* della responsabilità penale

²¹ Il tema è stato ampiamente trattato al par. 1.2.2. del cap. I.

La decisione–quadro del 2005 non utilizza il termine profitto²², ma *provento*, indicato come *ogni vantaggio economico* derivato dal reato. Ora il termine provento non solo è comprensivo del prezzo, del profitto e del prodotto – come è stato riconosciuto in più occasioni dalla Corte di Cassazione²³ – la cui ablazione invece il nostro legislatore tiene distinta e assoggetta a regole diverse (quella del prezzo è obbligatoria, quella del profitto e del prodotto facoltativa – nell’art. 240 c.p. – e l’art. 322 *ter* c.p. distingue i reati per i quali è possibile confiscare l’equivalente del profitto, dai reati per i quali è possibile confiscare l’equivalente del prezzo), ma il riferimento a "ogni vantaggio" *può* essere inteso come comprensivo dei rapporti di scambio del profitto originario.

Ci si deve quindi chiedere se sussistono i margini – tenuto conto del *dictum* della sentenza *Pupino* – per un’interpretazione comunitariamente orientata della nozione di profitto presente nel nostro ordinamento che la estenda alle utilità in cui il profitto originario sia stato trasformato.

Lungo questa direttrice si sono mosse le Sezioni unite in un arresto del 2008²⁴. La questione rimessa al loro vaglio era irta d’insidie: si trattava dell’art. 322 *ter* c.p. che, per i reati di cui al 1° comma (artt. 314–320 c.p.), prevede la confisca di valore del prezzo del reato, per il reato di cui al 2° comma (art. 321 c.p.) prevede la confisca di valore del profitto²⁵. Nel caso *de quo* il soggetto, condannato per concussione (art. 317 c.p.) aveva reinvestito la somma ottenuta nell’acquisto di un immobile; come si specifica nella stessa sentenza, "i beni e le utilità che il concussore riceve per effetto della sua attività di costrizione o induzione costituiscono [...] il profitto e non il prezzo del reato"²⁶, quindi la confisca dell’immobile (equivalente del denaro) non sarebbe stata possibile *ex art. 322 ter co. 1 c.p.*

²² Definizione mutuata dalla Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio.

²³ Cfr. Cass. pen., SS. UU., 15 dicembre 1992 (dep. 24 febbraio 1993), Bissoli, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1389, che fa confluire nel provento del reato profitto e prodotto; Cass. pen., SS. UU., 28 aprile 2009 (dep. 8 giugno), n. 9, Bacherotti, in *Foro it.*, 1999, II, c. 571 e Cass. pen., SS. UU., 25 ottobre 2008 (dep. 22 novembre), n. 41936, Mucci, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1383, che vi fanno confluire prodotto, profitto, prezzo

²⁴ Cass. pen., SS. UU., 25 ottobre 2007 (dep. 6 marzo 2008), n. 10280, Miragliotta, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1295.

²⁵ Altra questione particolarmente discussa in giurisprudenza: v. par. 3.2. del capitolo I.

²⁶ Cass. pen., SS. UU., 10280/2008, Miragliotta, cit.

La Cassazione mostra però la sua insofferenza nei confronti di un esito di questo tipo che non risponde pienamente – lo si deve riconoscere – a canoni di giustizia sostanziale e conclude per la confisca dell'immobile, allargando la nozione di profitto del reato (la cui ablazione comunque è obbligatoria nell'art. 322 *ter* 1° co. c.p.) a "qualsiasi trasformazione che il danaro illecitamente conseguito per effetto di investimento dello stesso [...] quando sia collegabile causalmente al reato stesso ed al profitto immediato – il danaro – conseguito e sia soggettivamente attribuibile all'autore del reato"²⁷. E la Cassazione sviluppa la sua linea ermeneutica – si noti bene – richiamando in più occasioni le fonti internazionali, e tra esse anche la decisione–quadro del 2005 e la nozione piuttosto larga di provento da essa adottata. Non si tratta propriamente di un'interpretazione conforme, dal momento che sembra mancare nel giudice nomofilattico questa consapevolezza, nel senso che manca l'esplicita affermazione di dover così interpretare per conformarsi all'atto di terzo pilastro, ma resta il fatto che l'atto comunitario è assunto a elemento che sostiene la tesi espansiva.

Resta da domandarsi se un'interpretazione di questo tipo sia possibile, alla luce della sentenza *Pupino*. Nella sua decisione la Corte di giustizia ha posto dei limiti all'obbligo di interpretare la normativa nazionale – sia che essa sia direttamente attuativa dell'atto di terzo pilastro sia che il suo contenuto coincida *ratione materiae* con il contenuto di tale atto – limiti derivanti dal divieto di forzare il dato letterale della norma di diritto interno (interpretazione *contra legem*) e dal divieto di far conseguire un aggravio di responsabilità penale oltre quanto consentito dalla norma di diritto interno (interpretazione *praeter legem contra reum*). La questione non è così semplice da poter essere sciolta in concise formule latine, perché sfocia nell'annosa problematica relativa alla distinzione tra interpretazione *analogica* e interpretazione *estensiva* in ambito penale.

Senza perdersi nel mare di questa problematica, ma volendo rimanere saldamente ancorati ai rapporti tra decisione–quadro e normativa nazionale, in dottrina sono stati prospettati due orientamenti.

²⁷ *Ibidem*, p. 1297.

Per il primo, fermo il divieto di analogia – ossia, in questo contesto, di interpretare la norma di diritto interno alla luce di quella di terzo pilastro applicandola oltre i casi dalla prima espressamente previsti – sarebbe possibile un'interpretazione estensiva della norma di diritto interno che sviluppi, compatibilmente con il dato letterale, le potenzialità della norma interna in attuazione dello scopo della decisione–quadro²⁸.

Per il secondo orientamento invece, al di là delle distinzioni tra analogia ed estensione, è necessario guardare alle conseguenze pratiche dell'interpretazione e verificare se "l'eterointegrazione si traduca nell'estensione dell'area di rilevanza penale e/o nell'aggravamento della responsabilità del singolo o delle conseguenze sanzionatorie"²⁹, e in tal caso rifiutare l'interpretazione conforme, alla luce del *dictum* della sentenza *Pupino*.

La questione rileva *in subiecta materia* perché accogliendo il primo orientamento, si potrebbe allargare la nozione di profitto conformemente alla più lata nozione di provento contenuta nella norma europea – e quindi concordare con l'esito della sentenza *Miragliotta* – la quale non farebbe altro che sviluppare il contenuto della norma di diritto interno; e che questo sviluppa sia possibile, ce lo dimostrerebbero le incertezze giurisprudenziali e dottrinali sull'individuazione del profitto confiscabile, che dimostrerebbero che un'interpretazione lata è possibile. Invece, accogliendo il secondo orientamento, saremmo costretti a restringere la nozione di profitto – escludendone le utilità mediamente tratte – e a respingere l'interpretazione offerta dalle Sezioni unite, perché così altrimenti si allargherebbe l'area del profitto confiscabile allargando l'area della responsabilità penale cui può essere sottoposto il reo.

Entrambi gli orientamenti hanno dalla loro parte validi argomenti: il primo valorizza la distinzione tecnica tra analogia ed estensione – che in qualche modo deve pur sussistere – consentendo l'efficacia della norma europea, se la formulazione della norma di diritto interno lo permette (e nel caso del profitto, potrebbe permetterlo); il secondo valorizza le garanzie del reo, e in particolare l'elemento della *prevedibilità* delle conseguenze penali, e questo è un argomento molto

²⁸ VIGANÒ F., *Recenti sviluppi*, cit., p. 1439.

²⁹ MANES V., *L'incidenza*, cit., p. 1158.

allettante nell'ottica del presente lavoro, incentrato sulla *massimizzazione* delle garanzie.

Chi scrive però ritiene ci siano altri e validi argomenti per *respingere* una nozione lata di profitto, argomenti di ordine logico e sistematico che s'intrecciano tra loro e che devono partire da un'attenta lettura del termine *provento* contenuto nella decisione–quadro 2005/212/GAI, ma non solo.

In questa decisione (ma anche nella decisione 2006/783/GAI e nella Convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, cui la decisione 2001/500/GAI rinvia per le definizioni) non compare alcuna distinzione tra profitto, prodotto e prezzo, ma le tre distinte entità (che si differenziano in base al loro rapporto col reato) sono ricomprese nel termine *provento*, ossia in ogni vantaggio economico tratto dal reato. E' in questo senso che andrebbe intesa l'*omnicomprensività* del termine, che include le tre distinte entità, non in riferimento ai rapporti di scambio cui sia soggetto il profitto originario. Conferme di questo si possono trarre dall'esplicita previsione contenuta nell'art. 2 § 1 decisione 2005/212/GAI, nell'art. 3 decisione 2001/500/GAI e nell'art. 2 della Convenzione di Strasburgo, che si riferiscono alla necessità di introdurre forme di confisca per equivalente che consentano – così testualmente l'art. 3 della decisione–quadro 2001/500/GAI – "anche, almeno nei casi in cui tali proventi non possono essere rintracciati, di confiscare beni per un valore corrispondente a quello di siffatti proventi". Ora, questa previsione non avrebbe alcun senso e sarebbe assolutamente pleonastica, se gli stessi atti – di terzo pilastro e internazionale – adottassero una nozione lata di profitto, comprensiva del *tantundem*; già in base alla confisca diretta sarebbe possibile incamerare quest'utilità, e allora perché introdurre la confisca di valore? Perché il riferimento a "ogni vantaggio" comprende le tre distinte entità, ferma restando la diretta derivazione che solo la confisca per equivalente può superare.

In conclusione, solo se si ritiene che anche le decisioni–quadro citate adottino una nozione ristretta di profitto – come l'utilità economica *direttamente* tratta dal reato – si comprende il distinto riferimento alla confisca di valore dei proventi, altrimenti privo di senso: il termine *provento* ingloba in sé le diverse utilità economiche quanto alla loro diversa tipologia (profitto, prodotto, prezzo), non quanto al diverso grado del loro rapporto col reato, dal momento che anche negli atti

di terzo pilastro per la confisca diretta è sempre necessario che tali utilità siano direttamente tratte dal reato, altrimenti si procede all'equivalente. Questo deve portare a respingere le conclusioni delle Sezioni unite del 2008, dal momento che già la decisione–quadro non assume una nozione ampia di profitto confiscabile.

L'esatta lettura della decisione–quadro quindi, e non tanto il divieto di interpretazione conforme *contra reum*, deve portare a concludere che il profitto del reato comprende solo l'utilità economica di diretta derivazione illecita e che il termine provento non può essere fatto coincidere per area semantica col termine profitto.

Passiamo al secondo argomento di confronto tra normativa di terzo pilastro e panorama italiano, la confisca di valore. Essa è prevista in via generale dalla decisione-quadro del 2005; al contrario, il nostro legislatore l'ha introdotta come strumento generale solo nei confronti delle persone giuridiche (le quali però rispondono solo per reati tassativamente indicati) – art. 19 d.lgs. 231/2001 – ed essa rimane applicabile esclusivamente ad alcuni reati tassativamente indicati (contro la p.a. – art. 322 *ter* c.p. – schiavitù, pedopornografia e turismo sessuale – art. 600 *septies* c.p. – estorsione – art. 629 c.p. – sequestro di persona a scopo di estorsione – art. 630 c.p. – truffa aggravata – art. 640 *quater* c.p. – usura – art. 644 c.p. – riciclaggio e impiego di denaro o beni di provenienza illecita – artt. 648 *bis* e 648 *quater* c.p. – reati societari – art. 2641 c.c. – *market abuse* e *insider trading* – art. 187 T.U.F –, etc.). Sono quindi immaginabili dei casi in cui la confisca dell'equivalente disposta in un altro Stato membro non trovi il suo omologo nel nostro Stato, vale a dire nel nostro ordinamento non sia prevista la confisca di valore per il medesimo reato.

Questo però non dovrebbe portare all'impossibilità per il giudice italiano di riconoscere e dare esecuzione alla confisca di valore straniera, dal momento che nella decisione 2006/783/GAI non compare tra i motivi di rifiuto il fatto che la confisca non sia prevista nella medesima forma nello Stato d'esecuzione; richiedere sempre la reciprocità indebolirebbe la cooperazione giudiziaria e la lotta al crimine³⁰.

³⁰ IZZOLINO G., *La confisca nel diritto*, cit., p. 1557.

Resta il fatto che la decisione–quadro 2005/212/GAI prevede la confisca di valore in generale, mentre nel nostro ordinamento questa forma d’ablazione è applicabile solo ai reati tassativamente indicati. E oltretutto l’atto di terzo pilastro la prevede in relazione ai proventi, mentre il nostro ordinamento distingue talvolta tra equivalente del prezzo ed equivalente del profitto. Il caso più noto e controverso – e che dal punto di vista del diritto interno si è già affrontato³¹ – è quello dell’art. 322 *ter* c.p. che distingue reati per cui è possibile l’ablazione dell’equivalente del prezzo (comma 1) e reati per i quali è possibile l’ablazione dell’equivalente del profitto (comma 2); e si aggiunga che a esso fanno rinvio altre norme – l’art. 640 *quater* c.p. anzitutto – per l’applicazione della confisca di valore (e quindi ci si chiedeva se il termine passivo di rinvio fosse tutto l’art. 322 *ter* c.p. oppure solo uno dei suoi due commi).

Una sentenza del 2008 delle Sezioni unite si è occupata del problema del rinvio operato dall’art. 640 *quater* c.p., e ha concluso nel senso di ritenere che il rinvio fosse da intendersi a tutto l’articolo argomentando, tra l’altro, sulla base della decisione–quadro 2005/212/GAI che richiederebbe la confisca dell’equivalente del provento del reato³². Gli esiti di questa sentenza sono da condividere, se non altro perché non vi è alcun dato nella lettera della legge che porti a ritenere il rinvio operato dall’art. 640 *quater* c.p. limitato al solo primo o secondo comma dell’art. 322 *ter* c.p. senza dover scomodare l’atto di terzo pilastro. Tuttavia, si comprende il senso del riferimento alla decisione–quadro se si passa ad analizzare un’altra sentenza della Cassazione, questa sì latrice di un (pregevole) esempio d’interpretazione conforme secondo i canoni della sentenza *Pupino*.

Le Sezioni unite nel 2009 affrontano l’intricato nodo dell’art. 322 *ter* c.p., riconoscendo che "mentre nella corruzione, la somma percepita dal pubblico ufficiale costituisce prezzo del reato ogni qualvolta sia stata data o ricevuta come controprestazione per lo svolgimento dell’attività illecita – la maggior parte degli altri reati previsti dall’art. 322 *ter* c.p. non risultano caratterizzati, invece,

³¹ V. cap. I par. 3.2.

³² Cass. pen., SS. UU., 41936/2008, Mucci, cit. Altro argomento di stampo internazionalistico ben presente in questa sentenza è il richiamo della Convenzione OCSE del 1997 sulla lotta alla corruzione che imponeva la confisca di valore tanto della tangente incamerata dal pubblico funzionario quanto del provento ottenuto dal privato

dall'esecuzione nella dinamica delittuosa di illecite prestazioni corrispettive, sicché il beneficio economico conseguito dal reo non può che identificarsi nel profitto del reato"³³ e quindi concludendo che in relazione ai delitti di cui al comma 1 la confisca dell'equivalente diviene praticamente *impossibile*. Ma il pasticcio del legislatore non può essere superato attraverso un'interpretazione conforme della norma nazionale alla decisione-quadro 2005/212/GAI, interpretazione che il riferimento alla innovativa nozione di provento contenuto in alcune sentenze della Cassazione sembrava suggerire³⁴.

Le Sezioni unite infatti ipotizzano la percorribilità di un'interpretazione conforme dell'art. 322 *ter* c.p. al diritto dell'Unione europea che, sulla base dell'utilizzo del termine proventi da parte dell'atto di terzo pilastro, potrebbe portare ad ammettere – indipendentemente dalla diversa formulazione dei suoi due commi – alla confiscabilità dell'equivalente tanto del prezzo quanto del profitto poiché entrambi ricompresi nella nozione di proventi. Ma la Corte rigetta questa possibilità, richiamando i limiti all'interpretazione conforme individuati dalla Corte di giustizia e in particolare i *principi generali di diritto* che ostano a che l'obbligo d'interpretazione conforme si traduca in un aggravio della responsabilità penale del singolo al di là di quanto previsto dalla normativa nazionale. Questo è quanto accadrebbe nel *caso de quo*, dal momento che si scavalcherebbe il limite offerto dalla lettera della legge per estendere a casi originariamente non previsti dal legislatore la confisca di valore; e quest'esito la Cassazione, correttamente, rifiuta.

³³ Cass. pen., SS. UU., 25 giugno 2009 (dep. 6 ottobre), n. 38691, Caruso, in *Cass. pen.*, 2010, p. 108, con nota di MANES V. e con nota di MAIELLO V., in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 440.

³⁴ Le Sezioni unite, che richiamano per l'interpretazione conforme non solo la decisione quadro ma anche alcune delle Convenzioni internazionali citate in apertura, usano parole piuttosto dure nei confronti del legislatore e della sua disorganicità nell'introduzione della confisca di valore: "Palese risulta, dunque, la simultanea coesistenza di una congerie di norme settoriali, non coordinate tra loro, in cui l'istituto della confisca per equivalente viene previsto, in modo altalenante, talvolta in termini perspicui ed efficienti e talaltra, invece, senza un efficace spazio di operatività. Né mancano profili di contraddittorietà, come può rilevarsi, ad esempio, attraverso la constatazione che, mentre per le persone fisiche condannate per i delitti richiamati dall'art. 322 *ter* c.p., comma 1, non può farsi luogo alla confisca per equivalente del profitto, ciò risulta invece ammesso nei confronti dell'ente eventualmente coinvolto in relazione agli stessi fatti. Si pone perciò la necessità che il legislatore provveda a disciplinare in modo sistematico tutte le ipotesi di confisca obbligatoria e di confisca per equivalente, già previste con norme frammentarie e prive di coordinamento".

Arriviamo così all'ultimo tema di confronto: confische allargate (art. 12 *sexies* l. 356/1992 e art. 2 *ter* l. 575/1965) e poteri estesi di confisca (art. 3 decisione–quadro 2005/212/GAI), dal momento che entrambe toccano i beni del condannato per uno specifico reato sull'idea che essi derivino dalla precedente attività criminosa.

L'elemento di distacco più forte tra la normativa italiana e quella comune è rappresentato dalla confisca *ante delictum*, dal momento che la confisca di tutti o parte dei beni prevista dalla decisione–quadro richiede la condanna; va detto però che non essendo le norme contenute nelle decisioni–quadro *giusitiziabili* (per ora), è preclusa la possibilità di ricorrere al giudice europeo³⁵; né l'interpretazione conforme può essere d'alcuno aiuto, poiché sarebbe *contra legem* leggere nella provvedimento che conclude il procedimento di prevenzione una forma di condanna per un reato giudizialmente accertato. Tuttavia la confisca di prevenzione potrebbe recare qualche problema per quanto riguarda la sua esecuzione in un altro Stato membro, dal momento che è un *unicum* nel panorama europeo e che la decisione–quadro 2006/783/GAI sul mutuo riconoscimento fa riferimento ai poteri estesi di confisca previsti dalla decisione del 2005, che per l'appunto annovera la condanna tra i presupposti minimi della confisca allargata. Nonostante ciò, quando ancora non era intervenuta la decisione del 2006, la Corte di cassazione francese ha riconosciuto la possibilità di dare esecuzione nel territorio francese al provvedimento di confisca adottato ai sensi dell'art. 2 *ter* l. 575/1965 sulla base della Convenzione di Strasburgo contro il riciclaggio del 1990³⁶. Tuttavia, l'esecuzione della confisca di prevenzione viene giustificata alla luce della legge del 13 maggio 1996 di adattamento dell'ordinamento francese agli obblighi imposti dalla Convenzione di Strasburgo, la quale inoltre all'art. 14 § 2 vincola lo Stato richiesto non solo alla condanna, ma anche – genericamente – a una decisione giudiziaria dello Stato richiedente; la decisione–quadro 2005/212/GAI e con essa la decisione–quadro 2006/783/GAI sembrano lasciare meno spazi a dubbi, dal momento che è chiaramente richiesta la condanna per un reato. E la differenza tra condanna e

³⁵ Su questa questione v. *infra* par. success.

³⁶ Si tratta di una sentenza del 13 novembre 2003 della quale però non è dato rinvenire estremi più precisi, essendo così riportata nel commento di MELILLO G., *L'esecuzione all'estero delle misure di prevenzione patrimoniali (Una interessante pronuncia della Corte di cassazione francese)*, in *Quest. giust.*, 2004, n. 4, p. 771.

provvedimento di prevenzione non è meramente formale, ma risiede in un diverso (e minore per la confisca di prevenzione) *standard* probatorio, elemento sul quale il legislatore europeo insiste molto e che non può portare a equiparare – ai fini del mutuo riconoscimento – la confisca di prevenzione per l'indiziato con la confisca definitiva per il condannato.

Passiamo al secondo elemento di confronto: lo *standard* probatorio³⁷. Questo sembra essere un tema verso il quale il legislatore europeo è molto sensibile, e infatti la decisione–quadro del 2005 richiede alternativamente (art. 3 § 2 lett. a), b), c),) che il giudice sia soggettivamente convinto sulla base di fatti circostanziati che il bene in questione sia il provento di attività criminose ovvero sia il provento di analoghe attività criminose entrambe commesse nel periodo antecedente alla condanna, oppure che il giudice sia pienamente convinto sulla base di fatti circostanziati che il bene sproporzionato al reddito del condannato sia il frutto di precedenti attività criminose. Quindi, sembra che siano richiesti tanto il pieno convincimento quanto il collegamento con la precedente attività illecita. Si tratta degli elementi che nella normativa nazionale – in particolare l'art. 12 *sexies* l. 356/1992 – sono più sfumati e che se interpretati con una certa leggerezza possono dar luogo a un'inversione dell'onere della prova in violazione della presunzione d'innocenza. La decisione–quadro invece sembra meglio strutturata rispetto alla norma di diritto interno e meno soggetta a interpretazioni equivocate. Dell'art. 12 *sexies* è ben possibile pertanto ipotizzare un'interpretazione comunitariamente orientata che corrobora quanto qui già si è sostenuto sul tema dell'onere della prova, così fugando ogni dubbio che il meccanismo della giustificazione imposto al condannato possa comportare una violazione della presunzione d'innocenza; tale interpretazione "dovrebbe suggerire una applicazione restrittiva della peculiare ipotesi di confisca circoscritta ad una pertinenza cronologica dei beni oggetto di confisca giudicata *ragionevole* rispetto all'attività criminosa presupposto della stessa misura [cosa che la Cassazione ha tentato talvolta di fare e in parte ha fatto con la sentenza Montella del 2004, n.d.r.]; dall'altro dovrebbe pur sempre subordinare l'applicabilità della misura ad un

³⁷ Si veda sul tema l'approfondita analisi di DI CHIARA G., *Modelli e standard probatori in tema di confisca dei proventi di reato nello "spazio giudiziario europeo": problemi e prospettive*, in *Foro it.*, 2002, II, c. 265

convincimento pieno ("oltre ogni ragionevole dubbio") *circa la derivazione comunque illecita* dei beni di valore sproporzionato rispetto al reddito"³⁸. Si tratterebbe quindi di un'interpretazione conforme *in bonam partem* per il condannato, che, sviluppando il lato garantista della norma di diritto interno alla luce della norma di terzo pilastro, aumenta la sua tutela in quanto rende obbligatoria per il giudice nazionale – proprio perché conforme alla decisione–quadro – l'interpretazione della norma che meglio rispetta le garanzie individuali; anche se in dottrina è stato notato che l'armonizzazione prevede *standard* minimi di uniformità, ai quali il legislatore nazionale potrebbe derogare – anche in questo contesto (?) – in senso peggiorativo³⁹.

Concludiamo questo *excursus* con un breve cenno a un ulteriore elemento differenziale tra la decisione–quadro 2005/212/GAI e le due forme di confisca allargata: i reati presupposto. L'atto di terzo pilastro riserva la confisca allargata a una serie di reati particolarmente gravi (terrorismo, riciclaggio, traffico di stupefacenti), rispetto ai quali comunque richiede che la pena massima sia compresa tra i cinque e i dieci anni ovvero, nel caso del riciclaggio, sia superiore ai quattro anni. Nella legislazione italiana invece la confisca allargata si applica non solo a fenomeni criminali dei quali risulta difficile individuare la gravità (si pensi alla *pericolosità generica* nell'art. 2 *ter* l. 575/1965), ma anche a reati puniti con pene detentive minori nel massimo a cinque anni (artt. 316, 316 *bis* e *ter*, 318 c.p.).

Inoltre la decisione–quadro riserva la confisca estesa ai reati compiuti *nel quadro di un'organizzazione criminale*, e questa previsione si spiega dal momento che sono in particolar modo i sodalizi criminali – per la loro continuità nel tempo – a far sospettare dell'origine illecita del patrimonio e temere circa un possibile riciclaggio in attività lecite e poi ancora illecite. Né l'art. 12 *sexies* né l'art. 2 *ter* si applicano più esclusivamente a reati plurisoggettivi o associativi, ma si applicano anche a delitti che si manifestano in forma monosoggettiva e che con le organizzazioni criminali non hanno nulla a che fare (dal momento che se vi sono collegati, sono "attratti" nelle fattispecie incriminatrici del reato in forma organizzata). Se queste differenze non danno luogo (per ora, come vedremo) ad

³⁸ MANES V., *L'incidenza*, cit., p. 1154

³⁹ ID., *Nessuna interpretazione conforme*, cit., pp. 121–122.

alcuna violazione della norma di terzo pilastro da parte della norma di diritto interno – anzitutto perché la prima non può portare ad aprire alcuna procedura d’infrazione, e poi perché sembra di poter dire che essa invita a introdurre forme di confisca estesa *almeno* nei casi tassativamente indicati, lasciando libertà di prevederla in altri – resta una *macroscopica* differenza relativa al riferimento ai massimi edittali e alla criminalità organizzata, che aumenta i dubbi già espressi in precedenza circa l’opportunità e la congruità della previsione di una pena talmente estesa nei confronti anche di alcuni reati non associativi.

4. Dal terzo pilastro al diritto dell’Unione: dove ci porta Lisbona?

Finora abbiamo detto che le decisioni–quadro non sono giustiziabili, quindi se uno Stato membro non ne rispetta il contenuto, il cittadino cui la decisione assicura dei vantaggi non può ricorrere a un giudice interno né un altro Stato membro o la Commissione europea possono richiedere l’intervento della Corte di giustizia per l’accertamento dell’infrazione e la condanna all’ottemperanza dello Stato inadempiente. Il quadro è cambiato con il Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1° dicembre 2009: la distinzione in pilastri è sparita, e le differenze tra le diverse aree di competenza dell’Unione (CEE–CECA–EURATOM 1° pilastro; PESC 2° pilastro; GAI 3° pilastro), si riverberano non sull’efficacia dell’atto adottato, ma sulla minore o maggiore ampiezza della competenza dell’Unione e sulla diversa procedura da seguire per l’adozione degli atti dell’Unione, che per quanto riguarda la politica estera di sicurezza comune dipende molto più dalla volontà degli Stati individualmente intesi che da quella dell’Unione complessivamente considerata (tanto che la PESC è disciplinata già – a differenza della GAI, che pur prima non era soggetta a metodo comunitario – nel Capo II Titolo V del TUE, a differenza degli altri settori di competenza della nuova Unione che sono dettagliatamente disciplinati nel TFUE).

La cooperazione giudiziaria in materia penale tra gli Stati membri, invece, ha subito una decisa virata verso la *comunitarizzazione* circa metodo ed effetti ed è stata notevolmente ampliata e specificata nelle materie di competenza: basta scorrere gli

artt. 82 e ss. TFUE per rendersi conto di quanto il raggio d'azione dell'Unione in campo penale sia aumentato.

Da un punto di vista pratico questo comporta che nell'ambito del capo IV Titolo II del TFUE, per definire le politiche di cooperazione in campo penale:

- a. le istituzioni europee dovranno scegliere tra uno degli atti tipici indicati dall'art. 288 co. 1 TFUE (regolamenti, direttive, decisioni), e dal momento che il compito che i Trattati sembrano attribuire all'Unione nel campo della cooperazione giudiziaria è quello di fissare un livello minimo di uniformità, e non sostituire le normative nazionali, l'atto prescelto sarà verosimilmente la direttiva. Il che comporta, se si tratta di direttiva che ha un *contenuto chiaro e preciso*, *pone obblighi incondizionati* ed è *scaduta*, che essa è *direttamente applicabile in senso verticale*, ossia il cittadino può ricorrere in giudizio perché gli siano riconosciuti i diritti o le prerogative che la direttiva gli attribuisce;
- b. una volta che la direttiva sarà emanata, lo Stato sarà obbligato a conformarvisi, dal momento che in caso d'inadempimento (totale – non viene data alcuna attuazione alla direttiva – o parziale – viene attuata la direttiva ma non in modo da garantirle piena efficacia) potrà essere attivata nei suoi confronti la *procedura d'infrazione* prevista dagli artt. 258 e ss. TFUE.

Questo per i nuovi atti. *Quid iuris* dei vecchi atti di terzo pilastro?⁴⁰

L'art. 9 del Protocollo 36 stabilisce che tali atti sono mantenuti, senza alcun ampliamento della loro efficacia, finché non saranno abrogati, annullati o modificati in applicazione dei Trattati. Fino ad allora, essi sono pienamente validi. L'art. 10 pone poi una *mora* alle attribuzioni che la Commissione e la Corte di giustizia potrebbero legittimamente esercitare anche su questi atti ai sensi dell'art. 258 TFUE; il § 1 prevede che tali attribuzioni restino invariate anche dopo il Trattato di Lisbona, ma il § 3 pone un *dies ad quem* per questa fase di "stallo", dal quale in avanti la Commissione e la Corte di giustizia potranno pienamente operare anche in questo

⁴⁰ Sul punto v. ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti*, cit., pp. 169 e ss.

settore: cinque anni dall'entrata in vigore del Trattato. Concretamente quindi, dal 1° dicembre 2014, l'insieme delle attribuzioni della Corte di giustizia e della Commissione diverrà applicabile all'*acquis* legislativo di terzo pilastro, con conseguente obbligo degli Stati membri di adeguare il loro ordinamento a quanto previsto dalle decisioni–quadro adottate prima di tale data, quindi anche quelle introdotte in tema di confisca. Il che comporterà anche – per questa equiparazione direttiva/decisioni–quadro – la possibilità per il cittadino di ricorrere in giudizio per ottenere il riconoscimento dei diritti che la decisione–quadro *scaduta, chiara e incondizionata* gli riconosce.

Il termine per adempiere alla direttiva 2006/783/GAI è scaduto il 24 novembre 2008 e fino al 24 novembre 2009 il Consiglio avrebbe semplicemente valutato le azioni intraprese dagli Stati membri; il 7 settembre 2009 è scaduto il termine per l'emanazione del decreto legislativo di attuazione di questa decisione previsto dalla legge comunitaria 2008. Dal 1° dicembre 2014 quest'inadempienza diverrà pertanto possibile causa dell'apertura di una procedura d'infrazione.

Più interessante il discorso sulla direttiva *sostanziale*. L'art. 31 della legge comunitaria 2007 (l. n. 24/2008) prevedeva una serie di criteri direttivi che il Governo avrebbe dovuto seguire per aggiornare la disciplina della confisca presente nel nostro ordinamento all'atto di terzo pilastro (ablazione obbligatoria anche del prodotto e del profitto, introduzione di una forma generale di confisca per equivalente, aggiornamento del catalogo dei reati presupposto dell'art. 12 *sexies* l. 356/1992 tenendo conto delle indicazioni dell'art. 3 decisione–quadro 2005/212/GAI). Non risulta (ce ne si sarebbe accorti, vista la portata rivoluzionaria di alcuni dei criteri indicati) che il Governo abbia adottato il decreto delegato previsto, il cui termine d'emanazione è scaduto il 21 marzo 2009, forse si è ritenuto che il nostro ordinamento già soddisfacesse i requisiti minimi di uniformità richiesti dall'atto di diritto derivato (e che comunque, in caso contrario, l'obbligo di uniformarsi non è per ora sanzionato). Dal 1° dicembre 2014 però la non piena conformità della normativa italiana alla decisione–quadro potrà dar luogo all'apertura di una procedura d'infrazione e, cosa ancora più importante, a un ricorso del cittadino che veda la sua responsabilità penale aggravata dal fatto che l'Italia non si sia pienamente adeguata agli *standard* europei.

Bisognerebbe però comprendere appieno in che senso le disposizioni della decisione–quadro in questione siano da intendersi come *standard* minimi, in pratica quale e quanta libertà sia lasciata agli Stati nel prevedere forme di confisca più gravi quanto a modalità o casi d'applicazione. Se si vuole ritenere che la normativa europea fornisca dei requisiti minimi di uniformità, finalizzati al mutuo riconoscimento ma che si possono tradurre in un livello minimo di tutela per il singolo (questo lo potrebbe suggerire anche il continuo riferimento ai diritti individuali riconosciuti dall'art. 6 TUE), allora, alla luce del confronto svolto nelle pagine precedenti, è possibile svolgere alcune brevi considerazioni conclusive sulle perduranti e in futuro giustiziabili differenze tra gli atti di diritto interno e quelli "comunitari":

- a. è necessario introdurre nel nostro ordinamento una forma generale di confisca di valore. La sua mancata introduzione espone l'Italia a responsabilità per mancato rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario (art. 2 § 1 decisione–quadro 2005/212/GAI);
- b. sembrerebbe scorgersi una netta differenza tra la confisca di prevenzione e la decisione–quadro laddove quest'ultima richiede la condanna per la confisca allargata; potrebbe quindi sussistere un *minus* di tutela nella misura preventiva, mentre la normativa europea richiede la più *garantista* condanna per un reato. Bisognerebbe allora concludere per la *disapplicazione* della normativa italiana, a meno che non si ritengano equipollenti il provvedimento di prevenzione e il provvedimento definitivo (assai difficile) o che non venga giudicata estranea all'ambito di applicazione della decisione–quadro la confisca di prevenzione in quanto sanzione non penale perché non collegata a un reato (più facile, se non altro perché è quanto ha fatto finora la Corte europea dei diritti dell'uomo);
- c. per quanto riguarda il tema dell'onere della prova e il fatto che la norma europea sembri disciplinare meglio il meccanismo probatorio rispetto all'omologa italiana, sembra in tal caso pienamente percorribile la meno traumatica via dell'interpretazione conforme.

Interpretare il meccanismo di giustificazione imposto dall'art. 12 *sexies* l. 356/1992 nel senso che comporti un semplice onere di allegazione e richieda il convincimento del giudice al di là di ogni ragionevole dubbio sull'origine illecita, diventa a questo punto per il giudice nazionale un obbligo d'interpretazione conforme *costituzionalmente* (art. 27 co. 2 Cost.), *convenzionalmente* (art. 6 § 2 CEDU), *comunitariamente* (art. 3 § 2 decisione–quadro 2005/212/GAI), praticamente ineludibile. Bisognerà valutare con attenzione come la dinamica processuale si sia svolta nel caso *de quo* fermo restando che, *de iure condendo*, è auspicabile che il legislatore modifichi l'art. 12 *sexies* e l'art. 2 *ter* rendendoli più simili alla norma comunitaria per limitare una discrezionalità giudiziale francamente pericolosa;

- d. circa i reati presupposto, per quanto riguarda il riferimento alla loro manifestazione in forma organizzata (non presente in alcuni delitti considerati dall'art. 12 *sexies* l. 356/1992 e art. 2 *ter* l. 575/1965) e la loro elencazione nella decisione 2005/212/GAI, sussiste qualche dubbio che – dal momento che la normativa europea sembra elencare i delitti *almeno* per i quali lo Stato è tenuto a introdurre la confisca estesa – i delitti considerati dall'art. 3 § 1 lett. a) costituiscano un *numerus clausus*, e quindi il legislatore nazionale ben può allungare quest'elenco. Dove però sembra esserci una violazione della norma europea che si traduce in un aggravio della responsabilità penale ai sensi della normativa italiana, è nel fatto che la pena massima prevista per alcuni delitti presupposto della confisca allargata italiana è inferiore a quella indicata nella decisione–quadro. Questo comporta che la mancata attuazione nel nostro ordinamento di tale atto si traduce nel disconoscimento di un diritto – il diritto a subire la confisca allargata solo se il reato compiuto è punito con una pena superiore nel massimo a 5 anni, diritto che pare essere sufficientemente preciso e incondizionato – che la normativa europea

riconosce all'individuo⁴¹. Quindi il privato (sempre che lo Stato italiano non vi ponga rimedio prima) dal 1° dicembre 2014 ben potrà agire per ottenere la disapplicazione del provvedimento di confisca emanato nei suoi confronti.

Vi sono quindi numerosi elementi, emersi dal confronto tra la normativa italiana e quella europea che devono spingere il legislatore italiano a rimediare alle lacune o alle difformità della prima rispetto alla seconda, soprattutto se – dal 1° dicembre 2014 – si vogliono evitare condanne per mancato adeguamento o un fiorire di ricorsi da parte dell'individuo cui sia stato applicato un provvedimento di confisca non armonizzato e che ritenga che la normativa di origine europea gli riconosca maggiori garanzie.

⁴¹ Le soluzioni possibili sono due: o si espungono dall'elencazione dei reati presupposto i reati di *white collar criminality* perché non li si considera abbastanza gravi, oppure se li si considera gravi ne va aumentato il massimo di pena edittale per conformarsi alle prescrizioni della decisione–quadro.

CONCLUSIONI

Il volto costituzionale delle pene sotto il bisturi dell'efficienza (quando le garanzie sovranazionali possono salvare la faccia)

Dal lavoro che si è svolto emerge un primo dato: l'inadeguatezza della confisca prevista dalla parte generale del codice penale a servire ancora da referente normativo per contrastare la criminalità attraverso l'ablazione dei beni di cui essa si serve o che essa accumula. Questo è testimoniato dalla sostanziale fuga dal modello codicistico attraverso la proliferazione nella parte speciale del codice penale e nella legislazione *extra codicem* di nuove e *più moderne* forme di confisca che talvolta sembrano fare a gara a chi si allontana di più dal modello del codice, quasi si trattasse di un vecchio padre nobile che i nuovi rampolli hanno fretta di dimenticare e superare.

Dove il padre nobile fa tuttora sentire la sua voce è per quanto riguarda la qualificazione delle nuove confische; e di questo si è debitori – *rectius*, di questo è colpevole, trattandosi di operazione che qui si è criticata e che viene compiuta spesso con frode – in particolar modo verso la giurisprudenza, la quale non vede, o fa finta di non vedere, quali siano le relevantissime conseguenze che discendono dalla qualificazione della confisca come pena invece che come misura di sicurezza, e cioè l'applicazione anche a essa di quelle regole che costruiscono il *volto costituzionale* delle sanzioni penali, e che si legano appunto alle *pene*, e non alle *misure di sicurezza o di prevenzione*¹. Si tratta di un volto – duole ammetterlo – assai deformabile, se al legislatore basta cambiare *nomen juris* per sfuggire all'occhio (vigile?) delle garanzie e se non c'è una regola costituzionale che imponga al legislatore quale tipo di sanzioni prevedere, in quali casi e con quale contenuto.

Che il modello di confisca contenuto nel codice sia stantio ce lo conferma un esame dei plurimi tentativi di riforma del codice penale nelle parti che hanno interessato la confisca; uno degli aspetti più innovativi di questi progetti (e comune a tutti questi) è la mutata natura giuridica della confisca, da alcuni di essi inclusa tra le

¹ *Rectius*, tradizionalmente – e soprattutto per alcune di queste garanzie (l'irretroattività, per esempio) – si considera così, ma si deve seriamente riflettere sul fatto che la *ratio* di garanzia di queste garanzie debba portare a estenderle necessariamente, per evitare frodi di etichette e di garanzie, anche alle misure di sicurezza, a maggior ragione se si tiene conto della loro assai discussa natura giuridica.

pene – principali o accessorie –, da altri considerata istituto a sé stante, ma *mai* mantenuta nella sua collocazione attuale.

La legge delega del 1991 ai cui criteri e principi direttivi avrebbe dovuto ispirarsi la Commissione presieduta dal prof. Pagliaro prevedeva, per la confisca, la necessità di distinguere tanto dalle pene quanto dalle misure di sicurezza, non costringendola in nessuna delle due categorie².

Il progetto presentato dalla Commissione presieduta dal prof. Grosso (2000) dedicava alla confisca un apposito Titolo, il VI, e ben nove articoli: distinguendo tra confisca degli strumenti del reato e confisca del profitto; introducendo in generale la confisca di valore; prestando molta attenzione ai diritti dei terzi; prevedendo un'originale clausola di salvaguardia quando la confisca si rivelasse eccessivamente onerosa; disciplinando nella parte generale la confisca allargata definitiva³.

² Art. 50 legge delega: "1. Prevedere, distintamente dalle pene e dalle misure di sicurezza, la confisca, applicabile sia ai soggetti imputabili che ai soggetti non imputabili.

2. Prevedere la disciplina:

a) della confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prodotto, il profitto, il prezzo;

b) della confisca obbligatoria delle cose la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisca reato e comunque delle cose la cui confisca valga ad eliminare la situazione di illiceità".

³ Art. 112 *Confisca dello strumento del reato*.

"Nel caso di condanna è sempre disposta la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, se appartenenti a uno degli autori del reato.

Salvo che la legge disponga diversamente, la confisca di cui al comma 1 può non essere disposta nel caso di contravvenzione, o se si tratta di cose di valore insignificante. Non viene disposta qualora, per il valore della cosa, e tenuto conto anche della pena inflitta, risulterebbe sproporzionata alla gravità del fatto.

Qualora, per espressa disposizione di legge, la confisca di cui al comma 1 sia ammessa anche su cose appartenenti a persona diversa dall'autore del delitto, essa può essere disposta soltanto se la destinazione o utilizzazione della cosa per la commissione del reato è dovuta a colpa del proprietario".

Art. 113 *Cose destinate ad attività produttiva*

"Se il reato è stato realizzato mediante cose, impianti o macchinari sprovvisti di requisiti di sicurezza richiesti dalla legge, nell'esercizio di attività soggette ad autorizzazioni o controlli dell'autorità amministrativa, l'autorità amministrativa impartisce le prescrizioni opportune per la messa in sicurezza.

La confisca è disposta se le cose vengono nuovamente utilizzate senza che sia stata data attuazione alle prescrizioni dell'autorità o comunque alla messa in sicurezza".

Art. 114 *Confisca del profitto del reato*

"E' disposta, a carico del condannato o del proscioltosi perché non imputabile, la confisca delle cose che costituiscono il prodotto del reato; del prezzo del reato; del profitto del reato, nella parte in cui non debba essere restituito al danneggiato.

La confisca può essere eseguita su una somma di denaro o su altri beni di valore equivalente a quello delle cose che costituiscono il prezzo o il prodotto o il profitto del reato.

Qualora il valore del prezzo, prodotto o profitto del reato non sia più, in tutto o in parte, a disposizione del condannato, la confisca viene disposta limitatamente all'importo disponibile, e a quello che possa

Dai lavori della Commissione Nordio (2004) la confisca usciva in una duplice veste: come pena principale, all'interno delle pene ablativo (art. 54 co. 4 lett. a); e come pena accessoria (art. 55 co. 1 lett. e.). Come *pena ablativa principale* (art. 72) la confisca era finalizzata all'impossessamento da parte dello Stato di beni del condannato per un valore pari al risarcimento del danneggiato dal reato e a ciò destinati. Come *pena accessoria* (art. 77), l'unica differenza con l'attuale art. 240 c.p. era l'obbligatorietà generalizzata della misura⁴.

prevedersi disponibile da parte del condannato in un prossimo futuro; non viene disposta, o viene disposta in misura ridotta, qualora ciò sia necessario per evitare di incidere in modo sproporzionatamente gravoso sulle condizioni elementari di vita della persona colpita.

Può non essere disposta la confisca del profitto del reato che abbia valore insignificante, se la sua esecuzione appare difficoltosa.

La confisca del profitto, prezzo o prodotto del reato è disposta a carico della persona, estranea al reato, che ne abbia beneficiato, nei limiti in cui il valore corrispondente sia disponibile, se il beneficiario poteva rendersi conto della provenienza illecita del profitto conseguito.

La confisca ai sensi del presente articolo è o può essere disposta anche su beni passati in proprietà di persona diversa dall'autore del reato, per diritto successorio. In tal caso la confisca è disposta limitatamente ai beni dei quali l'erede abbia l'attuale disponibilità".

Art. 115 *Confisca di cose intrinsecamente illecite*

"E' sempre disposta la confisca delle cose costituenti strumento, ovvero prodotto, prezzo o profitto del reato, la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato.

La disposizione di cui al comma 1 non si applica quando la cosa appartenga a persona estranea al reato e la fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione possano essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa".

Art. 116 *Confisca di beni di provenienza non giustificata*

"La legge può prevedere, con riferimento a figure di delitto tassativamente indicate, che in caso di condanna sia disposta la confisca di denaro, beni o altre utilità di cui il condannato abbia la disponibilità, e non giustifichi la provenienza".

Art. 117

Scioglimento di organizzazioni illecite e confisca

"E' disposto lo scioglimento delle società o associazioni le quali siano state utilizzate esclusivamente o prevalentemente per la realizzazione di attività delittuose. Il patrimonio che residua dalla liquidazione viene confiscato".

Art. 118 *Intestazione fittizia*

"Ai fini della confisca, i beni che l'autore del reato abbia intestato fittiziamente a terzi, o comunque possieda per interposta persona, sono considerati come a lui appartenenti".

Art. 119 *Diritti di terzi*

"La confisca non pregiudica i diritti di terzi in buona fede sulle cose che ne sono oggetto".

Art. 120 *Confisca disciplinata da norme particolari*

"Nei casi di confisca disciplinati da norme particolari si applicano le norme di questo capo, in quanto compatibili. Si applicano in ogni caso le disposizioni poste a garanzia dei terzi estranei al reato".

⁴ Art. 77 *Confisca obbligatoria*

"E' sempre ordinata la confisca per le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, per le cose che ne sono il prodotto o il profitto, per le cose che costituiscono il prezzo del reato e per le cose per le quali la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione costituiscono reato.

Sono fatti salvi i diritti dei terzi estranei e la loro facoltà di richiedere autorizzazioni amministrative per la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione".

Il progetto di articolato elaborato Commissione Pisapia (2006) è per certi versi molto simile a quello elaborato dalla Commissione Grosso, caratterizzandosi per la collocazione autonoma della confisca e la pluralità di articoli a essa dedicati. Tra l'altro nella relazione al progetto si legge un'affermazione interessante: "Nel corso dei lavori è però emersa la necessità di “regolamentare” autonomamente questa figura giuridica, in considerazione del ruolo che, sempre più, potrà e dovrà, avere anche quale strumento di contrasto della criminalità. L'istituto della confisca, infatti, ha attraversato, negli ultimi decenni, una fase di intenso dinamismo evolutivo, che ne ha comportato una crescente valorizzazione sul terreno delle strategie di contrasto della criminalità economica ed organizzata. Recentemente la confisca ha avuto un nuovo impulso con conseguente estensione sia dei casi di obbligatorietà della confisca che dei beni confiscabili; è stata altresì eliminata o attenuata la necessità di un diretto collegamento tra beni confiscabili e reato commesso. Una profonda trasformazione è riscontrabile già in relazione alle forme “classiche” di confisca, costruite sul modello della figura generale prevista dall'art. 240 c.p.”

Anche alla luce di questi progetti quindi, è soprattutto la qualificazione della confisca come misura di sicurezza a mostrarsi *inadeguata*.

Inadeguata alla realtà delle cose, ossia alla concreta fisionomia assunta dallo strumento, che, sia nel codice del 1930 sia nelle sue apparizioni successive, presenta le caratteristiche tipiche delle pene.

Inadeguata a uno strumento che voglia essere – e in parte già è – uno dei *principali* mezzi di contrasto a certi tipi di criminalità (economica e organizzata), laddove la classificazione come misura di sicurezza, ossia come *sostitutivo penale*, ne sminuisce il ruolo di primo piano che esso intende svolgere

Inadeguata al rispetto dei diritti individuali di fronte alla potestà punitiva dello Stato, in gioco anche quando si tratta anche di confisca, se la qualificazione come misura di sicurezza diventa facile veicolo di frode delle garanzie.

Quindi è necessario un serio ripensamento dell'istituto, e tale riflessione non può che tener conto delle indicazioni che provengono dalle fonti europee in materia penale, destinate a diventare più numerose per l'aumento delle aree di competenza derivante dal Trattato di Lisbona e soprattutto più vincolanti per gli Stati membri. Rispetto alle decisioni-quadro in materia di confisca, la disciplina del nostro

ordinamento presenta alcune differenze di non poco conto che non solo potrebbero esporre in futuro l'Italia a condanne da parte della Corte di giustizia dell'Unione europea, ma soprattutto potrebbero denotare un *deficit* di garanzia per l'individuo delle disposizioni di diritto interno, se queste non venissero sempre correttamente (e conformemente) interpretate (mi riferisco in particolare alla dinamica processuale presente nelle due forme di confisca allargata).

Plurime sono quindi le motivazioni che dovrebbero spingere il legislatore a ripensare complessivamente l'intero istituto: l'inadeguatezza del modello attuale – quindi la sua *inefficacia* visto il ruolo da esso assunto nella lotta alla criminalità – e la necessità di adeguarle ai modelli internazionali⁵.

Il termine che ho appena utilizzato (efficacia) mi spinge a concludere questo lavoro con una breve riflessione su una tematica cui non ho mai accennato finora, ma che ha accompagnato i miei pensieri lungo tutto questo interessante percorso. Si tratta della sfida tra diritto penale *classico* e diritto penale *moderno*⁶.

Per diritto penale classico si deve intendere il diritto penale tipico dell'età liberale, incentrato sulla necessità di tutelare l'individuo di fronte agli arbitri del potere punitivo, e da cui derivano la maggior parte dei principi cardinali in materia penale presenti anche nella nostra Costituzione: legalità, irretroattività, personalità, offensività, sussidiarietà, proporzionalità, presunzione d'innocenza.

Per diritto penale moderno invece, dovrebbe intendersi un diritto maggiormente orientato alla difesa sociale, che sia capace di attenuare le garanzie individuali quando queste siano d'ostacolo all'efficienza dello strumento penale, e cioè alla repressione della criminalità. In un'ottica di contrasto a forme moderne di criminalità – *in primis* quella organizzata – non avrebbe senso rimanere adagiati sulle conquiste del penalismo classico, perché queste postulerebbero un rapporto tra Stato forte e cittadino debole; laddove la criminalità sia anch'essa forte, come avviene con la criminalità organizzata, sarebbe necessario ripensare le garanzie modellate sul cittadino debole, e rimodellarle, attenuandole, sul cittadino forte.

⁵ Magari servendosi degli spunti offerti dai progetti di riforma già elaborati negli anni passati, che sul tema della confisca presentavano innovazioni molto interessanti e apprezzabili (la generalità della confisca di valore, l'attenzione ai terzi, la decisa virata verso la natura sanzionatoria, la considerazione autonoma e non riduttiva come misura di sicurezza).

⁶ Per un inquadramento dei due concetti si veda PALIERO C.E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1224.

"Il rischio da evitare è che atteggiamenti di oltranzistica difesa dei principi del diritto penale classico si traducano in un'ingenua ed aprioristica chiusura a forme efficaci di difesa di interessi basilari tutelati dall'ordinamento"⁷; la confisca sarebbe terreno d'elezione per rimodellare queste garanzie perché comporterebbe il sacrificio di un diritto individuale *minore*, e quindi maggiormente sacrificabile⁸: "ciò significa che, almeno fin dove l'intervento sanzionatorio non coinvolge la libertà personale [...] il legislatore difficilmente può sottrarsi al compito di provvedere ad accurati bilanciamenti fra interessi contrapposti, valutando se, in situazioni emergenziali, l'omaggio ai principi garantistici non produca un effetto paralizzante agli effetti della predisposizione di rimedi necessari per la tutela della collettività"⁹.

E' innegabile che la legislazione in tema di confisca abbia sposato una logica esclusivamente *efficientista*, disinteressandosi dal riflettere sulle conseguenze negative che la massimizzazione dell'efficienza comporta sulla minimizzazione delle garanzie. Faccio qualche esempio (ma il terzo capitolo di questo lavoro non si è occupato che di questo, in buona sostanza): si confisca il mezzo di trasporto o la cosa oggetto di contrabbando appartenenti al terzo, disinteressandosi del principio di personalità della responsabilità penale, perché questo tutela in modo più efficace gli interessi finanziari dello Stato; si confisca il terreno abusivamente lottizzato anche se il fatto non costituisce reato, perché questo meglio risponde all'esigenza di tutela del territorio; ci si disinteressa del presupposto della condanna, o si allarga inopinatamente la nozione di profitto, perché ciò è più *giusto* ed *efficiente*; e così via.

⁷ FORNARI L., *Criminalità del profitto*, cit., p. 219.

⁸ Si è già espressa la contrarietà a questo pensiero ma, dal momento che ritorna, giova ripetere quanto sostenuto nel par. 1.3 del capitolo III. Il diritto di proprietà è un diritto individuale maggiormente comprimibile degli altri diritti fondamentali, dal momento che il gradino inferiore da esso occupato nella scala gerarchica dei valori costituzionali o convenzionali tollera maggiormente restrizioni; quindi le tollera in maggior quantità e per ragioni maggiori. Ciò non toglie che gli strumenti con cui tali restrizioni si operano debbano essere pienamente legittimi e quindi, se si tratta di sanzioni penali, devono rispettare le garanzie individuali in materia penale. Insomma, non bisogna confondere i diversi piani logici del discorso: un conto è sostenere che il diritto di proprietà *tollera restrizioni più ampie* (quindi si farà riferimento ai concetti di funzione sociale, interesse generale, interesse pubblico e al fatto che essi sono contenitori più capienti quanto si tratta di proprietà); un conto è discorrere della *legittimità* di queste restrizioni, che è inderogabile anche per il diritto di proprietà (quindi se si sceglie lo strumento penale, ci si riferirà alla personalità, colpevolezza, legalità, irretroattività, etc. delle pene).

⁹ FORNARI L., *op. loc. cit.*, p. 220.

Si tratta in ultima analisi dell'eterna contrapposizione tra garanzie, efficienza, ed emergenza criminalità, ossia del quesito su fino a dove l'efficienza possa spingersi nel deturpare le garanzie individuali, in vista dell'emergenza criminalità.

Un discorso che non voglia essere eccessivamente superficiale deve però interessarsi agli altri due termini (che costituiscono una coppia) di questa dialettica, *emergenza* ed *efficienza*¹⁰, perché se non si coglie l'esatto significato dei due termini non si coglie il senso di ciò che può legittimare un abbassamento della garanzie.

Si tratta di due parole quanto meno pericolose, perché in una logica emergenziale si può arrivare a giustificare tutto in vista del risultato, e se la logica emergenziale diventa *normalità*, ossia l'esigenza contingente diventa perenne, allora anche il sacrificio delle garanzie individuali si consolida, e di fronte alla nuova supposta emergenza la soglia di rispetto dei diritti individuali non potrà che abbassarsi nuovamente, fino ad azzerarsi del tutto¹¹. E poi cosa è davvero efficiente per il diritto penale? Il suo compito è solo quello di sconfiggere la criminalità ad ogni costo, oppure uno dei suoi assi portanti è appunto il rispetto dei diritti individuali? Sembra di sentire l'eco del dibattito che nel nostro paese periodicamente si svolge quando ci si trova di fronte a un'*emergenza* criminale (penso soprattutto agli anni di piombo): ogni qual volta lo Stato debba rispondere in modo energico, veloce e convincente a fenomeni di criminalità che destano allarme sociale – anche se talvolta questo allarme è creato ad arte se non *ad hoc* – sembra che non possa farlo senza abbassare gli *standard* garantistici che normalmente tutelano l'individuo penalmente responsabile, quasi questi fossero un ostacolo o un feticcio del passato di cui sbarazzarsi appena possibile (e una volta per tutte). Sono da sottoscrivere in pieno le parole di un acuto osservatore, che alla dialettica garanzie *versus* emergenza/efficienza ha dedicato interessanti pagine: "se dal singolo si pretende un'azione corretta, rispettosa delle regole alla base del comune vivere civile,

¹⁰ Si veda l'analisi di STORTONI L., *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, in *Crit. dir.*, 1996, n. 2/3, p. 172.

¹¹ Mi rendo conto perfettamente del fatto che il discorso sia assai più complesso di così, dal momento che coinvolge il ruolo dei *media* nella nostra società, il nostro ruolo in una società come la nostra che è stata definita liquida, ossia disaggregata, e il ruolo di guida di questa *unione disunita* che dovrebbe essere portato avanti dai poteri pubblici; ruolo difficile che talvolta viene compiuto con scorciatoie che puntano sull'emotività e che fanno dell'emergenza un collante – e uno strumento autoritario – assai efficace. Purtroppo non se ne ha lo spazio per trattarne diffusamente, dal momento che uscirai decisamente fuori tema.

altrettanto è da pretendersi nella loro azione da parte degli organi deputati al controllo sociale"¹². Se lo Stato vuole quindi – attraverso le pene – educare alla legalità, ossia educare al rispetto dei valori sociali protetti dalle norme incriminatrici, bisogna che per primo rispetti i valori che fondano il patto sociale, e tra questi rientrano necessariamente i limiti costituzionali alla potestà punitiva, perché se questa potestà non fosse limitata si trasformerebbe in un *arbitrio* esercitato *autoritariamente*.

Bisogna allora seriamente riflettere sul ruolo che s'intende riservare alle garanzie individuali nel nostro ordinamento (e in particolare per il nostro tema, in relazione ai poteri confiscatori dello Stato): esse sono e devono restare centrali nel determinare il volto costituzionale delle pene – e quindi anche della confisca – dal momento che senza di esse il diritto penale sarebbe avvertito come ingiusto e arbitrario; e non possono neanche essere attenuate, perché ridurle equivale a non riconoscerle come garanzie, dal momento che esse sono tali perché *resistono* di fronte a qualsiasi tendenza, repressiva o preventiva, che emerga nella lotta alla criminalità e che preme per una loro riduzione.

Gli anticorpi al virus efficientista¹³ devono essere costruiti anche sulla base delle garanzie previste dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo (almeno fino a quando non aumenteranno le direttive in materia penale, il che comporterà che nelle materie di competenza dell'Unione andranno rispettati anche i principi fondamentali stabiliti dalla Carta di Nizza); anzi, grazie a essa quel virus può essere seriamente marginalizzato. Questo per due ragioni.

In primo luogo, perché i diritti convenzionali possono rinforzare e aumentare le garanzie individuali attraverso la logica della massimizzazione della tutela, per la quale i due testi – costituzionale e convenzionale – si completano a vicenda, supplendo l'uno alle carenze dell'altro. Quindi è possibile grazie alla lettura integrata delle due Carte inspessire le barriere da frapporre tra l'individuo penalmente responsabile e l'efficienza "a tutti i costi" dello strumento penale.

¹² MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., prefazione di BARATTA A., Napoli, 1997, p. 237.

¹³ Virus che è latore di una falsa efficienza, perché l'efficienza del diritto penale può anche riscontrarsi nel pieno rispetto delle garanzie individuali, quindi nella massimizzazione delle garanzie.

In secondo luogo perché il fatto che un diritto di analogo contenuto a quello previsto nella Carta costituzionale – pensiamo alla legalità sostanziale o all'irretroattività – sia previsto nella fonte internazionale, dimostra che quel diritto non è frutto di una scelta peregrina del nostro costituente, accantonabile come frutto di una logica superata, ma affonda le sue radici in una tavola di valori che è comune con altri Stati e che plasma il volto *giusto* delle pene.

Applicare una pena legalmente stabilita a un fatto legalmente e con determinatezza incriminato; non prevedere oggi responsabilità penale per ciò che si è compiuto nel passato; non fare rispondere taluno delle azioni od omissioni altrui né punirlo se la sua azione od omissione non gli può essere rimproverata; non applicare pene sproporzionate a ciò che si è compiuto; non dare per scontata la colpevolezza di chi è solo sospettato e deve avere tutto lo spazio riconosciutogli per difendersi; tutti questi sono diritti fondamentali dell'*uomo* quando si trova nella posizione di *minorità* tipica di chi è sottoposto alla potestà punitiva che trovano la loro ragion d'essere nell'idea stessa di Stato di diritto e che non possono essere attenuati a pena di schiacciare definitivamente quella posizione di minorità, annullando del tutto ogni diritto di chi già è sul punto di veder ridotta drasticamente una delle sue libertà individuali.

La massimizzazione e l'universalità delle garanzie costituiscono quindi una valida risposta alla massimizzazione dell'efficienza; e questa rappresenta un'ulteriore ragione per guardare con sempre maggiore interesse alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e, in futuro soprattutto, anche alla Carta di Nizza.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Diritto penale europeo e ordinamento italiano. Le decisioni quadro dell'Unione europea: dal mandato d'arresto alla lotta al terrorismo*, Milano, 2006.
- ABBADESSA G., *Guida in stato di ebbrezza e divieto di applicazione retroattiva della confisca*, 2010, in www.penalecontemporaneo.it
- ABBAGNANO TRIONE A., *L'art. 12 sexies della legge n. 356/1992: ancora una "frode delle etichette"?*, in *Riv. pen. econ.*, 1995, p. 434.
- ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, II ed., Torino, 2010.
- ALBAMONTE A., *Demolizione dell'opera abusiva e poteri del giudice penale*, in *Cass. pen.*, 1988, p. 424.
- ALBEGGIANI F., *I reati di agevolazione colposa*, Milano, 1984,
- ALESSANDRI A., *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2005, p. 534.
- ALESSANDRI A., *La confisca*, in *Il nuovo diritto penale delle società*, a cura di ALESSANDRI A., Milano, 2002, p. 104.
- ALESSANDRI A., *La confisca nel diritto penale*, in *Digesto*, IV ed, Torino, 1989.
- ALESSANDRI A., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, a cura di DOLCINI E., PALIERO C.E., Milano, 2006, tomo III, p. 2103.
- ALESSANDRI A., *Sub art. 27 comma 1° Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., PIZZORUSSO A., Bologna, 1991.
- ALMA M.M., *Decreto sicurezza*, 2008, relazione tenuta all'incontro di studi del CSM (Lecce, 11/2008) dal titolo "*La legge 24 luglio 2008 n. 125. Sicurezza pubblica: questioni problematiche e prime interpretazioni*", disponibile in www.csm.it
- AMATO G., *Carattere sanzionatorio e obbligatorietà assottigliano le motivazioni del giudice*, in *Gui. dir.*, 2009, n. 18, p. 77.
- AMATO G., *Un'illegittimità costituzionale derivata dal contrasto con la regola generale della Convenzione europea*, in *Gui. dir.*, 2010, n. 27, p. 67.

AMATO G., *L'invito a ridisegnare le ipotesi della misura conferma la contraddittorietà della disciplina*, in *Gui. dir.*, 2009, n. 48, p. 73.

AMATO G., *Precisati i requisiti e le condizioni per sostenere la responsabilità degli enti*, in *Gui. dir.*, 2006, n. 42, p. 69.

AMATO G., *Un regime diversificato per reprimere gli illeciti*, in *Gui. dir.*, 2001, n. 26, p. 76.

AMODIO E., *Le misure di prevenzione patrimoniale nella legge antimafia*, in *Giust. pen.*, 1985, III, c. 632.

AMODIO M., *Lottizzazione abusiva e confisca*, in AA. VV., *Sanzioni e sanatoria nella "nuova urbanistica"*, Padova, 1985, p. 163.

ANCEL M., *La nuova difesa sociale*, Milano, 1966.

ANGELILLIS C., *Lottizzazione abusiva: la confisca nei confronti del terzo alla resa dei conti*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 2566 s.

ANNUNZIATA M., *La repressione giudiziaria delle costruzioni abusive*, in *Riv. giur. edil.*, 1975, p. 549.

ANNUNZIATA M., *Sequestro e confisca di immobili abusivi*, in *Giur. it.*, 1987, II, c. 121.

ANTOLISEI F., *Manuale di diritto penale, p.te generale*, XVI ed., Milano, 2003.

ARDIZZONE U., *Appunti in tema di confisca*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, p. 246.

ARDIZZONE U., *Confisca e diritto di proprietà di terzi sulla cosa*, in *Giust. pen.*, 1948, II, p. 71.

BALDASSARE A., *Proprietà (diritto costituzionale)*, in *Encicl. giurid.*, Roma, 1992.

BALDUCCI P., *Concorso di persone nel reato e confisca per equivalente*, in *Cass. pen.* 2010, p. 3104.

BALDUCCI P., *La confisca per equivalente: aspetti problematici e prospettive applicative*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 230.

BALSAMO A., *Misure di prevenzione patrimoniali. Prospettive di riforma e principi del "giusto processo"*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 687.

BALSAMO A., *Il rapporto tra forme "moderne" di confisca e presunzione d'innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2007, p. 3931.

- BALSAMO A., PARASPORO C., *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva: nuovi scenari e problemi aperti*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3183.
- BARAZZETTA A., *La confisca nei reati societari (art. 2641)*, in *I nuovi reati societari. Diritto e processo*, a cura di GIARDA A., SEMINARA S., Padova, 2002, p. 185.
- BARGI A., *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella disciplina della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2065.
- BARTOLE S., CONFORTI B., RAIMONDI G., *Commentario alla convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.
- BASSI A., EPIDENDIO T.E., *Enti e responsabilità da reato. Accertamento, sanzioni e misure cautelari.*, Milano, 2006.
- BATTAGLINI G., *La natura giuridica delle misure di sicurezza*, Roma, 1930.
- BELFIORE E., *Sub art. 12 sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO F., PALIERO C.E., Padova, 2007, p. 827.
- BELLAVISTA G., *Considerazioni sulla presunzione d'innocenza*, in *Il Tommaso Natale*, 1975, p. 65.
- BENUSSI C., *I delitti contro la pubblica amministrazione*, in *Trattato di diritto penale, p.te speciale*, diretto da MARINUCCI G., DOLCINI E., Padova, 2001.
- BENUSSI C., *Sub art. 322 ter*, in *Codice penale commentato*, a cura di MARINUCCI G.-DOLCINI E., Milano, 2006, p. 2316.
- BERNASCONI A., *La "speciale" confisca introdotta dal d.l. 20 giugno 1994 n. 339 conv. dalla l. 8 agosto 1994 n. 501*, in *Dir. pen. proc.*, 1996, p. 1417.
- BERNIERI G., *Alcuni cenni sulla confisca nel nuovo codice*, in *Riv. pen.*, 1931, I, pp. 521 ss.
- BETTIOL G., *I problemi di fondo delle misure di sicurezza*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza - Atti del congresso tenutosi a Bressanone nel 1961*, Padova, 1962, p. 1.
- BETTIOL G.-PETTOELLO MANTOVANI, *Diritto penale, p.te generale*, XII ed., Padova, 1986.
- BEVILACQUA F.C., *La natura problematica del profitto confiscabile nei confronti degli enti*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1114.
- BOBBIO N., *Sanzione*, in *Nov. dig. ital.*, Torino, 1969.

BOCCAREDA BOY C., *Sub art 644*, in *Codice penale commentato*, a cura di MARINUCCI G.-DOLCINI E., Milano, 2006, p. 4683.

BOTTALICO F., *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1726.

BRICHETTI R., PISTORELLI L., *Massima severità per chi rifiuta il test spirometrico*, in *Gui. dir.*, spec. n. 35, 2010, p. 19.

BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale*, v. I, *Nozione e aspetti costituzionali*, Milano, 1965.

BRICOLA F., *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione - Atti del convegno tenutosi ad Alghero nel 1975*, Milano, 1975, p. 29.

BRICOLA F., *Sub art. 25 commi 2° e 3° Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., PIZZORUSSO A., Bologna, 1991, p. 227.

BRICOLA F., *Teoria generale del reato*, in *Noviss. dig. ital.*, Torino, 1973, p. 7.

BRUNO L.G., *Il contrasto all'illecita accumulazione della ricchezza: dal sistema antiriciclaggio alle forme di confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 531.

CADOPPI A., *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, v. I, a cura di INSOLERA G., MAZZACUVA N., PAVARINI M., ZANOTTI M., Torino, 2006.

CASALINUOVO A., *La confisca obbligatoria in rapporto all'estinzione del reato per amnistia*, in *Arch. pen.*, 1947, II, p. 201.

CACCIAVILLANI I., GIUSTOZZI R., *Sulla confisca*, in *Giust. pen.*, 1974, p. 459.

CARACCIOLI I., *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970.

CARACCIOLI I., *Sul problema delle modifiche al sistema delle misure di sicurezza*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di VASSALLI G., Milano, 1982, p. 137.

CARBONE S.M., LUZZATO R., SANTA MARIA A. (a cura di), *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, 2006.

CARCANO D., *Ancora sulla confisca nel patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 1994, p. 55.

CARRARA F., *Emenda del reo assunto come unico fondamento e fine della pena*, in *Opuscoli di diritto criminale*, vol. I, Firenze, 1898, p. 203.

CARTABIA M., *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3564.

- CATTANEO M.A., *Pena (fil. dir.)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1982.
- CATTANEO M.A., *Pena diritto e dignità umana. Saggio sulla filosofia del diritto penale*, Torino, 1998.
- CELENTANO P., *La nuova particolare ipotesi di confisca obbligatoria dei proventi delle attività criminose*, in *Riv. pen. econ.*, 1994, p. 306.
- CELENTANO P., *Il sequestro, la confisca e la sospensione temporanea dall'amministrazione dei beni*, in *Quad. CSM*, 1998, n. 104, p. 95, in www.csm.it
- CERQUA L.D., *Sub art. 322 ter*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di FORTI-CRESPI-ZUCCALÀ, Padova, 2009, p. 1158.
- CHIARIELLO G., *Sequestro preventivo ex art. 321 c.p.p. e 12 sexies l. n. 356 del 1992: misura di prevenzione o provvedimento cautelare?*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1633.
- CHIAROTTI F., *La nozione di appartenenza nel diritto penale*, Milano, 1950.
- CHIAROTTI F., *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca*, in *Giust. pen.*, 1956, II, c. 636.
- CHIAVARIO M., *La presunzione d'innocenza nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Giur. it.*, 2000, p. 1089.
- CICALA M., *Nuove prospettive per la prevenzione e la repressione dell'abusivismo edilizio*, in AA. VV., *Sanzioni e sanatoria nella "nuova urbanistica"*, Padova, 1985, pp. 38 ss.
- CISTERNA A., *Strumenti e tecniche di accertamento della confisca per sproporzione e della confisca per valore equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2084.
- COLUCCIA F., *Confisca di cose altrui in materia di contrabbando e difetto di vigilanza*, in *Dir. prat. tribut.*, 1975, II, p. 50.
- COMPAGNA F., *L'interpretazione della nozioni di profitto nella confisca per equivalente*, in *Dir. pen. proc.*, 2007, p. 1643.
- COMUCCI P., *Il sequestro e la confisca nella legge "antimafia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, p. 84.
- COPPI F., *Osservazioni sui "reati di sospetto" e, in particolare, sul "possesso ingiustificato di valori"*, in *Giur. cost.*, 1968, p. 1708.

CORSO G., *Profili costituzionali delle misure di prevenzione: aspetti teorici e prospettive di riforma*, in *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di FIANDACA G., COSTANTINO S., Milano, 1986, p. 125.

CORSO P., *La confisca "per equivalente" non è retroattiva*, in *Corr. trib.*, 2009, p. 1775.

CORTESI F.M., *Modifiche al sistema normativo delle misure di prevenzione*, in *Decreto sicurezza. Tutte le novità*, a cura di SPANGHER G., Milano, 2008, p. 241.

CURI F., *Le misure di prevenzione: profili sostanziali*, in *Mafia e criminalità organizzata*, a cura di CORSO P., INSOLERA G., STORTONI L., Torino, 1995, p. 210.

D'AMICO M., *Sub art. 25 e 27 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di BIFULCO R., CELOTTO A., OLIVETTI M., Torino, 2006.

D'ANDRIA M., *I limiti all'applicabilità della confisca nel patteggiamento*, in *Cass. pen.*, 1993, p. 1391.

DEL CORSO S., *Successione di leggi penali*, in *Dig. disc. penal.*, Torino, 1999.

DELITALA G., *Il fatto nella teoria generale del reato*, Padova, 1930.

DELITALA G., *Prevenzione e repressione nella riforma penale*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1950, p. 699.

DELLA RAGIONE L., *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it

DELMAS-MARTY M., *Dal codice penale ai diritti dell'uomo*, a cura di PALAZZO F.C., trad. it. di BERNARDI A., Milano, 1992

DEL SOLE A., *E' costituzionalmente compatibile l'applicazione retroattiva della confisca per equivalente?*, in *Corr. trib.*, 2008, p. 2603.

DE MARISCO A., *Commento all'art 240*, in *Codice penale illustrato*, a cura di CONTI U., vol. I, Milano, 1934, p. 963.

DE ROSA G., *Trasferimento fraudolento e possesso ingiustificato di valori. La fretta del legislatore e l'art. 12 quinquies della legge n. 356/1992 al vaglio di costituzionalità*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 782.

DI CHIARA G., *Modelli e standard probatori in tema di confisca dei proventi di reato nello "spazio giudiziario europeo": problemi e prospettive*, in *Foro it.*, 2002, II, c. 265.

DIES R., *La confisca del veicolo prevista dall'art. 186, commi 2 e 7, cod. str., tra disorientamenti interpretativi e caos normativo*, in *Resp. civ. e prev.*, 2010, p. 2034.

DIES R., *La riforma del reato di guida in stato di ebbrezza e successione di leggi (penali e non) nel tempo: i primi arresti della giurisprudenza di legittimità e di merito*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it

DI LENA S., *Giudice dell'esecuzione e confisca di valori ingiustificati: un principio di diritto nono "innocuo" dal punto di vista costituzionale*, in *Ind. pen.*, 2003, p. 1206.

DOLCINI E., *Appunti sul limite della colpevolezza nella commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1975, p. 1156.

DOLCINI E., *La commisurazione della pena*, Padova, 1979.

DOLCINI E., *Note su profili costituzionali della commisurazione della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1974, p. 338.

DOLCINI E., *Razionalità nella commisurazione della pena: un obiettivo ancora attuale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, p. 797.

DOLCINI E., *Sanzione penale o sanzione amministrativa: problemi di scienza della legislazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984m p. 589.

DOMINIONI O., *Sub art. 27 comma 2° Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., PIZZORUSSO A., Bologna, 1991.

DONINI M., *Il principio di colpevolezza*, in *Introduzione al sistema penale*, v. I, a cura di INSOLERA G., MAZZACUVA N., PAVARINI M., ZANOTTI M., Torino, 2006, p. 214.

DONINI M., *Teoria del reato*, in *Dig. disc. penal.*, Torino, 1999, p. 221.

DRIGANI O., *Prevenzione (misure di)*, in *Noviss. dig. ital.*, Torino, 1986, p. 1183.

ELIA L., *Le misure di prevenzione tra l'art. 13 e l'art. 25 della Costituzione*, in *Giur. cost.*, 1964, p. 938.

EPIDENDIO T.E., *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1267.

ESPOSITO C., *Irretroattività e "legalità" delle pene nella nuova costituzione*, in *Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, p. 87.

EUSEBI L., *Può nascere dalla crisi della pena una politica criminale?*, in *Dei delitti*, 1994, fasc. 3, p. 83.

- FERRAJOLI L., *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, prefazione di BOBBIO N., Bari, 2009.
- FERRARI A., *Criteri di quantificazione del profitto confiscabile e modalità di applicazione della confisca in ipotesi di concorso di persone nel reato*, in *Foro ambros.*, 2010, p. 1.
- FERRI E., *Principi di diritto criminale*, Torino, 1928.
- FERRUA P., *Presunzione di non colpevolezza e definitività della condanna penale*, in *Studi sul processo penale*, vol. II, *Anamorfosi del processo accusatorio*, Torino, 1992, p. 119.
- FIANDACA G., *Commento all'art. 1 l. 13 settembre 1982 n. 646*, in *Leg. pen.*, 1982, p. 267.
- FIANDACA G., *Legge penale e corruzione*, in *Foro it.*, 1998, V, c. 6.
- FIANDACA G., *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. penal.*, Torino, 1994, p. 108.
- FIANDACA G., *Pena "patteggiata" e principio rieducativo: un arduo compromesso tra logica di parte e controllo giudiziale*, in *Foro it.*, 1990, II, c. 2385.
- FIANDACA G., *Sub art. 27 comma 3° Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., PIZZORUSSO A., Bologna, 1991, p. 222.
- FIANDACA G., MUSCO E., *Diritto penale, p.te generale*, V ed., Milano, 2008.
- FIANDACA G., TESSITORE G., *Diritto penale e tutela del territorio*, in AA. VV., *Materiali per una riforma del sistema penale*, Milano, 1984, p. 60.
- FIDELBO G., *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 1189.
- FILIPPI L., *La confisca di prevenzione: un'anomalia tutta italiana*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 269.
- FILIPPI L., *Il sistema delle misure di prevenzione dopo la "controriforma" del 2008*, 2008, relazione tenuta all'incontro di studi del CSM (Roma, 09/2008) dal titolo *"Dalla tutela dei patrimoni alla tutela dei patrimoni illeciti"*, disponibile in www.csm.it
- FIORAVANTI L., *Brevi riflessioni in tema di confisca facoltativa*, in *Giur. it.*, 1992, II, c. 504.

- IORELLA A., *Responsabilità penale*, in *Encicl. del dir.*, Milano, 1988, p. 1289.
- FLORIAN E., *Trattato di diritto penale parte generale*, II, Milano, 1934.
- FOFFANI L., *Sub art. 2641 c.c.*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO F., PALIERO C.E, Padova, 2003, p. 1923.
- FOLLA N., *Le sanzioni pecuniarie*, in AA. VV., *Responsabilità amministrativa degli enti*, Milano, 2002, p. 93.
- FONDAROLI D., *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007.
- FORNARI L., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 63.
- FORNARI L., *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997.
- FORNARI L., *Misure di sicurezza e doppio binario: un declino inarrestabile?*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1993, p. 569
- FORNASARI G., *Strategie sanzionatorie e lotta alla criminalità organizzata in Germania e in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 743.
- FORNASARI G., *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12 sexies della legge n. 356 del 1992*, in *Crit. dir.*, 1994, n. 3, p. 11.
- FROSALI R.A., *Pena (dir. pen.)*, in *Nov. dig. ital.*, Torino, 1969.
- FROSALI R.A., *Sistema penale italiano, P.te prima, Diritto penale sostanziale*, volume III, p. 581, Torino, 1958.
- FURFARO S., *La confisca*, in *Dig. Penale agg. 2005*, Torino, 2005.
- FURFARO S., *Confisca per equivalente, responsabilità degli enti e parametri operativi*, in *Giur. it.*, 2007, p. 973.
- FURFARO S., *La confisca per equivalente tra norma e prassi*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2079.
- FURFARO S., *Misure di prevenzione patrimoniali*, in *Dig. disc. pen. agg. 2005*, Torino, 2005, p. 876.
- GAITO A., *Sequestro e confisca per equivalente. Prospettive d'indagine*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2065.
- GATTA G., *Sub art. 240*, in *Codice penale commentato*, a cura di MARINUCCI G.-DOLCINI E., Milano, 1999.
- GATTA G., *Nota a Tribunale di Milano, 31 luglio 2007, My Chef s.r.l.*, in *Corr. merito*, 2007, pp. 1440-1441.

- GIALANELLA A., *La Corte di Cassazione e l'Incompiuta della prevenzione patrimoniale antimafia, tra razionalità garantista e relativismi funzionalistici*, 2008, relazione tenuta all'incontro organizzato dal CSM (11/2008) dal titolo "*La prevenzione patrimoniale antimafia tra l'interpretazione della corte di cassazione ed i nuovi interventi legislativi*", disponibile in www.csm.it
- GIALANELLA A., *Prevenzione patrimoniale della mafia: utilitarismo versus garantismo*, in *Quest. giust.*, 2002, p. 667.
- GIALANELLA A., *Patrimoni di mafia. La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli, 1998.
- GIALANELLA A., *Prevenzione patrimoniale e strategia dell' "actio in rem": la pericolosità in sé della cosa, la sospensione provvisoria dall'amministrazione dei beni e la ricchezza "contigua"*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2001, p. 281.
- GIALANELLA A., *Rapporti tra il processo penale e il procedimento di prevenzione. L'onere probatorio e l'attività difensiva nel procedimento di prevenzione*, in *Quad. CSM*, 1998, n. 104, p. 189.
- GIANFROTTA F., *Le misure di prevenzione previste dalle leggi antimafia*, in *Quad. CSM*, 1998, n. 104, p. 27, in www.csm.it
- GRASSO G., *Sub art. 200*, in *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di ROMANO-GRASSO-PADOVANI, Milano, 2011.
- GRASSO G., *Sub art 240*, in *Commentario sistematico al codice penale*, a cura di ROMANO-GRASSO-PADOVANI, Milano, 1994.
- GROSSO C.F., *Abusi edilizi: il nodo delle sanzioni penali*, in AA. VV., *Sanzioni e sanatoria nella "nuova urbanistica"*, Padova, 1985, p. 50.
- GROSSO C.F., *Responsabilità penale*, in *Noviss. dig. ital.*, 1982, p. 707.
- GUARNERI G., *La confisca*, in *Nov. Digesto Penale*, Torino, 1957.
- GUAZZAROTTI A., *La Corte e la CEDU: il problematico confronto di standard di tutela alla luce dell'art. 117 comma 1, Cost.*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3574.
- GUERRA C., *Analogia in malam partem o continuità di ratio?*, in *Ind. pen.*, 2011, p. 237.
- GUIDO E., *Sul rapporto tra confisca e sentenza di patteggiamento nel processo contra societatem*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1866.
- GULLO D., *La confisca*, in *Giust. pen.*, 1981, p. 38.

HART H.L.A., *Il concetto di diritto*, a cura di CATTANEO M.A., Milano, 1965.

IACCARINO C. M., *La confisca nel diritto amministrativo*, Bari, 1935.

ILLUMINATI G., *La presunzione d'innocenza dell'imputato*, Bologna, 1979.

INSOLERA G., *Diritto penale e criminalità organizzata*, Bologna, 1996.

IUZZOLINO G., *La confisca nel diritto penale dell'Unione europea tra armonizzazione normativa e mutuo riconoscimento*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 1554.

LEONE M., *Aspetti costituzionali del principio d'irretroattività in materia penale*, in *Giust. pen.*, 1982, II, c. 257.

LOCATELLI G., *La confisca del patrimonio di valore sproporzionato. Note all'art. 12 sexies della L. 7 agosto 1992, n. 356*, in *Il fisco*, 1996, n. 34, p. 8303.

LORENZETTO E., *Il sequestro preventivo funzionale alla confisca di valore nei rapporti tra persona fisica ed ente*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 4276.

LOTTINI R., *La nozione di profitto e la confisca per equivalente ex art. 322 ter*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1300.

LOTTINI R., *Il sistema sanzionatorio*, in *Responsabilità degli enti per illeciti amministrativi dipendenti da reato*, a cura di GARUTI G., Padova, 2002, p. 127.

LOTTINI R., *Sub art. 19 d.lgs 231/2001*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO F., PALIERO C.E., Padova, 2007, p. 2337.

LUISO F.P., *Diritto processuale civile*, volume III, *Il processo esecutivo*, Milano, 2009.

LUNGHINI G., *Profitto del reato: problematica individuazione delle spese deducibili*, in *Corr. merito*, 2008, p. 88.

LUNGHINI G., MUSSO L., *La confisca nel diritto penale*, spec. di *Corr. merito*, 2008.

MACRÌ C., MACRÌ V., *La legge antimafia. Commento per articolo alla l. 646/1982 integrata dalle l. 726 e 936/1982*, Napoli, 1983.

MAIELLO V., *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 440.

MALINVERNI A., *Principi del processo penale*, Torino, 1972.

MANES R., *La confisca "punitiva" tra corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 534.

MANES V., *L'incidenza delle "decisioni-quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1150-

- MANES V., *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 112.
- MANES V., ZAGREBELSKY V. (a cura di), *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Milano, 2011.
- MANGIONE A., *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001.
- MANGIONE A., *Politica del diritto e "retorica dell'antimafia": riflessioni sui recenti progetti di riforma delle misure di prevenzione patrimoniali*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2003, p. 1186.
- MANNA A., *La nuova legge sull'usura*, Torino, 2007.
- MANTINI P., *Osservazioni in tema di sanzioni amministrative urbanistico-edilizie e di attività di vigilanza nella legge n. 47/1985*, in AA. VV., *Comuni e abusivismo edilizio*, Padova, 1986, p. 74.
- MANTOVANI F., *Diritto penale parte generale*, V ed, Padova, 2007.
- MANZINI V. *Trattato di diritto penale italiano*, V ed, Torino, 1981.
- MANZIONE D., *Usura e mediazione creditizia*, Milano, 1998.
- MARINI G., *Commento all'art. 19 l. 28 febbraio 1985 n. 47*, in *Leg. pen.*, 1985, p. 622.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e codificazione del principio di colpevolezza*, in *Prospettive di riforma del codice pena e valori costituzionali - Atti del convegno tenuto a Saint-Vincent nel 1994*, Milano, 1996, p. 139.
- MARINUCCI G., *Politica criminale e riforma del diritto penale*, in *Jus*, 1974, p. 463.
- MARINUCCI G., DOLCINI E., *Manuale di diritto penale parte generale*, II ed., Milano 2006.
- MARUCCI A., *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, in *Rass. studi penit.*, 1957, p. 573.
- MARUCCI A., *Sulle sanzioni - pene e misure di sicurezza*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di VASSALLI G., Milano, 1982, p. 167.
- MASSA M., *La confisca*, da *Enciclopedia del diritto*, VIII ed., Milano, 1961.
- MAUGERI A.M., *Dalla riforma delle misure di prevenzione patrimoniali alla confisca generale dei beni contro il terrorismo*, in *Il "pacchetto sicurezza" 2009*, a cura di MAZZA O.-VIGANÒ F., Torino, 2009, p. 425.

- MAUGERI A.M., *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte delle organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, p. 487.
- MAUGERI A.M., *Misure di prevenzione patrimoniali*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO F.-PALIERO C.E., Padova, 2007, p. 1775.
- MAUGERI A. M., *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.
- MAUGERI A.M., *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?*, 2008, relazione tenuta all'incontro organizzato dal CSM (11/2008) dal titolo "*La prevenzione patrimoniale antimafia tra la interpretazione della corte di cassazione ed i nuovi interventi legislativi*", disponibile in www.csm.it
- MAUGERI A.M. (a cura di), *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Milano, 2008.
- MAUGERI A.M., *Le sanzioni patrimoniali tra garanzie ed efficienza (Le "ipotesi particolari" nella recente legislazione)*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1996, p. 817.
- MAZZA O., *Commento al d.l. 20/6/1994, conv. con modificazioni dalla l. 8/8/1994 n. 501 - Disposizioni urgenti in materia di confisca di valori ingiustificati*, in *Leg. pen.*, 1995, p. 23.
- MAZZA P., *Pericolosità sociale e misure di prevenzione: la rivincita dei Positivisti*, in *Riv. di poliz.*, 1998, p. 497.
- MAZZACUVA F., *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in *Cass. pen.*, 2009, p. 3420.
- MAZZACUVA F., *Un "hard case" davanti alla corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1540.
- MELCHIONDA A., *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, p. 334.
- MELILLO G., *Il congelamento dei beni ai fini di confisca o di prova nel sistema della cooperazione giudiziaria europea*, in *Quest. giust.*, 2002, n. 1, p. 99.

MELILLO G., *L'esecuzione all'estero delle misure di prevenzione patrimoniali (Una interessante pronuncia della Corte di cassazione francese)*, in *Quest. giust.*, 2004, n. 4, p. 771.

MELILLO G., *Estinzione del reato e confisca di cose diverse da quelle oggettivamente criminose, ovvero di mai sopiti contrasti giurisprudenziali*, in *Cass. pen.*, 2002, p. 1702.

MENDITTO F., *Lo schema di decreto legislativo del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione (Libri I, II, IV e V): esame, osservazioni, proposte*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it

MICHELI P., *Reati di sospetto vecchi e nuovi: cronaca di una morte annunciata*, in *Riv. pen. econ.*, 1994, p. 51.

MOCCIA S., *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, II ed., prefazione di BARATTA A., Napoli, 1997.

MOLINARI P.V., *Ancora sulla confisca antimafia: una caso di pretesa giustizia sostanziale contra legem*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 3620.

MOLINARI P.V., *Confisca antimafia definitiva: quale rimedio qualora il bene risulti, in base a nuove prove, lecitamente acquistato?*, in *Cass. pen.*, 2004, p. 3773.

MOLINARI P.V., *Una parole forse definitiva su confisca antimafia e morte della persona ritenuta pericolosa*, in *Cass. pen.*, 1997, p. 340.

MONACO L., PALIERO C.E., *Variazioni in tema di "crisi della sanzione": la diaspora del sistema commisurativo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 421.

MONGILLO V., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca d'identità: luci e ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, p. 1758.

MONTEVERDE M., ZAVATARELLI F., *Sub art. 200*, in *Codice penale commentato*, a cura di MARINUCCI G.-DOLCINI E., Milano, 1999.

MURGIA P., *L'irretroattività della disciplina della confisca per equivalente estesa ai reati tributari*, in *Fisco*, 2009, p. 3941.

MUSCO E., *Misure di sicurezza e profili di pericolosità: profili di riforma*, in *Problemi generali di diritto penale. Contributo alla riforma*, a cura di VASSALLI G., Milano, 1982, p. 173.

MUSCO E., *I nuovi reati societari*, Milano, 2007.

- NANULA G., *Le nuove norme sul possesso ingiustificato di valori*, in *Il fisco*, 1995, n. 42, p. 10134.
- NANULA G., *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Il fisco*, 1993, n. 41, p. 10115.
- NEPPI MODONA G., *Misure di prevenzione e presunzione di pericolosità*, in *Giur. cost.*, 1975, p. 3094.
- NICOSIA E., *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Torino, 2007.
- NOBILI M., *Associazioni mafiose, criminalità organizzata e sistema processuale*, in *Crit. dir.*, 1995, p. 261.
- NOBILI M., *Principio di legalità e processo penale (in ricordo di Franco Bricola)*, in *Riv. it. dir. pen. proc.*, 1995, p. 648.
- NUNZIATA M., *Linee evolutive della confisca penale: progetti di riforma e tendenze di politica criminale*, in *Ind. pen.*, 2004, p. 981
- NUVOLONE P., *La confisca dei beni e la costituzione*, estr. da *Giur. Cost.*, 1961.
- NUVOLONE P., *Misure di prevenzione e misura di sicurezza*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1976.
- NUVOLONE P., *Le misure di prevenzione nel sistema delle garanzie sostanziali e processuali del cittadino*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza - Atti del congresso tenutosi a Bressanone nel 1961*, Padova, 1962, p. 161.
- NUVOLONE P., *Norme penali e principi costituzionali*, in *Giur. cost.*, 1956, p. 1253.
- NUVOLONE P., *Pena (dir. pen.)*, in *Enc. del dir.*, Milano, 1982.
- NUVOLONE P., *Presunzione di colpa nella confisca dei mezzi di trasporto non appartenenti all'esecutore del contrabbando?*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1940, I, p. 392.
- NUVOLONE P., *Processo penale: legalità, giustizia e difesa sociale*, in *Trent'anni di diritto e procedura penale, vol. I*, Padova, 1969, p. 446
- NUVOLONE P., *Relazione introduttiva*, in *Le misure di prevenzione - Atti del convegno tenutosi ad Alghero nel 1975*, Milano, 1975, p. 15.
- OVEY C., WHITE R.C.A., *Jacobs & White: the european convention on human rights*, Oxford, 2006.
- PADULA L., *Sequestro e confisca dopo la riforma del codice della strada nell'alternanza fra giurisdizione e politica giudiziaria*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it

- PAGLIARO A., *Colpevolezza e responsabilità obiettiva: aspetti di politica criminale e di elaborazione dommatica*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 387.
- PAGLIARO A., *Legge penale nel tempo*, in *Encicl. del dir.*, Milano, 1973.
- PAGLIARO A., *Sanzione penale*, in *Encicl. giurid.*, Roma, 1994.
- PALIERO C.E., *L'autunno del patriarca. Rinnovamento o trasmutazione del diritto penale dei codici?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1994, p. 1220.
- PALIERO C.E., *Pene fisse e Costituzione: argomenti vecchi e nuovi*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1981, p. 726.
- PALIERO C.E., TRAVI A., *La sanzione amministrativa. Profili sistematici*, Milano, 1988.
- PALAZZO F., *Bene giuridico e tipo di sanzioni*, in *Ind. pen.*, 1992, p. 209.
- PALAZZO F., *Corso di diritto penale, p.te generale*, IV ed., Torino, 2011.
- PALAZZO F., *Europa e diritto penale: i nodi al pettine*, in *Dir. pen. proc.*, 2011, p. 657.
- PALAZZO F., *La recente legislazione penale*, Padova, 1985.
- PALLADINO P., *Brevi osservazioni sul delitto di possesso ingiustificato di valori*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, p. 343.
- PANZARASA M., *Confisca senza condanna?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, p. 1672.
- PAOLOZZI G., *Vademecum per gli enti sotto processo. Addebiti amministrativi da reato*, Torino, 2006.
- PAULESU P.P., *Presunzione di non colpevolezza*, in *Dig. disc. penal.*, Torino, 1995, p. 670.
- PELLISSERO M., *Commento all'art. 3 l. 29 febbraio 2000, n. 300*, in *Leg. pen.*, 2001, p. 1020.
- PELUSO C., *Misure di sicurezza (profili sostanziali)*, in *Dig. disc. pen.*, Torino, 1994.
- PERINI A., *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2075.
- PERONI RANCHET R., *I presupposti della confisca di prevenzione dopo le modifiche introdotte dalla l. 24 luglio 2008 n. 125*, 2008, relazione tenuta all'incontro del CSM (10/2008) dal titolo "Il decreto sicurezza (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. dalla l. 2008, n. 125): primi spunti interpretativi, disponibile in www.csm.it

PETRINI D., *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Napoli, 1996.

PETROCELLI B., *La pericolosità criminale e la sua posizione giuridica*, Padova, 1940.

PICOTTI L., *Punti critici della confisca e prospettiva europea*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2010, p. 359.

PIGNATONE G., *Il modello italiano di contrasto ai patrimoni illeciti: strumenti penali, strumenti di prevenzione, problematiche processuali. La recente riforma delle misure di prevenzione: criticità e prospettive di applicazione*, 2010, relazione tenuta all'incontro del CSM (Roma, 01/2010) dal titolo "L'uso delle misure patrimoniali contro le organizzazioni criminali: strumenti investigativi e processuali. Il coordinamento tra il processo penale e di prevenzione e la prospettiva di un "giusto processo al patrimonio", disponibile in www.csm.it

PINELLI C., *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con essa confliggenti*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3518.

PIRACCINI P., *Gli standard probatori per l'applicazione del sequestro e della confisca tra modelli di prevenzione e di repressione - coordinamento tra procedimento di prevenzione e processo penale*, 2010, relazione tenuta all'incontro del CSM (Roma, 01/2010) dal titolo "L'uso delle misure patrimoniali contro le organizzazioni criminali: strumenti investigativi e processuali. Il coordinamento tra il processo penale e di prevenzione e la prospettiva di un "giusto processo al patrimonio", disponibile in www.csm.it

PISA P., *Sub art. 416-bis*, in *Commentario breve al codice penale*, a cura di FORTI-CRESPI-ZUCCALÀ, Padova, 2009, p. 1472.

PISAPIA G.D., *La nuova disciplina della responsabilità per reati commessi a mezzo stampa*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1958, p. 304.

PISTORELLI L., *Relazione n. III/08/2010, Novità legislative: Legge 29 luglio 2010, n. 120, recante "Disposizioni in materia di sicurezza stradale"*, in www.cortedicassazione.it, servizio novità.

PISTORIO G., *La disciplina della confisca nel dialogo tra Corti europee e giudici nazionali*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2068.

- POTETTI D., *Riflessioni in tema di confisca di cui alla legge 501/1994*, in *Cass. pen.*, 1995, p. 1689
- PRONTERA S., *Sub art. 301 D.P.R. 43/1973*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di PALAZZO F.-PALIERO C.E., Padova, 2007, p. 810.
- PROSDOCIMI S., *La nuova disciplina del fenomeno usurario*, in *Studium Juris*, 1996, p. 771.
- PULITANÒ D., *Appunti sul principio di colpevolezza come fondamento della pena: convergenze e discrasie fra dottrina e giurisprudenza*, in *Le discrasie tra dottrina e giurisprudenza in diritto penale*, a cura di STILE A., Napoli, 1991, p. 85.
- PULITANÒ D., *Diritto penale*, III ed., Torino, 2009.
- PULITANÒ D., *La giustizia penale alla prova del fuoco*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1997, p. 3.
- PULITANÒ D., *Nemo tenetur se detegere: quali profili di diritto sostanziale?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1999, p. 1271,
- PULITANÒ D., *Il principio di colpevolezza e il progetto di riforma penale*, in AA. VV., *Problemi di diritto penale*, Milano, 1979, p. 43.
- PULITANÒ D., *La responsabilità "da reato" degli enti: i criteri d'imputazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2002, p. 415.
- PULITANÒ D., *Una sentenza storica che restaura il principio di colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1988, p. 686.
- PUSATERI V., *Modifiche alla disciplina della confisca ex art. 12 sexies d.l. 8 giugno 1996, n. 306*, in *Decreto sicurezza. Tutte le novità*, a cura di SPANGHER G., Milano, 2008, p. 103.
- ROCCO A., *Le misure di sicurezza e gli altri mezzi di tutela giuridica*, in *Riv. pen.*, 1931, p. 22.
- RODOTÀ S., *Sub art. 42*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di BRANCA G., Bologna, 1982.
- ROMANELLI R., *Confisca per equivalente e concorso di persone nel reato*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 868.
- ROMANO M., *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*, II edizione di *Commentario sistematico al codice penale*, artt. 314-335 bis c.p., Milano, 2006.

- ROSSETTI A., *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, p. 1281.
- ROSSI P., *Lineamenti di diritto penale costituzionale*, Palermo, 1953.
- ROXIN C., *Politica criminale e sistema del diritto penale. Saggi di teoria del reato*, a cura di MOCCIA S., Napoli, 1998.
- ROXIN C., *Sul problema del diritto penale della colpevolezza*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 16.
- SABATINI G., *Ancora sui rapporti tra amnistia e confisca*, in *Giust. pen.*, 1947, II, c. 560.
- SABATINI G., *Sulla natura giuridica della confisca dei beni*, in *Giust. pen.*, 1946, II, c. 728.
- SACCO R., DE NOVA G., *Il contratto*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da RESCIGNO P, III ed., Torino, 2002.
- SANSÒ L., *La confisca nel diritto penale finanziario*, in *Riv. dir. fin. sc. fin.*, 1949, p. 333.
- SANSÒ L., *La nozione di estraneo al reato ai sensi dell' art. 240 c.p.*, in *Riv. it. dir. pen.*, 1949, p. 196.
- SANSÒ L., *I rapporti tra l'amnistia e la confisca regolata dal c.p. e dalle leggi speciali*, estr. da *Riv. pen.*, 1951, fasc. VII.
- SANTACROCE G., SANTACROCE M.C., *La legge italiana di ratifica ed esecuzione della convenzione di Strasburgo sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato: uno sguardo d'insieme*, in *Cass.pen.*, 1994, p. 2839.
- SANTORIELLO C., *In tema di sequestro e confisca per equivalente*, in *Giur. it.*, 2007, p. 968.
- SANTORIELLO C., *La confisca del profitto del reato nel sistema punitivo nei confronti degli enti collettivi e delle persone giuridiche*, in *Giur. it.*, 2009, p. 2089.
- SCARDIA M. *Ancora in tema di rapporti tra confisca ed amnistia*, in *Riv. pen.*, 1948, p. 614.
- SCIARABBA V., *Nuovi punti fermi (e questioni aperte) nei rapporti tra fonti e corti nazionali ed internazionali*, in *Giur. cost.*, 2007, p. 3579.
- SERIANNI V., *La confisca e le cause estintive del reato con particolare riguardo all'amnistia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, p. 974.

- SICURELLA R., *Nulla poena sine culpa: un véritable principe commun européen?* in *Rev. scien. crimin.*, 2002, p. 15.
- SINISCALCO M., *Irretroattività delle leggi in materia penale. Disposizioni sostanziali e disposizioni processuali nella disciplina della successione di leggi*, Milano, 1969.
- SGUBBI F., *Considerazioni critiche sulla proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 941.
- SGUBBI F., *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio*, Milano, 1980.
- SICIGNANO G.J., *La confisca nelle misure di prevenzione*, in *Riv. pen.*, 2011, p. 133.
- SPAGNOLO G., *L'associazione di tipo mafioso*, Padova, 1997.
- SPASARI M., *Agevolazione colposa*, in *Encicl. del dir.*, Milano, 1958, p. 895.
- SPIRITO U., *La riforma del diritto penale*, Roma, 1926.
- SPIZUOCO R., *L'interpretazione dell'art 240 c.p. e la pericolosità*, in *Giust. pen.*, 1972, II, c. 382.
- SQUILLACI E., *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, p. 1525
- STELLA F., *La filosofia della proposta anticorruzione*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, p. 936.
- STORTONI L., *Agevolazione e concorso di persone nel reato*, Padova, 1981
- STORTONI L., *Criminalità organizzata ed emergenza: il problema delle garanzie*, in *Crit. dir.*, 1995, n. 2/3, p. 172.
- STORTONI L., *Profili costituzionali delle fattispecie penali previste dalla legge 27 dicembre 1956 n. 1423*, in *Le misure di prevenzione - Atti del convegno tenutosi ad Alghero nel 1975*, Milano, 1975, p. 337.
- TAGLIARINI F., *Le misure di prevenzione contro la mafia*, in *Le misure di prevenzione - Atti del convegno tenutosi ad Alghero nel 1975*, Milano, 1975, p. 364.
- TONA G., *La confisca nella legislazione italiana in materia di criminalità organizzata: normativa italiana e diritto europeo*, in *Il merito*, 2005, n. 9, p. 50.
- TURONE G., *Problematiche giuridiche attinenti alla dimensione economica delle associazioni mafiose*, in *I delitti di criminalità organizzata, Quaderni del Csm*, I, 1999, in www.csm.it
- UBERTIS G., *La prova penale: profili giuridici ed epistemologici*, Torino, 1995.
- VASSALLI G., *Confisca con indennizzo?*, in *Giur. cost.*, 1971, p. 50.

- VASSALLI G., *La confisca dei beni*, Padova, 1951.
- VASSALLI G., *Confisca doganale e cose appartenenti a persone estranee al reato*, in *Giur. cost.*, 1977, I, p. 416.
- VASSALLI G., *I diritti dell'uomo dinanzi alla giustizia penale*, in *Giust. pen.*, 1950, II, c. 1.
- VASSALLI G., *Funzioni e insufficienze della pena*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1961, p. 297.
- VASSALLI G., *Misure di prevenzione e diritto penale*, in AA. VV., *Studi in onore di Biagio Petrocelli*, vol. III, Milano, 1972, p. 1591.
- VASSALLI G., *Sulla illegittimità costituzionale dell'art. 57 n. 1 c.p.*, in *Giur. cost.*, 1957, p. 218.
- VENEZIANI P., *Terzo estraneo al contrabbando: un nuovo limite per la confisca*, in *Dir. pen. proc.*, 1997, p. 819.
- VERGINE F., *La componente temporale della sproporzione quale fattore riequilibratore del sequestro finalizzato alla confisca ex art. 12-sexies d.l. n. 306 del 1992*, in *Cass. pen.*, 2011, p. 619.
- VERGINE F., *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009.
- VINCIGUERRA G., *Osservazioni sulla confisca antimafia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, p. 213
- VINCIGUERRA S., *Appunti su lottizzazione abusiva e confisca*, in *Giur. it.*, 2005, p. 1912.
- VINCIGUERRA S., *I delitti doganali, p.te generale*, Milano, 1963, pp. 366-426.
- VIGANÒ F., *Diritto penale sostanziale e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2007, p. 42.
- VIGANÒ F., *Recenti sviluppi in tema di rapporti tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Dir. pen. proc.*, 2005, p. 1433.
- VIGANÒ F., *Sullo statuto costituzionale della retroattività della legge penale più favorevole. Un nuovo tassello nella complicata trama dei rapporti tra Corte costituzionale e Corte EDU: riflessioni in margine alla sentenza 236/2011*, 2011, in www.penalecontemporaneo.it
- VIGANÒ F., GATTA G., *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti: pena o*

sanzione amministrativa accessoria? Riflessi sostanziali e processuali, 2010, in www.penalecontemporaneo.it

VIOLANTE L., *Confisca giudiziaria e demolizione amministrativa in materia urbanistica: cumulo o rapporto di specialità?*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1972, p. 831.

VISCONTI C., *Dalla "vecchia" alle "nuove" confische penali: recenti tendenze di un istituto tornato alla ribalta*, in *Studium Juris*, 2002, p. 960.

ZANOTTI M., "Nemo tenetur se detegere: profili sostanziali", in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1989, p. 174.

ZUCCALA' G., *Sulla natura giurisdizionale del processo di prevenzione criminale*, in *Stato di diritto e misure di sicurezza - Atti del congresso tenutosi a Bressanone nel 1961*, Padova, 1962, p. 131.