

ENCICLOPEDIA DEL DIRITTO

ESTRATTO

ANNALI VIII

Anna Maria Maugeri

CONFISCA (DIRITTO PENALE)

pubblicazione fuori commercio

GIUFFRÈ

C

CONFISCA (diritto penale)

SOMMARIO: 1. Premessa. — 2. La confisca generale dei beni. — 3. Le fonti sovranazionali. — 4. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla confisca. — 5. La confisca *ex art.* 240 c.p.: la sua natura. — 6. Le cose che siano servite o siano state destinate a commettere il reato come oggetto della confisca. — 7. La nozione di prodotto e di profitto confiscabile. — 8. La confisca per equivalente. — 9. La confisca in seguito a un reato colposo. — 10. L'applicazione della confisca in caso di estinzione del reato. — 11. La non appartenenza delle cose a persona estranea al reato e la tutela dei diritti dei terzi. — 12. La confisca nella legislazione speciale: deriva punitiva della confisca degli strumenti, del profitto o del prodotto. — 13. La confisca *ex art.* 416-*bis* comma 7 c.p. — 14. La confisca allargata *ex art.* 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992. — 15. *Segue*: la natura giuridica delle «ipotesi particolari di confisca» *ex art.* 12-*sexies*. — 16. Il riconoscimento del principio di irretroattività.

1. *Premessa*. — La confisca ha assunto negli ultimi decenni una rinnovata importanza come fondamentale strumento di lotta contro la criminalità economica e il crimine organizzato.

In realtà nel diritto moderno si dovrebbe parlare di “confische” penali, più che di confisca penale, non esistendo un unico modello, ma una pluralità di tipologie di confisca che, accomunate dall'essere una forma di espropriazione da parte dello Stato di beni altrui in seguito a condotte illecite (1), si distinguono per l'oggetto dell'ablazione, la disciplina e le finalità perseguite; tanto è vero che ancora oggi risulta attuale la definizione della confisca come «reticolo di meccanismi sanzionatori» (2), la cui natura nel caso concreto dipende dalla specifica disciplina, in conformità a quel polifunzionalismo o a quella natura “proteiforme” della confisca di cui hanno parlato a più riprese la Corte costituzionale e la Suprema Corte (3).

(1) MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino, 1950, 361.

(2) ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *D. disc. pen.*, III, 1989, 39 ss.

(3) C. cost. 9 giugno 1961, n. 29; C. cost. 16 giugno

L'art. 240 c.p. — completato dall'art. 236 c.p. — contempla la disciplina generale della confisca nel diritto penale, valida per ogni fattispecie per la quale non ne è prevista una speciale e, comunque, anche in questo caso applicabile laddove non espressamente previsto. Tale normativa si presenta sotto diversi profili ormai inadeguata alle moderne esigenze di lotta contro il crimine, continuando a prevedere l'ormai obsoleta distinzione tra prezzo e profitto e il carattere facoltativo della confisca del profitto, che non trova più una giustificazione razionale nell'ambito del moderno diritto penale nel quale la lotta contro l'accumulo dei capitali illeciti è diventata un obiettivo primario; tutti i documenti sovranazionali, infatti, impongono il carattere obbligatorio della confisca del profitto. Anzi il problema del legislatore moderno è rappresentato dalla necessità di colpire i patrimoni accumulati nel tempo dalle organizzazioni criminali, che rappresentano un pericoloso strumento di infiltrazione nell'economia lecita ma rispetto ai quali è difficile accertare il nesso con il reato fonte, tanto è vero che emerge la necessità di prevedere “forme di alleggerimento dell'onere della prova” dell'origine illecita, se non di inversione dell'onere della prova, e addirittura l'esigenza di garantire la sottrazione dei profitti illeciti anche in mancanza di una sentenza di condanna.

In questa direzione il primo strumento per facilitare la sottrazione del profitto illecito è rappresentato dalla confisca per equivalente, ma nell'art. 240 c.p. non è stata ancora introdotta una disciplina generale di tale forma di confisca. La consapevolezza del legislatore italiano dell'importanza della confisca come strumento di lotta contro la criminalità, in particolare organizzata, emerge, comun-

1964, n. 46; conf. Cass., sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a. e altri, in *Mass. CED*, n. 239923.

que, già nel 1982 con la legge Rognoni-La Torre (l. 13 settembre 1982, n. 646), che ha introdotto una delle prime forme di confisca “estesa” conosciuta nel panorama internazionale, la misura di prevenzione *ex art. 2-ter* l. 31 maggio 1965, n. 575 (oggi art. 24 del codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione: d. lg. 6 settembre 2011, n. 159), una sorta di *actio in rem* in seguito alle recenti riforme, che rappresenta un formidabile strumento di lotta contro l’accumulazione di patrimoni illeciti, seppure problematico in termini di rispetto dei principi fondamentali della materia penale. Per il resto la valorizzazione del ruolo della confisca nella lotta contro la criminalità del “profitto” si è realizzata con l’introduzione di sempre più numerose forme “speciali”, oltre a prevedere una forma di confisca penale “estesa” del profitto con l’art. 12-*sexies* d.l. 8 giugno 1992, n. 306 (convertito con modificazioni in l. 7 agosto 1992, n. 356); anche il d. lg. 8 giugno 2001, n. 231, all’art. 19, nel disciplinare la responsabilità amministrativa da reato degli enti, ha introdotto la confisca come sanzione autonoma.

2. *La confisca generale dei beni.* — La storia della confisca si caratterizza sin dal diritto romano come storia dell’ablazione generale dei beni, destinata a punire l’autore di un reato (4), accompagnata spesso alla pena di morte o all’esilio — volti all’eliminazione fisica o sociale del colpevole — e piegata a funzioni di persecuzione politica e di arricchimento dell’autorità. Solo nel secolo XVIII con l’illuminismo, e in particolare con Beccaria, si approfondì la riflessione sull’ingiustizia della confisca generale, quale sanzione che colpiva anche i familiari e i cui effetti si producevano anche dopo la morte, e i regnanti incominciarono ad abolirla, ad esempio Pietro Leopoldo con il codice del 1786. Ancora come pena accessoria era stata contemplata, insieme alla perdita della cittadinanza, negli art. 29 e 31 del progetto definitivo del codice Rocco, ma tali previsioni non furono accolte (5).

La confisca generale dei beni ha rappresentato uno strumento punitivo fondamentale sino a quando è sopravvissuta una concezione del diritto penale assolutistica e meramente retributiva, in contrasto con i principi fondamentali della pena, affermatasi con l’illuminismo; in un sistema penale ispirato a criteri di solidarietà sociale e di rispetto della dignità umana, propri di uno Stato di diritto, sarebbe preferibile che si abbandonassero delle

pene — dalle reminiscenze storiche poco gradevoli (6) — che esprimono un giudizio di disvalore assoluto e sono legate ad un concetto di giustizia commutativa, come la confisca generale dei beni. La *Vermögensstrafe* tedesca introdotta nel 1992, infatti, è stata dichiarata incostituzionale da una sentenza del *Bundesverfassungsgericht* per la violazione del principio di tassatività, art. 103 comma 2 GG (7); fermo restando che ancora oggi la confisca generale dei beni è prevista come pena per taluni gravi reati in alcuni ordinamenti, come quello francese, con la *confiscation général*, e tendenzialmente quello nordamericano con il *criminal forfeiture*.

In una concezione moderna del diritto punitivo, invece, la confisca assume la natura di confisca “speciale” di beni “connessi” con il reato — gli strumenti, il prodotto, il profitto —, o comunque di cose pericolose.

Tuttavia nell’ordinamento italiano una forma di confisca generale dei beni è disciplinata ancora oggi nell’art. 3 l. 25 gennaio 1982, n. 17, che prevede che, accertata con sentenza definitiva la costituzione di un’associazione segreta, con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri sia disposto lo scioglimento dell’associazione e la confisca dei suoi beni; e una nuova forma è stata recentemente introdotta dall’art. 3 comma 36 l. 15 luglio 2009, n. 94 nei confronti di un’organizzazione, associazione o gruppo quando risulti, con sentenza irrevocabile, che abbia favorito un reato con finalità di terrorismo; è disposta con decreto del Ministro dell’interno insieme allo scioglimento dell’associazione, sempre che i beni non siano stati confiscati con la sentenza di condanna (ai sensi dell’art. 240 c.p.) (8).

La confisca generale dei beni nei confronti di un’organizzazione criminale e in particolare nel settore del terrorismo è prevista anche in altri ordinamenti in base alla “presunzione” della destinazione illecita dei beni nella disponibilità dell’organizzazione, indipendentemente dalla sua origine (art. 72 *StGB* svizzero, § 20b *StGB* austriaco, sez. 13 del *Prevention of Terrorism — Temporary provisions — Act 1989* e successive riforme). L’idoneità di questa pena patrimoniale dovrebbe emergere soprattutto in termini di incapacitazione

(6) PARK, *Vermögensstrafe und “modernes” Strafrecht*, Berlin, 1997, 105 ss.

(7) Cfr. BVerfG 105, 135, 20 marzo 2002, 2 BvR 794/95, in <http://dejure.org>; v. anche BGH 15 novembre 2002, 2 StR 302102 (LC Frankfurt am Main), in *NSiZ*, 2003, 198.

(8) *Dossier* Servizio studi n. 127/2009 al disegno di legge recante « Disposizioni in materia di sicurezza pubblica », in *Atti parl. Sen.*, XVII legislatura, doc. n. 733-B.

(4) SABATINI, *Sulla natura giuridica della confisca dei beni*, in *Giust. pen.*, 1946, II, 728.

(5) Così *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, VII, Roma, 1930, n. 15, p. 36 e p. 5.

economica dell'organizzazione criminale, necessaria in un'ottica di macrocriminalità (o macro-preventiva) (9), assumendo una sorta di funzione di special-prevenzione neutralizzatrice nei confronti dell'intera organizzazione.

La forma di confisca prevista dall'art. 3 comma 36 l. n. 94, cit., però, suscita una serie di perplessità perché non viene applicata dal giudice penale con la sentenza di condanna, ma con provvedimento del potere esecutivo (decreto del Ministro), senza un processo in contraddittorio; non sono neanche chiari i presupposti per la sua applicazione («l'attività di organizzazioni, [...] abbia favorito la commissione di taluno dei reati di cui al comma 34»). In maniera più tassativa la l. n. 17, cit., consente lo scioglimento e la confisca dei beni dell'associazione riconosciuta segreta con sentenza definitiva (10).

Si deve ricordare che l'art. 117 del Progetto Grosso per la riforma del codice penale e il comma 5 dell'art. 55 del Progetto Pisapia prevedono una nuova sanzione, lo «scioglimento delle società o associazioni le quali siano state utilizzate esclusivamente o prevalentemente per la realizzazione di attività delittuose» e la confisca del patrimonio residuo dalla liquidazione; «il campo tipico di applicazione della norma dovrebbe essere rappresentato dall'ipotesi della persona giuridica utilizzata come "schermo" dalla criminalità organizzata» (11). Si tratterebbe di un istituto corrispondente alla misura interdittiva prevista dall'art. 16 d. lg. n. 231, cit. (12).

3. Le fonti sovranazionali. — Negli ultimi decenni anche il legislatore sovranazionale è divenuto consapevole del ruolo strategico della confisca nella lotta al crimine del profitto e alla criminalità organizzata, e, quindi, di come sia necessaria in questo settore un'efficace cooperazione interna-

zionale, sia nella fase investigativa sia in quella giudiziaria, per individuare, innanzitutto, i patrimoni di origine illecita e realizzare, poi, il "mutuo riconoscimento" dei provvedimenti di confisca.

La cooperazione giudiziaria finalizzata all'esecuzione dei provvedimenti di confisca è stata perseguita a partire dalla Convenzione di Vienna del 20 dicembre 1988 contro il narcotraffico, che già sollecitava l'introduzione di meccanismi di inversione dell'onere della prova circa l'origine dei profitti da confiscare al fine di garantire un'applicazione efficace della confisca — necessità ribadita dalla Convenzione delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale del 2000 (Palermo, 12-15 dicembre) —, e dalla Convenzione di Strasburgo dell'8 novembre 1990, sul riciclaggio e la confisca. Entrambi gli strumenti prevedono l'introduzione della confisca di valore e forniscono gli arnesi necessari agli Stati membri per cooperare senza ricorrere ad accordi bilaterali (13).

In materia l'azione comune n. 98/699/GAI, adottata dal Consiglio il 3 dicembre 1998 a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, viene sostituita con la decisione quadro del Consiglio del 26 giugno 2001, n. 2001/500/GAI. Vengono, quindi, adottate la decisione quadro del Consiglio del 22 luglio 2003, n. 2003/577/GAI, relativa all'esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio, e la decisione quadro del Consiglio del 24 febbraio 2005, n. 2005/212/GAI, che prevede l'introduzione di poteri "estesi" di confisca dei proventi del reato (art. 3) nel settore della lotta contro il crimine organizzato, nel rispetto di determinate garanzie, a partire dalla condanna e dalla prova dell'origine illecita dei proventi in base allo *standard* penalistico, al di sopra di ogni ragionevole dubbio (il giudice dovrebbe essere "pienamente convinto").

Con la decisione quadro del Consiglio del 6 ottobre 2006, n. 2006/783/GAI, si introduce il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni di confisca, superando la reciproca diffidenza, in modo che uno Stato membro riconosca ed esegua nel proprio territorio le decisioni di confisca pronunciate da un tribunale competente in materia penale di un altro Stato membro. Tale decisione pone alla base del mutuo riconoscimento i modelli di confisca "estesa" previsti dalla decisione quadro n. 2005/212/GAI, cit.

Dopo la decisione del Consiglio del 6 dicembre

(9) FIANDACA e VISCONTI, *Presupposti teorici e politico-criminali di una proposta di modello europeo di confisca "allargata" nell'ambito della criminalità organizzata*, in *Towards a European criminal law against organised crime* a cura di MILITELLO e HUBER, Freiburg im Breisgau, 2001, 221.

(10) GALLO e MUSCO, *Delitti contro l'ordine costituzionale*, Bologna, 1984, 63 ss.

(11) V. rispettivamente: Commissione Grosso per la riforma del codice penale, istituita con d.m. 1° ottobre 1998, *Progetto preliminare di riforma del codice penale - Parte generale*, articolato del 12 settembre 2000; Commissione Pisapia per la riforma del codice penale, istituita con d.m. 30 luglio 2006, entrambe in www.giustizia.it.

(12) Cfr. MAUGERI, *Dall'actio in rem alla responsabilità da reato delle persone giuridiche: un'unica strategia politico-criminale contro l'infiltrazione criminale nell'economia?*, in *Scenari di mafia* a cura di FIANDACA e VISCONTI, Torino, 2010, 300 ss.

(13) MITCHELL, TAYLOR e TALBOT, *On Confiscation and the Proceeds of Crime*², London, 1997, 228.

2007, n. 2007/845/GAI, volta a garantire la diretta cooperazione tra gli uffici nazionali ai fini dell'identificazione e recupero dei beni (14), è intervenuta in materia la risoluzione del Parlamento europeo del 25 ottobre 2011 che auspica l'adozione di una vera e propria *actio in rem* nella lotta contro la criminalità organizzata, come già previsto nelle 40 Raccomandazioni del Gruppo d'azione finanziaria internazionale (GAFI, o FATF: *Financial Action Task Force*) del 1996 e del 2012 (15).

In materia assume, quindi, un significato fondamentale la direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, n. 2014/42/UE, volta a perseguire il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca, che impone agli Stati membri non solo la confisca totale o parziale degli strumenti e dei profitti del reato, ma anche una forma di confisca "estesa" in seguito a condanna (art. 4), come si esaminerà *infra*, § 4. Si prevede, inoltre, una forma di confisca "senza condanna" dei profitti illeciti o degli strumenti ma solo in talune ipotesi assolutamente delimitate (malattia e fuga), non accogliendo il modello ampio di *actio in rem* — vicina alla confisca di prevenzione *ex art. 2-ter* l. n. 575 del 1965 (art. 24 d. lg. n. 159 del 2011) — elaborato nella versione della proposta di direttiva emendata dalla Commissione del Parlamento europeo per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (16); tale modello pretendeva, però, attraverso una sorta di magica quadratura del cerchio, il riconoscimento della natura penale di una siffatta forma di confisca e il rispetto delle garanzie previste dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali per la "materia penale" (art. 6 e 7), a partire da un rigoroso *standard* della prova dell'origine illecita (17).

Nel panorama comparatistico quattro sono i modelli di confisca, come moderno strumento di lotta contro la criminalità organizzata, che si delineano: la confisca come "pena" patrimoniale, in-

(14) Cfr. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, 79 ss.

(15) Art. 4 § 3 FATF Recommendations, *International Standards on combating money laundering and the financing of terrorism & proliferation*, Parigi, 16 febbraio 2012, in www.fatf-gafi.org.

(16) Il testo emendato e l'iter del procedimento di adozione della direttiva si possono leggere in <http://eur-lex.europa.eu>.

(17) MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie Cedu?*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, www.penalecontemporaneo.it/rivista, 2013, n. 3, 252 ss.

dependentemente dall'origine dei beni; quella fondata sulla presunzione della "destinazione" illecita dei beni (come la confisca dei beni nella disponibilità dell'organizzazione criminale, § 72 *StGB* svizzero e § 20b *StGB* austriaco); la confisca fondata sulla presunzione dell'origine illecita dei beni (l'«*Erweiterter Verfall*» *ex* § 73d *StGB*, il *confiscation* britannico, il *comiso ampliado* *ex art. 127* c.p. spagnolo, la confisca *ex art. 12-sexies* d.l. n. 306 del 1992); l'*actio in rem* (come il *civil forfeiture* dei Paesi anglosassoni o tendenzialmente la confisca di prevenzione *ex art. 2-ter* l. n. 575 del 1965, ora art. 24 d. lg. n. 159 del 2011) (18).

4. *La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo sulla confisca.* — La Corte europea dei diritti dell'uomo sollecita un'interpretazione autonoma della nozione di "materia penale", cui applicare le garanzie previste dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo — innanzitutto dagli art. 6 e 7 —, in base ai parametri elaborati a partire dalla sentenza «*Engel*» (19): la qualificazione formale ufficiale o la determinazione dell'ordinamento di appartenenza, che, pur definito come primo criterio, costituisce, ad avviso della Corte, solo una *ratio cognoscendi*; la "natura stessa" dell'infrazione, con particolare riferimento alle sue forme di tipicizzazione e al procedimento adottato; la natura e il grado di severità della sanzione, considerati come unico criterio nel caso «*Engel*». Si tratta di una nozione ampia di "materia penale" ricomprensiva non solo del penale in senso stretto, ma di tutte le misure aventi carattere affittivo, che perseguono finalità di prevenzione generale e speciale.

In attuazione di questi criteri non sono mancate sentenze che hanno contestato l'applicazione di talune forme di confisca in violazione del principio di legalità (20) o di proporzione (21).

(18) MAUGERI, *Relazione introduttiva. I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine. Reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione* a cura di MAUGERI, Milano, 2008, 38 ss.

(19) C. eur. dir. uomo 8 giugno 1976, *Engel* e altri c. Paesi Bassi, ricorsi n. 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/72, 5370/72, in *Recueil des arrêts et décisions*, sr. A, 1977, vol. 22, 36, e in www.echr.coe.int, sito istituzionale dove sono consultabili tutti i provvedimenti della Corte.

(20) C. eur. dir. uomo 8 ottobre 2009, *Adzhigovich* c. Russia, ricorso n. 23202/05; C. eur. dir. uomo 12 marzo 2009, *Plakhteyev* e *Plakhteyeva* c. Ucraina, ricorso n. 20347/03; C. eur. dir. uomo 23 ottobre 2008, *Khuzhin* e altri c. Russia, ricorso n. 13470/02.

(21) C. eur. dir. uomo, sez. I, 6 novembre 2008, *Ismayilov* c. Russia, ricorso n. 30352/03.

Nella sentenza « Sud Fondi » (22), in particolare, la Corte europea ha sostanzialmente riconosciuto il carattere “punitivo” della confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere costruite, prevista nell’ordinamento italiano (art. 19 l. 28 febbraio 1985, n. 47, ora art. 44 comma 2 t.u. edilizia). Tale forma di confisca è stata definita dalla giurisprudenza italiana dapprima sanzione penale, applicabile solo ai beni dell’imputato giudicato colpevole per il reato di lottizzazione abusiva (23), ma successivamente, a partire dal caso « Licastro », « sanzione amministrativa e obbligatoria », accessoria di natura reale, indipendente dalla condanna penale (24); con ordinanza del 1998, la Corte costituzionale ne ha sancito la natura amministrativa (25). Se ne consentiva, quindi, l’applicazione nei confronti di tutti i proprietari dei terreni lottizzati e delle opere ivi esistenti, ancorché imputati prosciolti o terzi in buona fede, salva la possibilità di far valere i loro diritti in sede civile. La Corte europea ha ritenuto che la confisca in questione costituisce un’ingerenza “arbitraria” nel godimento del diritto di proprietà ai sensi dell’art. 1 del Protocollo n. 1, perché il reato presupposto non ha alcuna base legale in violazione dell’art. 7 CEDU. Si ritiene violato anche il principio di colpevolezza, riconosciuto in virtù dello stesso art. 7 (principio di legalità), e il principio di proporzione: la sanzione è sproporzionata rispetto all’interesse generale della comunità in quanto « la buona fede e l’assenza di responsabilità delle ricorrenti non hanno potuto svolgere alcun ruolo »; « la Corte ritiene poi che la portata della confisca (85% di terreni non edificati), in assenza di un qualsiasi indennizzo, non si giustifica rispetto allo scopo dichiarato, ossia mettere i lotti interessati in una situazione di conformità rispetto alle disposizioni urbanistiche ». Si osserva correttamente che « Sarebbe stato ampiamente sufficiente prevedere la demolizione delle opere incompatibili con le disposizioni pertinenti e dichiarare inefficace il progetto di lottizzazione. Infine, la Corte osserva che il comune di Bari — responsabile di avere accordato dei permessi illegali per costruire — è l’ente che è divenuto proprietario dei beni confiscati, il

che è paradossale. Tenuto conto di questi elementi, vi è stata rottura del giusto equilibrio e violazione dell’articolo 1 del Protocollo n. 1 » (26). In seguito a questa sentenza l’art. 19 l. n. 47, cit., oggi art. 44 comma 2 t.u. edilizia, si pone in contrasto con l’art. 117 comma 1 cost. e la Suprema Corte cerca di fare rientrare la confisca in esame nella nozione autonoma di “materia penale” ai sensi degli art. 6 e 7 CEDU, ma solo per richiedere il rispetto del principio di colpevolezza sancito per le sanzioni amministrative punitive dalla l. 24 novembre 1981, n. 689 e continuando ad ammetterne l’applicazione nell’ipotesi di proscioglimento per prescrizione del reato (27), purché all’esito di un giudizio di merito che abbia accertato i profili di responsabilità (28). Questa soluzione non è ritenuta compatibile con le norme della “materia penale” nella sentenza « Varvara » in cui la Corte europea ha stabilito che l’applicazione di tale forma di confisca « senza alcun grado di responsabilità penale registrato in una condanna » costituisce una violazione del principio di legalità sancito dall’art. 7 (nonché del principio di responsabilità personale insito negli art. 7 e 6 comma 2 CEDU) (29). La Suprema Corte ha sollevato questione di legittimità costituzionale dell’art. 44 comma 2 t.u. edilizia, così come interpretato dalla Corte europea nella sentenza « Varvara », perché l’interpretazione della Corte europea si porrebbe in contrasto con la Costituzione, in quanto — impedendo l’applicazione della confisca — riconoscerebbe impropriamente prevalenza al diritto di proprietà, che sarebbe invece da considerare soccombente rispetto ad altri valori fondamentali, quali il paesaggio, l’ambiente, la vita e la salute, tutelati dagli art. 2, 9, 32, 41, 42, 117 cost. (30).

(26) C. eur. dir. uomo 20 gennaio 2009, Sud Fondi srl e altri c. Italia, cit. Conforme nell’attribuire natura punitiva C. eur. dir. uomo, sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, ricorso n. 17475/09. Sulla natura punitiva di tale forma di confisca v. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 142 ss.; cfr. BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2008, 3504 ss.

(27) Da ultimo ammette la confisca in questione in caso di estinzione Cass., sez. III, 4 febbraio 2013, n. 10066, Volpe, in *Mass. CED*, n. 255112.

(28) Cass., sez. III, 17 novembre 2008, n. 42741, Salvioli; Cass., sez. III, 29 aprile 2009, n. 17865; Cass., sez. III, 20 maggio 2009, n. 21188; Cass., sez. III, 8 ottobre 2009, n. 39078.

(29) Cfr. C. eur. dir. uomo, sez. II, 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, cit., § 71 e 64 ss.

(30) Cass., sez. III, ordinanza 30 aprile 2014, n. 20636, Alessandrini e altro, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 22 maggio 2014.

(22) C. eur. dir. uomo 20 gennaio 2009, Sud Fondi srl e altri c. Italia, ricorso n. 75909/01, § 125-129.

(23) Cass., sez. III, 18 ottobre 1988, Brunotti; Cass., sez. III, 8 maggio 1991, Ligresti; Cass., sez. un., 3 febbraio 1990, Cancellieri.

(24) Cass., sez. III, 12 novembre 1990, Licastro, in *Cass. pen.*, 1992, 1307; *ex plurimis* Cass., sez. I, 4 dicembre 2008, n. 2453; Cass., sez. III, 3 marzo 2005, n. 10916.

(25) C. cost., ordinanza, 26 maggio 1998, n. 187.

Da queste sentenze emergono, quindi, due importanti principi: da una parte, l'inderogabilità del rispetto del principio di colpevolezza, fondato sul principio di legalità *ex art. 7* e sulla presunzione d'innocenza *ex art. 6 comma 2* nell'applicazione della confisca-pena che impone un sacrificio del diritto di proprietà con finalità di prevenzione generale e speciale; dall'altra, la necessità che l'applicazione della pena avvenga con una condanna (in cui sia stata riconosciuta la colpevolezza).

In stretta connessione a quest'ultimo orientamento nella sentenza «Paraponiaris c. Grecia» (31) si afferma l'illegittimità, ai sensi dell'art. 6 CEDU e, quindi, dei principi del giusto processo e della presunzione d'innocenza (art. 6 comma 2), della confische inflitte con una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione e in fasi processuali che non consentano un adeguato esercizio del diritto di difesa; il caso, ad esempio, della confisca disposta in sede di archiviazione, ovvero in sede di udienza preliminare, o ancora in occasione del proscioglimento anticipato ai sensi degli art. 129 c.p.p. e 469 c.p.p.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, però, tende a negare il carattere punitivo delle forme di confisca allargata dei profitti di origine sospetta e quindi l'applicazione ad esse delle garanzie della "materia penale". Tale orientamento è emerso in relazione alla confisca misura di prevenzione a partire dal caso «Marandino» e dal caso «Raimondo» (32), affermando che l'art. 6 «si applica alle procedure per l'applicazione delle misure di prevenzione nella sua parte civile, tenuto conto in particolare del loro oggetto "patrimoniale"» (33), negando l'applicabilità *ratione materiae* dell'art. 6 comma 2 (presunzione d'innocenza) e dell'art. 7 (principio di irretroattività), nonché dell'art. 4 del Protocollo n. 7 (divieto del *ne bis in idem* processuale); l'Italia è stata condannata solo per la man-

canza di un'udienza pubblica nel procedimento di prevenzione (34).

Una forma di confisca allargata alla quale è stata riconosciuta la natura penale nel caso «Welch» è il *confiscation* previsto dal *Drug Trafficking Act* (DTA) 1994 «*looking behind appearances at the realities of the situation*» (35). La Corte europea osserva, innanzitutto, che il *confiscation* è connesso con un reato e presuppone, infatti, una condanna per traffico di stupefacenti; gli scopi preventivi e riparativi possono coesistere con quello punitivo e possono essere considerati come elementi di una vera e propria pena. Depongono a favore della natura "penale": le presunzioni che tutti i beni acquistati nei sei anni precedenti il procedimento rappresentano il provento del traffico di droga, a meno che il reo provi il contrario; il fatto che il provvedimento di confisca sia diretto contro i profitti coinvolti nel traffico di stupefacenti e non è limitato all'attuale arricchimento o profitto; la discrezionalità del giudice, nel fissare l'ammontare del provvedimento, di prendere in considerazione il grado di colpevolezza dell'accusato; e la possibilità di applicare una pena detentiva in caso di insolvenza del condannato. Sono tutti elementi che forniscono un'indicazione forte di un regime punitivo (36).

Nel caso «Phillips c. Regno Unito» e altri successivi, tuttavia, la Corte europea, pur riconoscendo le garanzie del giusto processo (art. 6 comma 1 CEDU), nega la natura penale del procedimento volto all'applicazione del *confiscation* previsto dal *Drug Trafficking Act* 1994, in quanto si ritiene che esso non comporti ai sensi dell'art. 6 comma 2 CEDU una "nuova imputazione", oltre a quella oggetto della condanna presupposta per l'applicazione della confisca in esame, ma faccia parte del procedimento volto a stabilire la sanzione (*sentencing process*) che consegue la condanna, in maniera analoga ad un procedimento volto a stabilire la misura della pena detentiva (37). Considerazioni analoghe sono state espresse nel caso «Van

(31) C. eur. dir. uomo, sez. I, 25 settembre 2008, Paraponiaris c. Grecia, ricorso n. 42132/06; PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1672 ss., in particolare 1701.

(32) Commission européenne des droits de l'homme 15 aprile 1991, Marandino c. Italia, ricorso n. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)*, 1991, 70, 78; C. eur. dir. uomo 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia, ricorso n. 12954/87, in *Recueil des arrêts et décisions*, sr. A, 1994, vol. 281, 7; C. eur. dir. uomo 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, ricorso n. 38662/97; C. eur. dir. uomo 25 marzo 2003, Madonia c. Italia, ricorso n. 55927/00, decisione sulla ricevibilità, 4.

(33) C. eur. dir. uomo 26 luglio 2011, Paleari c. Italia, ricorso n. 55772/08, § 34; C. eur. dir. uomo 5 luglio 2001, Arcuri e altri c. Italia, ricorso n. 52024/99, 5; C. eur. dir. uomo 4 settembre 2001, Riela e altri c. Italia, ricorso n. 52439/99, 6.

(34) Tra le altre C. eur. dir. uomo 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, ricorso n. 399/02, 8; C. eur. dir. uomo 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri c. Italia, ricorso n. 4514/07; C. eur. dir. uomo 26 luglio 2011, Pozzi c. Italia, ricorso n. 55743/08.

(35) C. eur. dir. uomo 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, ricorso n. 17440/90, § 27 ss., 34, e in *Leg. pen.*, 1995, 522.

(36) C. eur. dir. uomo 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, cit., § 29 ss.

(37) C. eur. dir. uomo 12 dicembre 2001, Phillips c. Regno Unito, ricorso n. 41087/98, § 36, 32-34; C. eur. dir. uomo 23 settembre 2008, Grayson & Barnham c. Regno Unito, ricorso n. 19955/05 e 15085/06, § 37 ss.

Offeren c. Paesi Bassi», in relazione a una forma di confisca allargata prevista dall'art. 36 del codice penale olandese (38) e nel caso «Butler c. Regno Unito» in relazione al procedimento di carattere civile previsto dalla Parte II del DTA 1994 (art. 42-43, con notevole attribuzione di poteri alla polizia e alle autorità doganali) per consentire la confisca del denaro proveniente dal traffico di stupefacenti (si tratta di un vero e proprio procedimento *in rem*) (39).

La Corte europea riconosce che le forme di confisca allargata in esame si fondano su presunzioni, ma presunzioni di fatto e di diritto sono conosciute in molti ordinamenti e sono considerate compatibili con i principi del giusto processo, purché siano confutabili e siano garantiti i diritti della difesa; in termini di scelta di politica criminale il sacrificio del diritto di proprietà (art. 1 del I Protocollo addizionale della CEDU), imposto dalle misure in esame, non è sproporzionato in considerazione degli scopi perseguiti: rispettivamente la lotta al fenomeno mafioso per la confisca antimafia (40) e la lotta contro il narcotraffico per il *confiscation* inglese (41).

In realtà in queste sentenze le ragioni di opportunità politico criminale sembrano prevalere su una corretta applicazione dei criteri elaborati dalla stessa Corte europea, criteri che, in ogni caso, dovrebbero imporre al legislatore nazionale, alla luce dell'art. 117 cost., l'obbligo di assicurare le garanzie della materia penale a tutte le sanzioni che, indipendentemente dalla qualifica formale, assumano un impatto punitivo perseguendo finalità di prevenzione generale e speciale.

5. La confisca ex art. 240 c.p.: la sua natura. —

La forma base di confisca contemplata dall'ordinamento italiano è la misura di sicurezza patrimoniale disciplinata dall'art. 240 c.p., che prevede la confisca "facoltativa" degli strumenti del reato, del prodotto e del profitto, e la confisca "obbligatoria" del prezzo, dei beni e degli strumenti informatici o telematici utilizzati per la commissione dei reati elencati, e, infine, delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione delle quali costituisce reato.

Nonostante la definizione legislativa di misura

(38) C. eur. dir. uomo 5 luglio 2005, Van Offeren c. Paesi Bassi, ricorso n. 19581/04.

(39) C. eur. dir. uomo 26 giugno 2002, Butler c. Regno Unito, ricorso n. 41661/98, § 6.

(40) Per tutte C. eur. dir. uomo 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, cit.

(41) C. eur. dir. uomo 5 luglio 2001, Phillips c. Regno Unito, cit., § 54.

di sicurezza, in linea con la Relazione al progetto del codice penale (42) in cui si afferma che la confisca «consiste nell'eliminazione di cose che, provenendo da fatti illeciti penali o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, mantengono viva l'idea o l'attrazione del reato», parte della dottrina nega la finalità preventiva della misura in esame (43), per attribuirle natura punitiva (44) o espropriativa (45).

In qualità di misura di sicurezza la confisca dovrebbe avere una duplice finalità: da una parte, sottrarre all'agente la cosa che, essendo servita per commettere il reato, potrebbe costituire un incentivo per nuove azioni criminose (o il cui possesso stesso è dalla legge vietato); dall'altra parte, privare l'agente del frutto del reato commesso, onde non possa godere della locupletazione conseguita con il reato, del quale costituisce il fine e lo scopo (46). Alla base di tale interpretazione si pone il concetto di pericolosità, in relazione al quale la dottrina oscilla dalla considerazione della pericolosità della *res* a quella della persona (pericolosità sociale), con posizioni che, comunque, tendono ad avvicinarsi, laddove si parla di «pericolosità anche della persona, ma in senso relativo perché essa riposa in un'osmosi con la cosa: basterà interrompere questa perché cessi la situazione di pericolo» (47); la cosa, lasciata nella disponibilità del reo, costituirebbe per lui un incentivo per commettere ulteriori illeciti (48).

Questo concetto di pericolosità viene, però, criticato; la pericolosità oggettiva diventa tributaria dei criteri della pericolosità personale, realizzando una nozione ibrida, «disposta a riempirsi di

(42) Relazione ministeriale al progetto preliminare del codice penale, I, Roma, 1930, 245.

(43) DE MARSICO, *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, sotto la direzione di CONTI, I, Milano, 1934, 963; SANTORO, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1958, 622; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 384.

(44) Cfr. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, cit., 44; DALIA, *Una prospettiva da recuperare: il sequestro penale in funzione della confisca*, in *Cass. pen.*, 1982, 1881; CHIAROTTI, *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca*, in *Giust. pen.*, 1956, 637; BAIOCCHI, *La confisca: sanzione amministrativa o misura di sicurezza*, in *Arch. pen.*, 1985, 549.

(45) Cfr. DI LORENZO, *Dal procedimento di impugnazione alla natura giuridica della confisca*, in *Temì*, 1957, 144-145.

(46) Cfr. CACCIAVILLANI e GIUSTOZZI, *Sulla confisca*, in *Giust. pen.*, 1974, II, 463; Cass. 29 marzo 1995, Gianquitto, in *Riv. pen.*, 1996, 245.

(47) Cfr. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, 23; MASSA, *Confisca (diritto e procedura penale)*, in questa *Enciclopedia*, VIII, 1961, 981.

(48) CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, 148.

scelte fortemente soggettive, intuitive, che costituiscono collaudati veicoli di infiltrazioni repressive, agevolate dalla sbrigatività concessa dalle forme processuali » (49). Nonostante, poi, la sua definizione codicistica come « misura di sicurezza », la confisca rivela ai sensi dell'art. 236 c.p. uno statuto fortemente differenziato rispetto alle misure di sicurezza personali e, poiché « la natura di un istituto è funzione della disciplina che lo caratterizza », può essere messa in discussione l'identità di natura tra la confisca e le misure di sicurezza (50).

Le norme sulla pericolosità sociale, infatti, sono inapplicabili perché riguardano la persona e non la cosa (l'art. 236 c.p. non richiama l'art. 202 c.p.) e, infatti, non si applica alla confisca la norma che vieta la concessione della sospensione condizionale quando alla pena deve essere aggiunta una misura di sicurezza (art. 164 comma 2 n. 2 c.p.) (51) e l'istituto della revoca, che può operare allorché la persona cessa di essere socialmente pericolosa; la confisca, diversamente dalle altre misure di sicurezza, può essere adottata con il decreto penale di condanna ai sensi dell'art. 459 c.p.p. Si applica l'art. 205 commi 1 e 2 n. 3, per cui la confisca è ordinata dal giudice di cognizione nella stessa sentenza di condanna o di proscioglimento; qualora il giudice di cognizione non abbia provveduto, la competenza non viene attribuita al giudice di sorveglianza, come per le altre misure di sicurezza (art. 680 comma 2 c.p.p.), ma al « giudice dell'esecuzione » (art. 676 c.p.p.), il quale provvederà con la forma del « procedimento di esecuzione » (art. 666 c.p.p.); la Suprema Corte ha, però, stabilito che « La confisca facoltativa può essere disposta solo dal giudice che pronuncia la condanna e non, quindi, in fase esecutiva » (52); la confisca, ancora, diversamente dalle altre misure di sicurezza, potrà essere inflitta anche in sede di applicazione della pena su richiesta delle parti e, in seguito alla riforma operata dalla l. 12 giugno 2003, n. 134, ciò vale anche per la confisca facoltativa, fermo restando l'obbligo di motivazione del giudice (53).

La confisca, allora, così come concepita nel

(49) Cfr. ALESSANDRI, *op. cit.*, 46

(50) Così GRASSO, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, sub art. 240, 609; ALESSANDRI, *op. cit.*, 39.

(51) Cfr. SANTORO, *op. cit.*, 397; Cass. 28 dicembre 1994, Loiacono, in *Riv. pen.*, 1995, 1533.

(52) Cass., sez. I, 16 aprile 2013, n. 27172; Cass. 20 aprile 2012, n. 17546, in *Cass. pen.*, 2013, 1920; Cass., sez. I, 23 febbraio 2011, n. 18343.

(53) Cass., sez. VI, 27 febbraio 2013, n. 16253.

codice Rocco, appare ad avviso della dottrina « come un ibrido istituto di repressione penale e di prevenzione amministrativa » (54). Anche la Cassazione, in relazione alla confisca *ex art. 2-ter* l. n. 575 del 1965 — che riconduce « nell'ambito di quel tertium genus costituito da una sanzione amministrativa equiparabile, quanto al contenuto e agli effetti, alla misura di sicurezza prevista dall'art. 240, co. 2° c.p. » (55) —, nega correttamente la natura meramente preventiva, essendo incompatibile la sua definitività con il carattere preventivo, individuando piuttosto la sua *ratio* nell'esclusione dal circuito economico di « beni e proventi di natura presuntivamente illeciti » (56).

Nell'ambito, poi, della legislazione speciale, dove è possibile riscontrare la presenza più significativa dell'istituto, la disciplina della confisca presenta delle vistose differenziazioni; va sempre più assumendo una funzione general-preventiva dissuasiva, con connotati repressivi propri delle pene accessorie, come la sua alternatività o sostituibilità con altre pene accessorie od anche la stessa « obbligatorietà della sua applicazione, rinunciando così ad un qualunque accertamento della c.d. pericolosità della cosa » (57).

La confisca, insomma, persegue un fine preventivo non diversamente da qualunque altro mezzo repressivo, non è dunque una misura di sicurezza (58); il legislatore ha cercato di riunificare sotto un unico modello delle ipotesi di confisca che perseguono una diversa funzione, al solo scopo di applicare la disciplina meno garantista delle misure di sicurezza, realizzando una frode delle etichette (59). A parte la considerazione che è ormai oggi messa definitivamente in discussione da parte della dottrina maggioritaria la stessa giustificazione razionale della distinzione tra pene e misure di sicurezza; una volta asserito, infatti, che la pena e il sistema sanzionatorio complessivo devono essere orientati verso la rieducazione (art.

(54) Cfr. IACCARINO, *Confisca (Diritto amministrativo)*, in *Nss. D.I.*, IV, 1959, 36; TRAPANI, *Confisca: II) Diritto penale*, in *Enc. giur.*, VIII, 1988, 4.

(55) Cass., sez. un., 3 luglio 1996, Simonelli ed altri, in *Cass. pen.*, 1996, 3609; conf. *ex plurimis* Cass. 11 giugno 2008, n. 25676; Cass., sez. un., 8 gennaio 2007, n. 57, Auddino, in *Dir. pen. proc.*, 2007, 1297, § 4, con nota di MAUGERI, *La revoca ex tunc come espressione del diritto di difesa contro il provvedimento definitivo di confisca*; Cass. 4 luglio 2007, n. 33479, Richichi M.A. ed altri.

(56) Cass. 3 luglio 1996, cit., 3609; conf. tra le altre Cass., sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, O.

(57) Cfr. ALESSANDRI, *op. cit.*, 50; v. anche GRASSO, *op. cit.*, 608; MELCHIONDA, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977, 334.

(58) DI LORENZO, *op. cit.*, 144-145.

(59) Così ALESSANDRI, *op. cit.*, 49; GRASSO, *op. cit.*, 610.

27 comma 3 cost.), « annulla, o comunque scolorisce, ogni possibile differenza tra pena e misure di sicurezza sul piano delle finalità » e una volta emersa tale sostanziale identità di funzione non si giustifica la sottrazione delle seconde ai principi garantistici delle prime (60).

Già a partire dalla confisca *ex art.* 240 c.p. emerge, inoltre, inequivocabilmente che la natura e la funzione politico-criminale della forma di confisca in esame sono strettamente connesse all'oggetto dell'ablazione.

Proprio in considerazione, infatti, dell'oggetto della confisca nonché della finalità perseguita si distinguono, da ultimo, in dottrina: ipotesi con una più marcata finalità preventiva, come per esempio la confisca delle cose che servono o furono destinate a commettere il reato, non aliene, comunque, a connotazioni repressive, che ne rendono in ogni caso impropria la collocazione tra le misure di sicurezza; ipotesi con una più evidente connotazione repressiva, quali la confisca del prodotto, del profitto e del prezzo del reato, nonché molte delle forme di confisca previste dalla legislazione speciale; ipotesi alle quali « è estraneo lo stesso concetto di responsabilità penale » e che costituiscono « una proiezione del regime giuridico di una cosa (la confisca delle cose il cui uso, detenzione, etc., è vietato in modo assoluto) ». In queste ultime ipotesi, si precisa, la confisca prescinde da una valutazione di illiceità del comportamento di chi detiene la cosa, con la conseguenza che esse non possono essere considerate delle sanzioni (61).

Questa prospettazione sembra condivisibile solo in parte. Innanzitutto si deve sottolineare che, se si vuole conservare la finalità preventiva della confisca facoltativa dello strumento del reato, si dovrà comunque limitarne l'applicazione alle cose che siano strumenti necessari delle modalità esecutive del fatto tipico, in cui la confisca della cosa persegue finalità simili a quelle di una misura interdittiva e rimane fermo, in ogni caso, che la confisca potrebbe perseguire il fine di prevenzione speciale solo nell'aspetto "neutralizzante" e non certamente in quello rieducativo. E, comunque,

(60) Cfr. GRASSO, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., pre-art. 199, 419 ss.; v. anche MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1978, 271 ss.; Id., *Misure di sicurezza*, in *Enc. giur.*, XX, 1990, 9.

(61) Così GRASSO, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 240, 610; C. cost. 17 luglio 1974, n. 229, in *Giur. cost.*, 1974, 2297; C. cost. 29 dicembre 1976, n. 259, *ivi*, 1976, 1917; C. cost. 19 gennaio 1987, n. 2.

anche in queste ipotesi, trattandosi pur sempre di cose legittimamente possedute dal reo, la confisca persegue anche una finalità repressiva incidendo negativamente sul diritto di proprietà; di ciò si dovrebbe tenere conto nella più complessiva opera di commisurazione della pena, tanto più quando la confisca degli strumenti diventa obbligatoria, come previsto in alcune disposizioni di parte speciale.

In relazione alla confisca del prodotto o del profitto del reato, va osservato che essa, laddove correttamente applicata, piuttosto che perseguire una finalità repressiva, risponde ad una finalità di "compensazione" o "di riequilibrio dell'ordine economico violato", riportando la situazione patrimoniale del reo nelle condizioni in cui si trovava prima della consumazione del reato e così impedendo al reo di godere del frutto della sua attività in base al principio fondamentale che il crimine non rappresenta in uno Stato di diritto un legittimo titolo di acquisto di beni; la sottrazione del profitto accertato del reato non svolge, allora, una funzione repressiva, perché non comporta un sacrificio patrimoniale o una limitazione del diritto di proprietà per il reo. Sarebbe una sorta di corrispondente penalistico dell'istituto civilistico dell'arricchimento senza causa di cui all'art. 2041 c.c. (62).

6. *Le cose che siano servite o siano state destinate a commettere il reato come oggetto della confisca.* — Le cose che siano servite o siano state destinate a commettere il reato rientrano nell'oggetto della confisca facoltativa *ex art.* 240 c.p. e di talune forme di confisca obbligatoria.

La confisca degli "strumenti" del reato presenta alcuni profili problematici connessi alla difficoltà di delimitare il suo ambito di applicazione, che può cambiare in base al modo di intendere, da una parte, il nesso tra lo strumento e il reato, dall'altra, la sua stessa funzione, come emerge dal dibattito giurisprudenziale (63).

Con riferimento alle cose che siano servite o siano state destinate a commettere il reato, la Corte di cassazione ha sottolineato che devono essere legate all'esecuzione del reato da un nesso strumentale, essenziale e non meramente « occa-

(62) WOLTERS, *Die Neufassung der strafrechtlichen Verfallsvorschrift*, Baden-Baden, 1995, 65 ss.; cfr. Cass., sez. VI, 8 aprile 2013, n. 24277.

(63) Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., 117 ss.; TARTAGLIA, *La confisca penale*, in *Codice delle confische e dei sequestri* a cura di TARTAGLIA, Roma, 2012, 49 ss.

sionale» (64), risultando indispensabili per la sua esecuzione; deve sussistere un rapporto di «asserimento» tra la cosa e il reato, non è sufficiente che la cosa sia stata *condicio sine qua non* del reato così come si è concretamente consumato ma occorre accertare «uno stretto nesso strumentale che riveli effettivamente la possibilità futura del ripetersi di un'attività punibile» (65). In quest'ultima direzione il nesso strumentale costituisce un parametro per l'accertamento della pericolosità, fondata sul rapporto reo-cosa, «rivelatore dell'effettiva probabilità del ripetersi di un'attività punibile nel senso che possa formularsi una positiva prognosi sulla pericolosità sociale dell'imputato derivante dal mantenimento in suo possesso della cosa» (66).

In base a tale orientamento il rapporto causale tra cosa e reato mancherebbe, ad esempio, rispetto all'auto utilizzata per giungere al luogo del delitto o per allontanarsi con la refurtiva (67), per la prostituzione (68) o atti osceni in luogo pubblico, rappresentando uno strumento di occasionale agevolazione della condotta criminosa e peraltro ampiamente fungibile (69).

La Suprema Corte ha, però, talora dato un'interpretazione più soggettivistica di tale nesso strumentale, che viene accertato in relazione alla personalità del soggetto agente: è sufficiente che la cosa abbia in qualche modo «facilitato» la realizzazione del reato e si ritengono collegate la detenzione della cosa sequestrata e la reiterazione della condotta delittuosa in base a una generica prognosi di recidiva, finendo, come rilevato in dottrina (70), per accentuare la natura repressiva della confisca (se la pericolosità non è legata al rapporto

reo-cosa, la sottrazione della cosa non persegue alcuna finalità preventiva). Si ritiene così confiscabile l'auto usata dallo spacciatore di stupefacenti, poiché l'uso del veicolo rende più facile e più insidioso l'esercizio della turpe attività (71). In questa direzione la Suprema Corte ha affermato che per cose che servirono a commettere il reato «devono intendersi quelle impiegate nell'esplicazione dell'attività punibile, senza che siano richiesti requisiti di *indispensabilità*, ossia che debba sussistere un rapporto causale diretto ed immediato fra la cosa ed il reato nel senso che la prima debba apparire come indispensabile per l'esecuzione del secondo» (72).

Sembra preferibile la prima interpretazione, in base alla quale la cosa deve costituire lo «strumento» del reato, immediatamente significativo sul piano lesivo nei confronti del bene tutelato (73). Nell'ordinamento italiano, solo tale interpretazione valorizza la finalità preventiva della confisca misura di sicurezza in esame e ne delimita l'ambito di applicazione, altrimenti prevarrà esclusivamente la finalità repressiva (quale vera e propria pena accessoria). In ogni caso, si rileva la discrezionalità di una simile valutazione rispetto ad una sanzione che può rivelarsi particolarmente afflittiva, come nell'ipotesi in cui vengano confiscati anche dei beni immobili, serviti ad esempio a commettere il reato di sfruttamento della prostituzione (74).

L'art. 240 c.p. e molte forme di confisca speciale consentono anche la sottrazione delle cose destinate a commettere il reato, e cioè i mezzi predisposti dall'autore per la consumazione dello stesso ma concretamente non utilizzati; si deve richiedere anche in questo caso e a maggior ragione un nesso essenziale rispetto al progettato piano delittuoso e non un mero rapporto di occasionalità (75).

Nell'ordinamento tedesco e in quello francese si prevede anche la possibilità di applicare la

(64) Cass., sez. feriale, 22 agosto 2013, n. 35519, in *Dir. giust.*, www.dirittoegiustizia.it, 13 settembre 2013; Cass. 11 febbraio 1993, Bertelli, in *Mass. CED*, n. 193403; Cass. 21 dicembre 1990, Scuffo, in *Giur. it.*, 1992, II, 504.

(65) Cass. 10 marzo 2008, n. 25793, in *Guida al diritto*, 2009, fasc. 39, 100 ss.; Cass., sez. VI, 5 marzo 2013, n. 13049, in *Arch. n. proc. pen.*, 2013, 5, 563; Cass., sez. feriale, 22 agosto 2013, n. 35519, in *Dir. giust.*, www.dirittoegiustizia.it, 13 settembre 2013.

(66) Cass., sez. feriale, 22 agosto 2013, n. 35519, cit.; Cass. 6 giugno 1994, Violato, in *Riv. pen.*, 1995, 1096.

(67) Cass. 6 giugno 1994, Violato, cit.; Cass., sez. feriale, 22 agosto 2013, n. 35519, cit.

(68) Cass. 19 ottobre 1978, Giordano, in *Riv. pen.*, 1979, 161; Cass. 29 gennaio 1971, Vocaturi, in *Cass. pen.*, 1972, 494; cfr. Cass. 20 febbraio 1990, Napolitano, *ivi*, 1991, 1769; *contra* Cass. 13 giugno 1997, Olmi, *ivi*, 1999, 148.

(69) Cass. 11 febbraio 1993, Bertelli, cit.

(70) Cfr. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, cit., 51; DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza patrimoniali*, in *Codice penale. Parte generale*, III, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale diretta da BRICOLA e ZAGREBELSKY*, Torino, 1984, 1560; MAUGERI, *op. ult. cit.*, 118.

(71) Cass. 2 marzo 1989, Rivoli e altro, in *Riv. pen.*, 1990, 447; Cass. 12 gennaio 2001, D'Agostino, in *Mass. CED*, n. 218425.

(72) Cass. 18 settembre 2008, n. 38650; Cass., sez. VI, 28 maggio 2009, Gagliardi, in *Guida al diritto*, 2009, fasc. 29, 46; Cass., sez. I, 18 settembre 2008, Venica, in *Mass. CED*, n. 241304, che ha ritenuto confiscabile una palestra in cui avveniva la distribuzione illecita di sostanze anabolizzanti; Cass., sez. V, 7 marzo 2006, Guadagno, in *Guida al diritto*, 2006, fasc. 40, 124.

(73) Cfr. DE FRANCESCO, *op. cit.*, 1559; ALESSANDRI, *op. cit.*, 51.

(74) Così Cass. 24 marzo 1998, Galantino, in *Cass. pen.*, 2000, 371; Cass. 23 aprile 2008, n. 24878, in *Guida al diritto*, 2008, fasc. 34, 99.

(75) Così GRASSO, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., *sub* art. 240, 615.

confisca del valore equivalente nel caso in cui non è possibile colpire direttamente lo strumento del reato e tale previsione è contenuta nella direttiva n. 2014/42/UE, cit., all'art. 4. Questa forma di confisca di valore assume un chiaro contenuto afflittivo, perché, se è possibile ammettere una qualche finalità preventiva nella confisca dello strumento del reato, nell'ipotesi in cui il reo non disponga più di tale strumento e si vuole comunque infliggergli una sofferenza patrimoniale di valore corrispondente, quella, se pur debole, finalità preventiva viene meno. Questa pena patrimoniale, però, può porsi in contrasto con il principio di tassatività e di proporzione in quanto il suo ammontare non è predeterminato per legge, ma dipende dalle circostanze del caso concreto, rischiando di comportare delle ingiustificate disparità di trattamento; rappresenterebbe una pena accessoria scarsamente tassativa e difficilmente commisurabile.

In ogni caso, sarebbe auspicabile che anche il legislatore italiano prendesse coscienza del carattere punitivo della confisca degli strumenti, carattere che impone di tenerne conto in sede di commisurazione della pena. Nel « considerando » n. 17 della direttiva n. 2014/42/UE, cit., si precisa che la confisca degli strumenti del reato può essere applicata « se, alla luce delle circostanze particolari del caso di specie, tale misura è proporzionata, considerato, in particolare, il valore dei beni strumentali interessati »; questa disposizione presuppone che la direttiva riconosca l'approccio punitivo che può assumere tale forma di confisca. Si rivelerebbe opportuna, allora, l'introduzione di una cosiddetta clausola dell'onerosità, sollecitata nel « considerando » n. 18 della direttiva e già prevista nell'ordinamento tedesco al § 73c « *Härtevorschrift* » (Regola dell'onerosità) *StGB*, che consenta di non applicare la confisca degli strumenti o di mitigarne gli effetti qualora risulti sproporzionata, come previsto dall'art. 114 n. 3 del progetto Grosso e recentemente nello « Schema per la redazione di principi e criteri direttivi di delega legislativa in materia di riforma del sistema sanzionatorio penale, dicembre 2013 », redatto dalla Commissione istituita con decreto del Ministro della giustizia del 10 giugno 2013, presieduta dal professore Palazzo (76).

La l. 15 febbraio 2012, n. 12 ha riformato l'art. 240 comma 2 c.p. prevedendo il carattere obbligatorio della confisca degli strumenti dei reati informativi. In tale ipotesi è stata introdotta una sorta di

presunzione assoluta di pericolosità che può essere considerata conforme al principio di ragionevolezza, ad avviso della dottrina, solo se si interpreta tassativamente la nozione di « strumento » del reato, ferma restando una componente punitiva di tale forma di confisca. Rimane l'inopportunità di questa scelta sistematica del legislatore, non rappresentando gli strumenti in questione un oggetto strutturalmente nuovo riferibile in via generale a tutte le fattispecie incriminatrici disciplinate dalla parte speciale del codice (77).

Valenza interdittiva dovrebbe avere, infine, la confisca delle cose destinate ad attività produttiva prevista dall'art. 113 del Progetto Grosso, e in maniera corrispondente dal Progetto Pisapia, applicabile solo in seconda battuta laddove le prescrizioni dell'autorità amministrativa volte alla « messa in sicurezza » di tali attività non siano state rispettate; lo scopo di questa sanzione è, infatti, quello di ripristinare le condizioni di corretta utilizzazione di cose, impianti o macchinari sprovvisti dei requisiti di sicurezza richiesti dalla legge, utilizzati per commettere un reato nell'esercizio di attività soggette ad autorizzazioni o controlli dell'autorità amministrativa. Si esprime in tale disciplina un'opportuna modulazione dell'intervento sanzionatorio, prima amministrativo, poi, laddove il primo si riveli insufficiente, penale.

7. *La nozione di prodotto e di profitto confiscabile.* — Il prodotto del reato, oggetto di confisca facoltativa ex art. 240 c.p. e di molteplici forme di confisca obbligatoria, rappresenta, ad avviso delle sezioni unite, il risultato empirico dell'illecito, « cioè il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita », le cose create, trasformate, adulterate o acquisite mediante il reato (78).

La determinazione della nozione di « profitto » confiscabile rappresenta un profilo delicato della normativa in esame a causa delle divergenze che caratterizzano la giurisprudenza in materia, che tende talora a dilatare a dismisura tale categoria, che può essere stabilita, in ogni caso, con riferimento alle differenti tipologie di confisca presenti nel nostro ordinamento, salvo poi a circoscriverla ulteriormente in considerazione della precipua funzione di politica criminale perseguita dalla spe-

(77) Cfr. TARTAGLIA, *La confisca penale*, in *Codice delle confische e dei sequestri* a cura di TARTAGLIA, Roma, 2012, 44, 70.

(78) Cass. sez. un., 3 luglio 1996, n. 9149, Chabruì, in *Mass. CED*, n. 205707. Così in dottrina ALESSANDRI, *op. cit.*, 52.

(76) In *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 10 febbraio 2014.

cifica forma in considerazione. Questa definizione è fondamentale anche ai fini della determinazione dell'oggetto della confisca per equivalente, perché, come sottolineato dalle sezioni unite nella sentenza « Miragliotta » (79), ciò che rientra nell'originaria nozione di profitto confiscabile *ex art.* 240 c.p. o in base alle forme speciali di confisca diretta non sarà oggetto di confisca per equivalente; la questione assume un particolare rilievo poiché nel nostro ordinamento non è ancora stata introdotta una disciplina generale della confisca per equivalente, come evidenziato.

In base all'orientamento giurisprudenziale prevalente il « profitto del reato » deve essere identificato con un « beneficio aggiunto di tipo patrimoniale », « pertinente al reato » secondo un rapporto « causa-effetto », nel senso che il profitto deve essere « una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato » (80): « sia individuabile un vantaggio, che per essere tale deve rappresentare un risultato conseguito (e non una mera aspettativa che può fondare solo l'interesse o il movente alla commissione del reato ma non l'adozione di una misura reale) e deve essere un risultato positivo, cioè un'utilità ulteriore rispetto a quelle che l'ente aveva anteriormente all'illecito » (81).

Le sezioni unite nella sentenza « Caruso » hanno stabilito che costituisce un « principio consolidato nella giurisprudenza di legittimità (di recente ribadito da Sez. Unite, n. 26654/2008) [l'assunto che] il profitto del reato presuppone l'accertamento della sua diretta derivazione causale dalla condotta dell'agente. Il parametro della pertinenzialità al reato del profitto rappresenta l'effettivo criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a tale titolo » (82). Con questa definizione le sezioni unite fanno ormai rientrare pacificamente nella nozione di profitto confiscabile anche i surrogati, cioè dei beni in cui l'originario

profitto, di diretta derivazione causale dal reato, è stato investito, escludendo sostanzialmente le ulteriori utilità e cioè gli importi risultanti da investimenti successivi delle somme in altre attività lecite o i proventi di attività ulteriori estranee alla struttura essenziale del reato (83); le sezioni unite hanno raggiunto tale sintesi tra i due opposti orientamenti che si contendevano la scena, quello più restrittivo richiedente una diretta correlazione tra il profitto e il reato, mentre è irrilevante ogni altro nesso di derivazione meramente indiretto o mediato (84), e quello più ampio comprensivo « altresì di ogni altra utilità che lo stesso realizza come conseguenza anche indiretta o mediata della sua attività criminosa » (85). A sostegno di tale interpretazione le sezioni unite richiamano la Relazione ministeriale al progetto definitivo del codice penale (86), la « ratio dell'istituto » — « rendere l'illecito penale improduttivo e, quindi, scorraggiare la commissione di ulteriori illeciti » — e, dunque, la funzione general-preventiva della confisca, quale misura di sicurezza, nonché le fonti sovranazionali.

In base all'orientamento prevalente della giurisprudenza, allora, non rientrerebbero nella nozione di profitto gli utili ulteriori, diversamente da quanto previsto nella direttiva n. 2014/42/UE, cit., che richiede la confisca non solo dei proventi diretti — « ogni vantaggio economico derivato [...] da reati (art. 2 della direttiva) —, e ogni successivo reinvestimento o trasformazione dei proventi diretti, ma anche di tutti gli utili valutabili, anche indiretti, che derivano dai proventi di reato; non è stata accolta la proposta della *European Criminal Bar Association* (ECBA) di restringere solo ai « *proceeds* » direttamente derivanti dal crimine (87). In realtà la Suprema Corte italiana

(83) Così EPIDENDIO e ROSSETTI, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 1267, 1272; cfr. Cass. 4 novembre 2003, n. 46780, Falci, in *Mass. CED*, n. 227326.

(84) Cass. 2 aprile 1979, n. 1815, Cipriani, in *Riv. pen.*, 1979, 867; Cass. 24 settembre 1998, Asseliti, in *Mass. CED*, n. 211662; Cass. 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita, *ivi*, n. 235636.

(85) Cass. 25 gennaio 1995, n. 4114, Giacalone, in *Riv. pen.*, 1995, 1531. In tale direzione Cass., sez. un., 3 luglio 1996, n. 9149, Chabruì, cit.; Cass. 6 novembre 2008, n. 45389, in *Cass. pen.*, 2010, 2714.

(86) *Relazione sul libro I del progetto*, in *Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V, *Progetto definitivo di un nuovo codice penale con la relazione del Guardasigilli On. Alfredo Rocco*, pt. I, Roma, 1929, n. 240, p. 280.

(87) Cfr. *Statement on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the Freezing and Confiscation of Proceeds of crime in the European Union*

(79) Cass., sez. un., 6 marzo 2008, n. 10280, Miragliotta, in *Mass. CED*, n. 23870; cfr. Cass. 14 giugno 2007, n. 30966, Puliga, *ivi*, n. 236984.

(80) Cass., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Curatela Fall, in *proc. p.* Focarelli, in *Il Fisco*, 2004, n. 43, 7355; conf. Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, in *Guida al diritto*, 2005, fasc. 47, 54.

(81) Cass., sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654; BONELLI, *D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di "profitto" confiscabile/sequestrabile, in Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, www.penalecontemporaneo.it/rivista, 2012, n. 1, 133.

(82) Cass., sez. un., 25 giugno 2009, n. 38691, Caruso, in *Mass. CED*, n. 244189, e in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2011, con nota di MAUGERI, *La confisca per equivalente — ex art. 322 ter — tra obblighi di interpretazione conforme ed esigenze di razionalizzazione*.

nella decisione « Miragliotta » (88) sembra ricomprendere gli utili nella nozione di profitto confiscabile purché l'accusa fornisca la prova, indiziaria, del nesso di pertinenzialità che lega, anche attraverso successivi passaggi, i beni da confiscare al reato, così ponendo un freno ad un'eccessiva dilatazione della nozione di profitto indiretto. L'interpretazione fornita dalla sentenza « Miragliotta » dovrebbe, allora, oggi prevalere alla luce della direttiva, nel rispetto degli obblighi di interpretazione conforme *ex art. 11 e 117 cost.* Nel « considerando » n. 14 della direttiva si precisa, inoltre, che la definizione di provento, fornita dalla direttiva stessa, deve essere applicata anche in relazione ai reati non contemplati, per i quali si continuerà ad adottare la decisione quadro n. 2001/500/GAI, cit. Nel Progetto Pisapia si accoglie una nozione ampia di provento, comprensivo dell'«impiego» dei proventi e delle utilità, « qualunque bene derivato o ottenuto, direttamente o indirettamente, attraverso la commissione di un reato ».

Rimane il problema di delimitare questa nozione di « utili valutabili » laddove i proventi siano investiti in attività lecite; si può ricordare a tale proposito che nell'ordinamento tedesco, pur essendo prevista espressamente non solo la confisca degli *Originalobjekte* (comma 1 dell'art. 73, che disciplina l'ablazione pubblica dei profitti, il *Verfall*), ma anche la confisca dei *Surrogaten* e dei *Nutzungen* — utilità — (comma 2), non vengono colpiti dal *Verfall* i profitti indiretti, come la vincita alla lotteria o quelli derivanti dagli investimenti in un'azienda o da una speculazione in borsa. Il loro accertamento imporrebbe, infatti, al giudice dei problemi irrisolvibili (89).

Alla luce, inoltre, della giurisprudenza esaminata si considera ormai superato quell'orientamento restrittivo che richiedeva l'identità del bene da confiscare con il « corpo del reato » anche in relazione a beni fungibili e che, quindi, riteneva impossibile applicare la confisca in caso di commistione tra cose lecite ed illecite (90). Il denaro può essere confiscato nel *tantundem*, e non è

(European Criminal Bar Association - ECBA), in www.ecba.gov, 4.

(88) Cass., sez. un., 6 marzo 2008, n. 10280, *Miragliotta*, cit. Sul punto cfr. MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., 794 ss.

(89) Cfr. FISCHER, SCHWARZ, DREHER e TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*⁵⁸, München, 2011, sub § 73, 686, § 25-28, e sub § 73 a, 689 ss.; ESER, in SCHÖNKE, SCHRÖDER e LENCKNER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*²⁸, München, 2010, sub § 73, 1123, § 30 ss.

(90) Cass. 8 aprile 1983, Ferrarotto, in *Riv. pen.*, 1984,

necessaria la confisca dell'*eadem res* (91) o la confisca per equivalente (92).

La Suprema Corte ha precisato, da ultimo, che non rientra nella nozione di profitto ciò che è oggetto solo di pretese risarcitorie, sottolineando la necessità di non confondere i profili di « danno » cagionati dal delitto, che attengono al problema del risarcimento a favore della parte offesa, da quelli afferenti alla determinazione del profitto ricavato, essendo solo quest'ultimo confiscabile, altrimenti si determinerebbe una ingiustificata duplicazione del sacrificio economico a carico del soggetto medesimo, esposto sia agli obblighi risarcitori sia alla confisca (93).

In base a tali principi, inoltre, la Cassazione (94) ha stabilito di non considerare come profitto confiscabile/sequestrabile un vantaggio meramente « finanziario e non patrimoniale », conseguito dalla società grazie a condotte illecite di propri esponenti; in tale direzione non si può ammettere la confisca dell'ammontare corrispondente alla « perdita occultata » in bilancio (95), che non rappresenta un beneficio aggiunto di tipo patrimoniale, ma eventualmente solo del profitto che la banca abbia conseguito per effetto del falso in bilancio (96).

La Suprema Corte considera confiscabili direttamente (e non per equivalente) i « crediti » purché certi, liquidi ed esigibili (97).

Un'altra questione affrontata dalla giurisprudenza attiene alla possibilità di confiscare il risparmio di spesa derivante dalla consumazione del reato ed eventualmente se attraverso la confisca diretta o attraverso la confisca per equivalente. In giurisprudenza non sono mancate sentenze che

298; DEL RE, *Profitto da reato e confisca giudiziaria di immobili abusivi*, in *Riv. poliz.*, 1978, 203 ss.

(91) Cass. 22 settembre 1993, n. 1041, Ciarletta, in *Riv. pen.*, 1994, 948; cfr. Cass. 1° febbraio 1995, n. 429, Carullo, *ivi*, 1995, 1531.

(92) Cass. 26 novembre 2009, n. 14174; Cass. 14 giugno 2007, n. 30966, Puliga, in *Mass. CED*, n. 236984; Cass. 23 giugno 2006, n. 25877, Maniglia, *ivi*, n. 234850. *Contra* Cass., sez. III, 22 novembre 2013, n. 129, in *Dir. giust.*, www.dirittoegiustizia.it, 8 gennaio 2014.

(93) Cass., sez. VI, 17 giugno 2010, n. 35748.

(94) Cass., sez. V, 29 novembre 2013, n. 10265.

(95) Così, invece, App. Milano, sez. II, 25 gennaio 2012, Banca Italease S.p.A., in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalcontemporaneo.it, 11 aprile 2012, con nota di SCOLETTA, *In tema di responsabilità dell'ente per reati societari e profitto confiscabile*.

(96) Così BONELLI, *D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di "profitto" confiscabile/sequestrabile*, cit., 136; PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, in *Soc.*, 2012, 80.

(97) Cass., sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654, cit., § 7; conf. Cass., sez. II, 16 novembre 2012, n. 8740.

hanno riconosciuto la confiscabilità dei risparmi di spesa (98), affermando, ad esempio, che il profitto può consistere nella riduzione dei costi aziendali in un caso di illecita gestione dei rifiuti (99).

Al di là delle ipotesi espressamente disciplinate in cui il profitto confiscabile consiste necessariamente nel risparmio di quanto dovuto, ad esempio il profitto rappresentato dall'imposta evasa in relazione ai reati tributari, la Suprema Corte a sezioni unite ha precisato che la confisca del « risparmio di spesa [...] presuppone un ricavato comunque introitato, che non venga decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere »: secondo questa interpretazione per poter parlare di profitto come risparmio di spesa sarebbe necessario individuare « un risultato economico positivo concretamente determinato dalla contestata condotta » (100).

Emblematica è in materia la vicenda giurisprudenziale riguardante i reati tributari. Ad avviso della giurisprudenza, sia la confisca facoltativa sia quella obbligatoria non sarebbero applicabili alla generalità dei reati tributari, in quanto il profitto consistente nel risparmio dell'imposta dovuta non si adatterebbe al concetto di « provenienza da reato », dal momento che coincide con beni già presenti nel patrimonio del reo (101). Tanto è vero che è stata introdotta in materia la confisca per equivalente (art. 1 comma 143 l. 24 dicembre 2007, n. 244) al fine di consentire l'ablazione del profitto coincidente con l'imposta evasa; in questo caso la confisca per equivalente non fungerebbe da meccanismo sussidiario della confisca diretta, ma rappresenterebbe una forma di confisca « principale » del profitto risparmio (102). Da ultimo, però, le sezioni unite hanno fatto rientrare nella nozione di profitto che può essere sottratto con la confisca diretta (di proprietà) *ex art. 240 c.p. o 322-ter c.p.* anche il risparmio integrato dal tributo non pagato (103), perché la « confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta ».

(98) Cfr. Cass. 7 novembre 1991, Cerciello.

(99) App. Palermo, sez. IV, 4 marzo 2011, n. 889, in *AmbienteDiritto.it*, www.ambientediritto.it; Cass., sez. IV, 2 luglio 2007, in *Mass. CED*, n. 236007.

(100) Cass., sez. un., 2 luglio 2008, n. 26654, cit.

(101) Cass., sez. un., 9 luglio 2004, n. 29951, Curatela fallimentare in proc. Focarelli, cit.; Cfr. POTETTI, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente per i reati tributari*, in *Arch. n. proc. pen.*, 2012, 597.

(102) Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18374, Adami e altro, in *Mass. CED*, n. 255037; Cass., sez. III, 5 marzo 2013, n. 32799; Cass., sez. VI, 14 novembre 2012, n. 11029.

(103) Cass., sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561, Gubert, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 12 marzo 2014.

Il principio di legalità delle sanzioni (104) impone di stabilire, allora, se nella nozione di profitto direttamente confiscabile rientri anche il risparmio oppure se quest'ultimo possa essere confiscato per equivalente, come previsto in altri ordinamenti — ad esempio attraverso il *Wertersatzverfall* ai sensi del § 73a *StGB* (105) —, nei limiti in cui il risparmio sia economicamente valutabile, attribuendo a tal fine al giudice un potere di stima — § 73b, « *Schätzung* », *StGB* (106) o art. 70 ult. comma *StGB* svizzero —, che deve essere esercitato adempiendo ad un congruo obbligo di motivazione, consentendo il contraddittorio; fermo restando che la quantificazione concreta di un simile profitto « raramente potrebbe rispondere a criteri di assoluta precisione ed oggettività » (107) e che, comunque, sarebbe preferibile riservare la confisca del risparmio alle ipotesi tassativamente previste (108).

Una delle questioni più dibattuta dalla recente giurisprudenza in relazione alla nozione di profitto confiscabile, infine, è quella relativa alla determinazione del carattere lordo o netto dello stesso profitto (109). Pur affermando la generale legittimità della confiscabilità del profitto lordo, senza considerare i costi connessi ad attività illecite — perché altrimenti si consentirebbe di fatto « all'autore del reato di trarre vantaggio [...] da un'attività intrinsecamente illecita e posta in essere per esclusive finalità criminali », in contrasto alla *ratio* sottesa alla confisca che « è volta ad evitare che il reo possa in alcun modo trarre utilità [...] da un'attività in contrasto con l'ordine pubblico e con le

(104) Cfr. BRICOLA, *Teoria generale del reato*, in *Nss. D.I.*, XIX, 1973, 18; C. cost. 23 marzo 1966, n. 26, in *Giur. cost.*, 1966, 274.

(105) Così ESER, in SCHÖNKE, SCHRÖDER e LENCKNER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, cit., sub § 73, 1120, § 16.

(106) Il § 73a *StGB* prevede il « *Verfall des Wertersatzes* ». Cfr. LACKNER, in *Id.*, *Strafgesetzbuch mit Erläuterungen*, München, 2011, sub § 73a, 533 ss.

(107) Così MONGILLO, *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.*, 2011, 2342.

(108) Tra gli altri FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 90; ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* a cura di DOLCINI e PALIERO, III, Milano 2006, 2123-2155; PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in *Reati e responsabilità degli enti* a cura di LATTANZI, Milano, 2010, 247; GIAVAZZI, in *Responsabilità "penale" delle persone giuridiche* a cura di GIARDA, MANCUSO, SPANGHER e VARRASO, Milano, 2007, sub art. 19, 176; MAUGERI, *La confisca per equivalente*, cit., 807 s.

(109) Cfr. tra gli altri MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., 153 ss.; PIERGALLINI, *op. cit.*, 244 ss.

norme penali dell'ordinamento» (110) —, si è confermata l'opportunità di limitare la nozione di profitto laddove l'autore realizzi delle prestazioni a favore della collettività (ad esempio i servizi resi o le opere eseguite in base all'appalto ottenuto attraverso una truffa), tenendo conto, in conformità al principio di proporzione, delle spese a tal fine realizzate in un contesto lecito (111); la possibilità di decurtare le spese lecite risponde a quelle istanze di giustizia in base alle quali per garantire la funzione di "compensazione" dell'istituto della confisca del profitto — quale corrispondente pubblicistico dell'istituto civilistico dell'arricchimento senza causa o nell'ordinamento tedesco dell'ingiustificato arricchimento, § 812 comma 1 BGB — si deve sottrarre al reo solo una somma o delle cose corrispondenti al valore dello spostamento patrimoniale che si è avuto, a causa dell'illecito, dalla collettività al reo (la collettività viene considerata il titolare del bene giuridico pregiudicato, in relazione alla quale gli organi statali devono garantire la compensazione dei pregiudizi subiti), e non vengono, invece, in rilievo gli spostamenti patrimoniali in senso inverso, realizzati dal reo in favore della collettività e, quindi, le eventuali spese lecite del reo (112).

Le sezioni unite sono intervenute nel celebre caso « Fisia Italimpianti » accogliendo il principio del lordo, ma per poi affermare che, laddove si svolga un'attività sinallagmatica in base ad un contratto che rimane valido (reati in contratto, contrapposti ai reati contratto strutturalmente illeciti), il profitto non può essere sottratto *tout court*, in quanto costituisce il « corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall'obbligato », anche se il contratto non sarebbe stato stipulato in mancanza della truffa, non distinguendo tra profitto lordo o netto, ma tra profitto illecito e lecito. Anche se poi tale drastica soluzione, che comporterebbe addirittura la non confiscabilità *tout court* del profitto del reato "in contratto", viene mitigata dall'affermazione dell'« enigmatico principio in base al quale il profitto

confiscabile è « concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente » (113). Questo orientamento non è accettabile perché questa nozione di « effettiva utilità » è difficilmente calcolabile (114), al punto da rischiare di rendere impossibile la confisca del profitto derivante dal cosiddetto reato in contratto a prestazioni sinallagmatiche o comunque per rendere assolutamente oscura l'interpretazione della nozione di profitto confiscabile (115); come, del resto, emerge nella prassi laddove la giurisprudenza di merito rinuncia a calcolare il profitto (116). Per contro la posizione dottrina che, in base ad una concezione strutturale di profitto (per componenti) (117), consente la deducibilità solo dei costi realizzati per prestazioni lecite, non solo sembra giuridicamente fondata e facilmente applicabile, trattandosi di costi contabilizzati (il cui onere di allegazione può ricadere in capo al soggetto o all'ente), ma finisce per mettere d'accordo le opposte posizioni, e cioè sia chi partendo dal principio del lordo ammette la deducibilità delle sole spese lecite — « i costi eziologicamente e funzionalmente correlati all'attività lecita » (118) —, sia chi, anche se accoglie il principio del prelievo netto, nega la deducibilità delle spese cosiddette illecite (119) (i costi necessari per l'acquisto di beni strumentali all'attività illecita ovvero intrinsecamente illeciti).

L'orientamento inaugurato dalle sezioni unite nella sentenza « Fisia Italimpianti » è stato, tutta-

(113) Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italimpianti s.p.a. e altri, cit. *supra*, nt. 3. Conf. da ult. Cass., sez. VI, 8 aprile 2013, n. 24277, cit.

(114) LORENZETTO, *Sequestro preventivo* contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1795.

(115) Cfr. BONTEMPELLI, *L'accertamento del profitto nel sequestro preventivo, fra contratto di appalto e reati di corruzione e truffa*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, www.penalecontemporaneo.it/rivista, 2012, n. 3-4, 143 ss.

(116) Cass., sez. VI, 8 aprile 2013, n. 24277, cit.

(117) Per tale definizione cfr. EPIDENDIO e ROSSETTI, *op. cit.*, 1278 ss.

(118) MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., 564 ss.; EPIDENDIO e ROSSETTI, *op. cit.*, 1267 ss.; BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1760.

(119) FURNARI, *op. ult. cit.*, 83; ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, 2153; ACQUAROLI, *Confisca e tassazione. Proposte di riforma e ipotesi di un modello integrato di disciplina della ricchezza di "origine illecita"*, in *La riforma del sistema sanzionatorio fiscale* a cura di ACQUAROLI, Macerata, 2007, 170-171; PIERGALLINI, *op. cit.*, 244.

(110) Cfr. Trib. Milano, sez. riesame, 22 ottobre 2007, P., in *Corr. merito*, 2008, 84, con nota di LUNGHINI, *Profitto del reato: problematica individuazione delle spese deducibili*.

(111) Parla di profitto netto Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, cit.; Cass. 23 giugno 2006, n. 32627, La Fiorita, in *Mass. CED*, n. 235636; Trib. Milano 20 marzo 2007, My Chef, in *Resp. amm. soc.*, 2008, 177; *contra* Cass., sez. un., 24 maggio 2004, n. 299952, Curatela del Fallimento della Srl Cgp, in *Mass. CED*, n. 228166; Cass. 6 luglio 2006, n. 30729, Carere.

(112) WOLTERS, *Die Neufassung der strafrechtlichen Verfallsvorschrift*, cit., 65 ss., 72 ss.

via, pedissequamente seguito dalla giurisprudenza successiva, sino ad alcune recenti pronunce della Suprema Corte che invece ritornano al criterio dell'“utile netto”, perlomeno laddove si tratti di un'attività d'impresa lecita in occasione della quale si realizzi un reato in contratto (120).

La giurisprudenza mantiene, però, la distinzione, introdotta dalle sezioni unite, tra reati contratto e reati in contratto ai fini della determinazione della nozione di profitto confiscabile (121): la delimitazione al profitto netto in seguito a spese lecite dovrebbe valere solo per i reati in contratto e non per i reati contratto (122). Tale distinzione è accettabile nella misura in cui con il termine reati contratto si fa riferimento ad ipotesi in cui la stessa stipula del contratto concretizza il reato da cui consegue il profitto illecito, in mancanza di prestazioni lecite a favore della collettività o della vittima, ad esempio la truffa ai danni dello Stato volta ad ottenere finanziamenti non dovuti; per il resto questa distinzione sembra discutibile laddove in ogni caso chi realizza l'illecito esegue delle prestazioni lecite, a parte l'ambiguità della stessa distinzione in esame. La giurisprudenza civilistica, diversamente da quanto sostenuto dalla stessa Suprema Corte, sezione penale, nella sentenza « Angelucci », riconduce alla nozione di reato contratto, infatti, anche la corruzione (123), con la conseguenza, ad esempio, che si dovrebbe escludere la deducibilità dei costi connessi alle prestazioni lecite nel caso in cui l'appalto sia stato ottenuto grazie a tale reato: conseguenza non condivisibile per le ragioni esaminate, a parte la violazione del principio di uguaglianza che deriverebbe, ad esempio, dal diverso trattamento applicato nel caso in cui l'appalto consegue ad una truffa, come avvenuto nel caso « Fisia Italmimpianti » (124).

Un'ultima considerazione nella determinazione della nozione di profitto anche in una prospettiva *de iure condendo*. In alcune forme di confisca speciale, come nel comma 6 dell'art. 644 c.p. e nell'art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992 (con-

vertito con l. n. 356 del 1992), si prevede espressamente la salvaguardia dei « diritti della persona offesa dal reato alle restituzioni e al risarcimento dei danni »; anche in altri ordinamenti è disciplinata tale tutela (§ 73 *StGB*, art. 70 comma 1 *StGB* svizzero), in conformità del resto alle indicazioni derivanti dagli strumenti sovranazionali, fino alla decisione quadro n. 2006/783/GAI, cit., e alla direttiva n. 2014/42/UE, cit. (art. 8 comma 10). Una simile disposizione è prevista anche nel Progetto Grosso, consentendo di tenere conto dei diritti dei danneggiati dal reato e di evitare la violazione del principio del *ne bis in idem* nei confronti del reo (con una duplice sottrazione dei profitti da parte dello Stato e da parte dei danneggiati). In ogni caso si dovrebbe prevedere che laddove non vengano esercitati i diritti dei danneggiati la confisca si estenda all'intero profitto, prezzo o prodotto, come sancito, del resto, dalla Suprema Corte in relazione alla confisca *ex art.* 19 d. lg. 8 giugno 2001, n. 231 (125).

8. *La confisca per equivalente*. — La confisca tradizionale consente di sottrarre i profitti del reato solo se è stato accertato che il bene da confiscare sia collegato da un nesso causale con lo stesso, costituisca, cioè, il diretto frutto del reato oggetto del procedimento penale, impedendo di procedere all'applicazione della confisca nell'ipotesi in cui i beni derivanti dal reato siano stati distrutti, nascosti, o alienati ad acquirenti in buona fede o comunque reimmessi nel circuito economico con modalità tali da impedirne la dimostrazione del collegamento originario con il reato. Tali problemi possono essere superati con l'istituto della confisca del valore equivalente del profitto illecito (126), che consente di confiscare beni diversi dal “provento” del reato, non richiedendo l'accertamento del « rapporto di pertinenza » (127), ma di valore equivalente all'originario profitto, prezzo o prodotto del reato.

Nell'ordinamento italiano questa tipologia di confisca è prevista come modalità di applicazione di sempre più numerose forme di confisca speciale — ad esempio art. 322 *ter* (128), 600 *septies*, 640

(120) Cass., sez. VI, 19 marzo 2013, n. 13061; conf. Cass., sez. II, 20 dicembre 2011, n. 11808, Angelucci; Cass., sez. III, 4 aprile 2012, n. 17451, Mastro Birraio e altro.

(121) Per tale distinzione cfr. MANTOVANI, *Concorso e conflitto di norme nel diritto penale*, Bologna, 1966, 377; LEONCINI, *I rapporti tra contratto, reati-contratto e reati in contratto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1990, 999.

(122) Cass., sez. II, 20 dicembre 2011, n. 11808, Angelucci, cit.

(123) Cass., sez. I, 5 maggio 2008, in *Mass. CED*, n. 603446.

(124) Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italmimpianti s.p.a. e altri, cit.

(125) Cass., sez. II, 16 dicembre 2010, n. 6459, M. e altro; cfr. Cass., sez. II, 16 novembre 2011, n. 45054, B. e altro; Cass., sez. II, 27 giugno 2012, n. 39840.

(126) MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte di organizzazioni criminali: recenti orientamenti*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2007, 487.

(127) Cass. 16 gennaio 2004, n. 15455, Napolitano G., in *Foro it.*, 2004, II, 685; Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, cit., 52.

(128) Tale norma prima della riforma introdotta dalla l.

quater, 644, 2641 c.c., art. 187 t.u. fin., art. 11 l. 16 marzo 2006, n. 146, in relazione ai reati transnazionali —, mentre in via generale è prevista esclusivamente da una norma di carattere procedurale, l'art. 735-bis c.p.p., al fine di garantire l'esecuzione in Italia di un provvedimento di confisca disposto da un'autorità straniera, norma introdotta in seguito alla ratifica da parte dell'Italia della Convenzione di Strasburgo del 1990 sul riciclaggio e la confisca. Nonostante le molteplici sollecitazioni sovranazionali, da ultimo nell'art. 4 della direttiva n. 2014/42/UE, cit., nel nostro ordinamento manca una disciplina generale della confisca di valore, la cui introduzione era prevista dall'art. 31 della legge comunitaria 2007 (l. 25 febbraio 2008, n. 34), una legge delega cui non è stata data attuazione (129).

Per procedere alla confisca del *tantundem* occorre che « nella sfera giuridico-patrimoniale del responsabile non sia stato rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o profitto (di cui sia però “certa” l'esistenza) del reato » (130). In sostanza la confisca per equivalente non deve rappresentare un *escamotage* (131) per consentire alla giurisprudenza di sottrarsi all'onere di accertare il profitto del reato, ma deve essere applicabile solo nell'ipotesi in cui è stato verificato il conseguimento del prezzo o del profitto (nella sua “obiettiva esistenza ed entità”), al fine di superare le difficoltà — l'oggettiva impossibilità — di acquisire nella loro originaria consistenza i beni costituenti il prezzo o il profitto del reato per cui è stata pronunciata la sentenza di condanna (132).

In base ad un orientamento piuttosto prevalente la Suprema Corte riconosce la natura punitiva della confisca per equivalente (133) e, di

conseguenza, nell'ipotesi di concorso di persone ritiene che il sequestro, e poi anche la confisca, può attingere uno qualsiasi dei concorrenti, pur se l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto dello stesso reato sorgente non sia affatto transitato, o sia transitato in minima parte, nel patrimonio del concorrente onerato dalla confisca, anche se poi la confisca complessivamente disposta non può eccedere l'ammontare del profitto (134); o la Cassazione ha applicato, addirittura, la confisca “per intero” nei confronti di ciascun concorrente, trasformandola in una vera e propria pena patrimoniale in palese disprezzo dei principi di legalità, colpevolezza e proporzione (135).

Non solo ma la Suprema Corte, sempre in applicazione del principio di solidarietà passiva, applica il sequestro per intero ai fini della confisca contemporaneamente nei confronti dell'ente, ai sensi degli art. 19 e 53 d. lg. n. 231 del 2001, e delle persone fisiche responsabili del reato, *ex art. 322-ter c.p.*, in una sorta di “concorso di persone” tra persone fisiche e persone giuridiche, senza verificare a chi sia pervenuto il profitto e quindi delimitare il sequestro in tali limiti (136).

Questo orientamento sembra, in realtà, discutibile perché la confisca per equivalente, pur rappresentando il primo fondamentale modello che consente di sottrarre i profitti illeciti senza dover accertare il nesso di pertinenzialità con uno specifico reato, dovrebbe costituire una mera modalità di realizzazione della confisca del profitto accertato, connesso al reato (137), rimanendo una forma di riequilibrio economico (138). La confisca

29724; Cass., sez. I, 28 febbraio 2012, n. 11768, B., in *Riv. pen.*, 2012, 754; Cass., sez. III, 23 ottobre 2013, n. 45951. In tale direzione per tutti FONDAROLI, *op. cit.*, 118; AMISANO TESI, *Confisca per equivalente*, in *D. disc. pen.*, Aggiornamento, IV, t. 1, 2008, 204; VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009, 149.

(134) Cass., sez. un., 27 marzo 2008, n. 26654, Fisia Italmobiliari s.p.a. e altri, cit. *supra*, nt. 3. Tra le altre Cass., sez. II, 16 novembre 2012, n. 8740; Cass., sez. II, 6 luglio 2012, n. 35999; Cass., sez. II, 31 maggio 2012, n. 20976; Cass., sez. III, 16 maggio 2012, n. 30140, De Ferrari.

(135) Cass. 28 luglio 2009, n. 33409, Alloum, in *Cass. pen.*, 2009, 3102; conf. Cass. 13 maggio 2010, n. 21027.

(136) Cass., sez. III, 12 luglio 2012, n. 10567, in *Guida al diritto*, 2013, fasc. 15, 55; Cass., sez. II, 31 maggio 2012, n. 20976, cit.

(137) Cass. 16 gennaio 2004, n. 15455, Napolitano G., cit., 685; Cass. 3 luglio 2002, n. 32797, Silletti, cit.

(138) MAUGERI, *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte di organizzazioni criminali*, cit., 489 ss.; conf. MONGILLO, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina* diretta da LATTANZI e LUPO, VII, Milano, 2010, sub art. 322-ter, 256 s.; ROMANO, *I delitti contro la pubblica amministrazione. I delitti dei pubblici ufficiali*. Artt. 314-335-bis Cod. pen.², Milano, 2006, 254.

6 novembre 2012, n. 190 prevedeva irrazionalmente solo la confisca per equivalente del prezzo e non del profitto, creando insuperabili contrasti interpretativi delle disposizioni che la richiamavano in relazione a reati in cui non fosse configurabile il “prezzo” ma solo il profitto del reato, come l'art. 640 *quater* o l'art. 1 comma 143 l. n. 244 del 2007.

(129) MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?*, in *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica* a cura di MAZZA e VIGANO, Torino, 2008, 180.

(130) Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, cit., 52; Cass. 16 gennaio 2004, n. 15455, Napolitano G., cit.; Cass. 3 luglio 2002, n. 32797, Silletti, in *Mass. CED*, n. 222741.

(131) FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, cit., 258.

(132) Cass. 16 gennaio 2004, n. 15445, in *Cass. pen.*, 2005, 2324; Cass. 14 giugno 2006, n. 31988, Chetta, in *Giur. it.*, 2007, 966; Cass., sez. II, 1° luglio 2008, n. 31339, in *Iusexplorer*, www.iusexplorer.it/Giurisprudenza.

(133) Tra le altre da ult. Cass. 26 maggio 2010, n.

non ha la capacità di comminare un *quid pluris* di affittivo laddove si limita a privare il soggetto, anche se in forma equivalente, di quanto illecitamente conseguito attraverso il reato; e, in ogni caso, dovrebbe assumere la stessa natura della confisca che consente di applicare nella forma equivalente. Chiaramente tutto ciò presuppone che venga correttamente interpretata; laddove viene applicata al concorrente che non ha percepito il profitto o per intero a ciascun concorrente, diventa una vera e propria pena patrimoniale.

Per salvaguardarne la natura compensativa appare, allora, più corretto quell'orientamento della Suprema Corte che sottolinea che nel sequestro ai fini della confisca l'importo non deve eccedere il valore del profitto, per evitare un'ingiustificata compressione dei diritti già nella fase cautelare (139); il vincolo cautelare d'indisponibilità non dovrebbe essere esorbitante, eccedendo il valore del profitto, e non dovrebbe determinare ingiustificate duplicazioni, in quanto « dall'unicità del reato non può che derivare l'unicità del profitto » (140).

Sembra emergere, poi, una sorta di contraddizione nella giurisprudenza in esame: da una parte si tratta la confisca come se fosse una pena affermando il principio della responsabilità "correale" in base al quale la pena deve affliggere per intero ciascuno dei concorrenti proprio per realizzare la sua finalità affittiva, dall'altra si applica il principio della solidarietà passiva tra i concorrenti e tra ente e persone fisiche, proprio delle misure riparatorie e disposto per le sanzioni amministrative (art. 6 l. n. 689 del 1981) e civilistiche (141).

Tale contraddizione è stata messa in evidenza dalla stessa giurisprudenza della Cassazione laddove, pur salvando il principio della solidarietà passiva, ha sostanzialmente messo in discussione la natura sanzionatoria della confisca per equivalente, precisando che non si può « affatto [...] trasferire la misura patrimoniale della confisca per equivalente nel panorama delle pene propriamente intese », innanzitutto per la sua « natura

surrogatoria » rispetto alla confisca di proprietà, essendo applicabile solo nella sfera giuridico patrimoniale dell'indagata laddove non sia stato « rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o il profitto del reato per cui si proceda, ma di cui sia ovviamente certa l'esistenza »; « ove il legislatore avesse davvero inteso imprimere alla confisca per equivalente le stigmate della sanzione criminale, non si spiegherebbe la previsione della irretrattività sancita dal richiamato art. 15 L. n. 300 del 2000, bastando a tal fine il generale precetto sancito dall'art. 25, comma 2, della Carta Fondamentale » (142). « Si tratta comunque di una forma di confisca che trova il suo fondamento e limite nel vantaggio tratto dal reato e prescinde dalla pericolosità derivante dalla res, in quanto non è commisurata né alla colpevolezza dell'autore del reato, né alla gravità della condotta, avendo come obiettivo quello di impedire al colpevole di garantirsi le utilità ottenute attraverso la sua condotta criminosa » (143).

9. La confisca in seguito a un reato colposo. —

Nel passato è sempre stata esclusa l'applicazione della confisca facoltativa in relazione al reato colposo in quanto non ci « si serve » delle cose per cagionare l'evento non voluto (si serve di una cosa chi la usa a un determinato scopo), né la « destina » a commettere il reato chi agisce colposamente, mancando una consapevole finalizzazione del mezzo usato alla commissione dell'illecito (144); mancherebbero dei parametri affidabili, congrui alla tipologia dei reati colposi, che consentano di limitare la confisca ai « mezzi di estrinsecazione materiale del deficit oggettivo di diligenza » e da un delitto colposo non potrebbe derivare all'agente o all'omittente un prodotto o un profitto del reato (145).

Tali opinioni sembrano criticabili se si pensa che spesso proprio in relazione al reato colposo si può realizzare quella pericolosità del rapporto reo-

(142) Cass. 6 luglio 2006, n. 30729, Carere, cit.

(143) Cass., sez. VI, 10 gennaio 2013, n. 19051, in *Guida al diritto*, 2013, fasc. 22, 67, con nota di AMATO, *Non serve dimostrare il "nesso di pertinenzialità" tra reato e cose da sottoporre alla misura ablatoria*; Cass., sez. II, 6 novembre 2012, n. 46295, Baldecchi, *ivi*, fasc. 7, 63.

(144) Cfr. Trib. Foggia 6 luglio 1968, in *Daunia giudiziaria*, 1968, III, 149; in dottrina cfr. CIGOLINI, *La confisca in generale e in particolare nella legislazione sulla circolazione stradale*, in *Giust. pen.*, 1965, I, 130; DE MARSICO, *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, sotto la direzione di CONTI, I, cit., 965.

(145) Cfr. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, cit., 52. Cfr. Cass. 7 giugno 1972, Giovannoni, in *Cass. pen.*, 1973, 1214.

(139) Cass. 23 giugno 2006, Maniglia, in *Mass. CED*, n. 234850; Cass., sez. VI, 17 marzo 2009, Paggiaro; Cass., sez. VI, 6 febbraio 2009, Ramponi e altro; Cass., sez. IV, 7 dicembre 2011, Valsecchi; Cass., sez. III, 23 gennaio 2013, n. 7078, Piccolo.

(140) AMATI, *La confisca negli abusi di mercato al cospetto del principio di ragionevolezza/proporzione*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, www.penalecontemporaneo.it/rivista, 2013, n. 2, 151.

(141) Cfr. TUTINELLI, *Solidarietà fra ente e persona fisica in tema di sequestro per equivalente*, in *Resp. amm. soc.*, 2009, 89 ss.

cosa, presupposto dalla confisca facoltativa *ex art.* 240 c.p.; basti pensare all'ipotesi dell'omicidio colposo dovuto a guida imprudente o alle lesioni colpose che derivano da una cattiva manutenzione di attrezzature di lavoro, o all'inquinamento colposo; si tratta di ipotesi in cui il possibile oggetto della confisca — l'auto, i macchinari —, non solo è legato da un nesso strumentale con la consumazione dell'illecito, ma costituisce la fonte della pericolosità del reato, incapace di gestire il suo rapporto con quella cosa.

Da ultimo emerge, come esaminato *supra*, § 7, l'esigenza di confiscare il profitto consistente nel risparmio derivante da alcune fattispecie colpose realizzate in violazione della normativa in materia di prevenzione degli infortuni o di sicurezza sul lavoro (146). Semmai le obiezioni all'applicazione della confisca nel reato colposo, più che da ragioni di incompatibilità strutturale, possono derivare da esigenze di opportunità politico-criminale, perché la confisca potrebbe rivelarsi eccessivamente afflittiva rispetto a un reato colposo; in questo caso, però, si dovrebbe consentire al giudice, magari tramite una clausola simile al « *Härtevorschrift* » (§ 73c *StGB*) dell'ordinamento tedesco, di non applicare la confisca se, in base alla sua valutazione, si ritenesse troppo severa. Del resto, però, una simile misura potrebbe costituire l'unica reale sanzione rispetto a fattispecie che, spesso, danno luogo alla concessione della sospensione condizionale della pena; si potrebbe, inoltre, ispirandosi all'ordinamento francese, concepire la confisca come sanzione sostitutiva per le fattispecie in cui ciò potrebbe rivelarsi opportuno, ad esempio laddove la confisca dello strumento del reato possa assumere un valore interdittivo (147).

10. *L'applicazione della confisca in caso di estinzione del reato.* — L'art. 236 c.p. esclude per la sola confisca l'applicabilità dell'art. 210 c.p., che impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza in caso di estinzione del reato o delle pene, ma tale disposizione si deve coordinare con le specifiche previsioni dell'art. 240 c.p., che richiede la sentenza di condanna per la confisca facoltativa e per la confisca obbligatoria del prezzo. Una parte della dottrina, tuttavia, ritiene che la confisca obbligatoria del prezzo del reato *ex art.* 240 comma 2 c.p., da applicare "sempre" per espressa previsione nor-

mativa, debba essere pronunciata anche in caso di sentenza di assoluzione o di proscioglimento, al fine di garantire la finalità special-preventiva della confisca in questione (148); tale interpretazione, ad avviso di opposta dottrina, contrasta con la lettera della norma che prevede solo in relazione alle cose oggettivamente pericolose, *ex art.* 240 comma 2 n. 2, la confisca anche « se non è stata pronunciata condanna » (149), come confermato dalle sezioni unite, pur invitando il legislatore a estendere la pronunciabilità della confisca obbligatoria anche in caso di estinzione (150). In relazione alle cose oggettivamente pericolose la prova della sussistenza del reato è *in re ipsa* e l'intervento di una causa di estinzione non preclude l'accertamento della criminalità del fatto (151), anzi la restituzione sarebbe la premessa per l'automatica consumazione di un nuovo reato.

La Suprema Corte ha escluso l'applicazione della confisca per equivalente in seguito all'estinzione del reato in virtù della sua natura punitiva (152).

La l. n. 34 del 2008, legge comunitaria non attuata, prevedeva per adeguare la disciplina interna alle indicazioni dell'art. 2 della decisione quadro n. 2005/212/GAI, cit., la confisca obbligatoria del prodotto, prezzo e profitto, nel caso di proscioglimento per mancanza di imputabilità o per estinzione di un reato, la cui esistenza fosse accertata con la sentenza che conclude il giudizio dibattimentale o abbreviato (153). Una simile disciplina sarebbe ammissibile in quanto si tratta di garantire la sottrazione dell'ingiustificato arricchimento (prodotto, prezzo, profitto), una volta accertato il fatto tipico fonte, non rappresentando il

(148) DE MARSICO, *op. cit.*, 966; GUARNERI, *Confisca (Diritto penale)*, in *Nss. D.I.*, IV, 1959, 42; GULLO, *La confisca*, in *Giust. pen.*, 1981, II, 47; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 391. In giurisprudenza da ult. Cass., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 31957, Cordaro, in *Mass. CED*, n. 255595.

(149) ALESSANDRI, *op. ult. cit.*, 47; FORNARI, in *Commentario breve al codice penale a cura di CRESPI, FORTI e ZUCCALA*, Padova, 2008, *sub art.* 240, 630; SERIANNI, *La confisca e le cause estintive del reato con particolare riguardo all'ammnistia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 978.

(150) Cass. 10 luglio 2008, n. 38834, in *Cass. pen.*, 2008, 1392, con nota di IELO, *Confisca e prescrizione: nuovo vaglio delle Sezioni Unite*; conf. Cass., sez. I, 12 febbraio 2013, n. 7361, in *Dir. giust.*, www.dirittoegiustizia.it, 15 febbraio 2013, con nota di GALASSO, *No alla sottrazione definitiva del bene se manca la sentenza di condanna*; Cass., sez. III, 28 febbraio 2013, n. 16785.

(151) CACCIAVILLANI e GIUSTOZZI, *Sulla confisca*, cit., 473.

(152) Cass., sez. VI, 25 gennaio 2013, n. 21192, Barla, in *Mass. CED*, n. 255367; Cass., sez. VI, 6 dicembre 2012, n. 18799, Attianese, *ivi*, n. 255164.

(153) Cfr. PANZARASA, *Confisca senza condanna*, cit., 1710.

(146) V. Trib. Monza 3 settembre 2012, in *Olympus*, <http://olympus.uniurb.it>.

(147) Cfr. art. 131-6 e 131-11 *c.p. fr.*; MATSOPOULOU, *La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 1995, 301.

reato un legittimo titolo di acquisto di beni; la natura compensatoria di una simile forma di confisca sarebbe compatibile con la sua applicazione anche in mancanza di una condanna e di una sentenza che accerta la responsabilità dell'imputato (154), in linea con quanto previsto in altri ordinamenti, garantisti come quello tedesco (155). Una simile disposizione era prevista nel Progetto Pisapia (art. 55 comma 2 lett. a) e nel Progetto Grosso; come indicato nel Progetto Pisapia, « Tale soluzione è finalizzata ad impedire che il delitto "paghi" in situazioni nelle quali la illiceità del profitto è stata accertata nel corso di un giudizio penale svoltosi nel contraddittorio delle parti, ma la possibilità di emettere sentenza di condanna è esclusa per effetto della infermità mentale del soggetto ovvero di fattori (come la prescrizione) sopraggiunti dopo la consumazione del delitto ed idonei semplicemente a far venire meno la punibilità, per ragioni del tutto estranee alla tutela del bene giuridico ».

Anche nella direttiva n. 2014/42/UE, cit., all'art. 4 si prevede l'applicazione della confisca di proprietà degli strumenti del reato e dei profitti accertati in mancanza di condanna in caso di malattia o di fuga dell'indagato o dell'imputato; occorre garantire che l'indagato o imputato sia chiamato a comparire nel procedimento di confisca o sia informato di tale procedimento (« considerando » n. 15). Anche se la direttiva sembra fare riferimento agli ordinamenti che non consentono il processo *in absentia* e non menziona l'ipotesi in cui il processo, svoltosi alla presenza dell'imputato, si concluda anticipatamente in conseguenza della prescrizione del reato (156). Notevoli perplessità suscita, poi, l'applicazione della confisca degli strumenti del reato in mancanza di condanna per il carattere anche repressivo di tale misura.

La Suprema Corte ha applicato anche la confisca allargata *ex art. 12-sexies l. n. 356 del 1992* in caso di estinzione del reato (157) e in tale direzione si pronuncia il Rapporto della Commissione Garofoli del 2013 per l'elaborazione di proposte

(154) *Contra* PANZARASA, *op. cit.*, 1672, in particolare 1702 ss., richiede l'accertamento della responsabilità in base allo *standard* probatorio previsto dall'art. 533 c.p.p.

(155) § 76a comma 1, § 440, 441 *StPO*. Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., 198 ss.

(156) Cfr. VIGANÒ, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 9 giugno 2014.

(157) Cfr. Cass., sez. II, 25 maggio 2010, n. 32273; *contra* Cass., sez. II, 4 ottobre 2013, n. 43776; Cass., sez. I, 17 febbraio 2010, n. 17716, in *Mass. CED*, n. 247067.

in tema di lotta alla criminalità (158). Tale orientamento suscita delle perplessità per la natura ibrida, se non repressiva, come si esaminerà *infra*, § 15, di una simile forma di confisca che si fonda su una presunzione di illecita accumulazione patrimoniale che, a sua volta, presuppone la condanna e, in ogni caso, dovrebbe essere accertato il carattere sproporzionato dei beni da confiscare.

In questa direzione correttamente, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo, come esaminato *supra*, § 4, ha stabilito nel caso « Sud Fondi c. Italia » (159) che l'applicazione della confisca in seguito a lottizzazione abusiva, confisca che assume — ad avviso della Corte europea — natura punitiva, non può essere applicata in caso di assoluzione per mancanza dell'elemento psicologico per violazione del principio di legalità, interpretato come ricomprensivo del principio di colpevolezza; e nel caso « Varvara » (160) la Corte ha ribadito la necessità della condanna, censurando le ipotesi in cui la confisca sia disposta con la sentenza di proscioglimento dell'imputato per la prescrizione del reato e comunque in assenza di una sentenza di condanna.

11. *La non appartenenza delle cose a persona estranea al reato e la tutela dei diritti dei terzi.* — In relazione alla tutela dei diritti dei terzi i documenti sovranazionali, dalla Convenzione di Vienna del 1988 in materia di narcotraffico (art. 5) e di Strasburgo del 1990 sino alla direttiva n. 2014/42/UE, cit., impongono la tutela dei diritti dei terzi in buona fede. In tale direzione la Corte costituzionale ha stabilito che, salve le ipotesi in cui esiste un'illeceità obiettiva in senso assoluto della cosa, il principio di personalità della responsabilità penale esclude che possa essere disposta la confisca di cose pertinenti al reato che, al momento della decisione del giudice, siano di proprietà di un soggetto che « non sia l'autore del reato o non ne abbia tratto in alcun modo profitto »; un principio espresso in relazione alla confisca di opere d'arte oggetto di esportazione abusiva (art. 66 l. 1° giu-

(158) *Per una moderna politica antimafia. Analisi del fenomeno e proposte di intervento e di riforma*, Rapporto della Commissione Garofoli per l'elaborazione di proposte in tema di lotta, anche patrimoniale, alla criminalità, istituita dal Presidente del Consiglio con decreto del 7 giugno 2013, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 20 febbraio 2014.

(159) C. eur. dir. uomo 20 gennaio 2009, Sud Fondi srl e altri c. Italia, cit., § 125-129.

(160) Cfr. C. eur. dir. uomo 29 ottobre 2013, Varvara c. Italia, cit., § 71 e 64 ss.

gno 1939, n. 1089 e art. 301 l. dog.) (161), ma che deve essere considerato come « un principio di applicazione generale e come un criterio d'interpretazione della disciplina relativa alla posizione del terzo estraneo al reato » (162). In tale direzione, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità dell'art. 116 l. 25 settembre 1940, n. 1424, riprodotto nell'art. 301 l. dog., nella parte in cui consentiva la confisca degli strumenti appartenenti a persone estranee al reato e alle quali non fosse imputabile un difetto di vigilanza (163), nonché di cose oggetto del reato di contrabbando sottratte a terzi quando tale sottrazione risulti giudizialmente accertata (164). E, infine, la Corte costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 301 comma 1 l. dog. riformato nella parte in cui « non consente alle persone estranee al reato di provare di aver acquistato la proprietà delle cose ignorando senza colpa (buona fede e affidamento incolpevole) l'illecita immissione di esse sul mercato » (oggetto di contrabbando) (165), pur ritenendo, in base ad un bilanciamento degli interessi coinvolti — quelli dello Stato connessi all'esercizio della potestà tributaria e quelli del privato derivanti dal principio dell'affidamento incolpevole —, ragionevole una deroga al principio vigente in materia di acquisto di beni mobili secondo il quale la buona fede è presunta; una tale disciplina viola l'art. 27 comma 1 cost. e l'art. 3, essendo irragionevole, e cioè né « adeguata », né proporzionale, la maggiore severità di trattamento del reato di contrabbando laddove estesa dall'autore dell'illecito al terzo estraneo (166). In materia si afferma, quindi, il principio della tutela dei terzi incolpevoli, fermo restando una « discutibile » inversione dell'onere della prova della buona fede a carico del terzo.

In conformità a tali principi l'art. 240 c.p. sancisce che le cose oggetto della confisca facoltativa non devono appartenere « a person[e] estrane[e] al reato ». Il concetto di estraneità al reato non è limitato all'assenza di concorso nella consumazione del reato ma si estende anche all'assenza di benefici derivanti dallo stesso, sicché non può ritenersi « estraneo » il soggetto che ne abbia co-

munque tratto vantaggio (167). In tale direzione nel Progetto Grosso è prevista la possibilità di applicare la confisca del profitto alla persona estranea al reato che ne abbia beneficiato (art. 114 n. 5) (nei limiti del disponibile) e una norma simile è prevista nel Progetto Palazzo; tale disposizione sembra fondamentale per consentire una maggiore efficienza delle misure in esame, salva la tutela dei diritti del terzo, acquisiti in buona fede.

La giurisprudenza non considera « estraneo » il curatore fallimentare che subentra nella situazione del patrimonio del debitore fallito (168), con — ad avviso delle sezioni unite — obbligo di motivazione e bilanciamento degli interessi nel caso di confisca facoltativa (169), mentre nel caso di confisca obbligatoria prevarrebbero *tout court* le ragioni della confisca; quest'ultima soluzione suscita delle perplessità in considerazione delle esigenze di tutela dei creditori e del carattere non pericoloso dei beni oggetto delle sempre più numerose ipotesi di confisca obbligatoria, anche per equivalente (170). In relazione a quest'ultima, con riferimento alla confisca *ex art.* 19 d. lg. n. 231 del 2001, tuttavia una recente sentenza ha sancito che « il curatore fallimentare deve essere ritenuto rappresentante di interessi qualificabili come diritti di terzi in buona fede sui beni oggetto di confisca; la posizione dei quali deve pertanto essere valutata dal giudice nella prospettiva della prevalenza o meno, rispetto agli stessi, delle esigenze cautelari sottese alla confisca » (171). Da ultimo è stata rimessa alle sezioni unite la questione se sia possibile il sequestro preventivo, finalizzato alla confisca, di beni appartenenti ad un soggetto fallito, in relazione alla tutela dei terzi di buona fede che vantano crediti nei confronti del fallimento, perché, nonostante la pronuncia delle sezioni unite, la Cassazione si è espressa con pronunce « che si muovono su opzioni interpretative se non divergenti quanto meno sensibilmente differenti » (172).

In relazione alla nozione di persona estranea al reato si deve osservare che la Suprema Corte

(161) C. cost. 19 gennaio 1987, n. 2, Lucchetti e altri, in *Cass. pen.*, 1987, 867.

(162) Così GRASSO, *op. cit.*, 619.

(163) C. cost. 17 luglio 1974, n. 229, cit.

(164) C. cost. 29 dicembre 1976, n. 259, cit.

(165) Cass. 17 marzo 2010, n. 14860, Sunseeker, Holding Limites, in *Mass. CED*, n. 246965.

(166) C. cost. 10 gennaio 1997, n. 1, in *Dir. pen. proc.*, 1997, 150, con nota di SPANGHER, *Contrabbando, terzo estraneo al reato e acquisto di buona fede*.

(167) Cass., sez. un., 28 aprile 1999, n. 9 in *Giust. pen.*, 1999, II, 674; Cass., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Curatela fallimentare in proc. Focarelli, cit.; Cass., sez. I, 7 luglio 2011, n. 34722, Capital, in *Mass. CED*, n. 251174.

(168) Cass. 30 marzo 2000, Vasaturo, in *Mass. CED*, n. 216540.

(169) Cass., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Curatela fallimentare in proc. Focarelli, cit.

(170) Cass. 8 luglio 2008, n. 33425, Fazzalari.

(171) Cass., sez. V, 5 dicembre 2013, Patroni Griffi.

(172) Cass., sez. un., provvedimento 6 maggio 2014, ricorso n. R.G.16708, Unicand S.p.a., notizia in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalcontemporaneo.it, 13 maggio 2014.

italiana consente di applicare la confisca *ex art.* 240 c.p. o 322-ter c.p. alle «persone giuridiche» cui sia pervenuto il profitto del reato consumato dalla persona fisica, sul presupposto che la confisca non sia una sanzione penale ma una misura di sicurezza applicabile anche nei confronti di soggetti sforniti di capacità penale come gli enti, nonché in base alla considerazione, come esaminato *supra*, che non può ritenersi estraneo al reato il soggetto che ne abbia tratto vantaggi (173). La Suprema Corte ha consentito l'applicazione agli enti anche della confisca per equivalente in materia tributaria (art. 1 comma 143 l. n. 244 del 2007), in base alla considerazione che l'amministratore ha agito nell'interesse dell'ente, che ha percepito il profitto, e il suo operato è ascrivibile all'ente in virtù della teoria organistica (174); in base al dato normativo, costituito dall'art. 1 lett. e d. lg. 10 marzo 2000, n. 74, inoltre, il «fine di evadere le imposte» ed il «fine di sottrarsi al pagamento» si intendono riferiti alla società, all'ente o alla persona fisica per conto della quale si agisce (175).

In dottrina e in base ad un diverso orientamento giurisprudenziale, tuttavia, emerge il timore che in tal modo si finisca per estendere la responsabilità amministrativa da reato in relazione a fattispecie per le quali non è prevista dal d. lg. n. 231 del 2001, in violazione del principio di legalità, consentendo, addirittura, la confisca degli strumenti del reato; si tratterebbe di un'interpretazione analogica *in malam partem* (176). In particolare, poi, in relazione alla confisca per equi-

valente si evidenzia il suo «carattere affittivo» (177). Eventualmente la confisca potrebbe essere disposta esclusivamente nell'«ipotesi in cui la struttura aziendale costituisca un apparato fittizio utilizzato dal reo per commettere gli illeciti» (178).

Si ritiene, per contro, auspicabile la sottrazione del profitto presso il terzo, compresa la persona giuridica, che lo abbia percepito, indipendentemente dalla sua responsabilità penale, in base alla considerazione che la confisca del profitto è una forma di riequilibrio economico e non è una pena, e che il profitto del reato — accertato ed effettivamente acquisito (un tale discorso non si può estendere alla confisca degli strumenti del reato che assume carattere sanzionatorio) — non può essere legittimamente detenuto da alcuno (anche un terzo) in quanto il crimine non costituisce un legittimo titolo di acquisto di diritti su beni. Lo stesso vale per la confisca per equivalente, laddove si nega, come esaminato, la sua natura punitiva; ciò è conforme ad istanze di giustizia e ai principi civilistici. Anche in relazione all'ente si tratterebbe di recuperare un ingiustificato arricchimento in capo alla persona giuridica, nel nome e per conto della quale il singolo, come suo organo, ha commesso il fatto di reato (179). La persona fisica, del resto, avrà un patrimonio incapiante alle pretese erariali, ma soprattutto il profitto non è a lei pervenuto (tranne nell'ipotesi, ad esempio, in cui la persona fisica ha trattenuto il denaro destinato al pagamento delle pretese erariali) e quindi nei suoi confronti un'eventuale confisca assumerebbe il significato e i contenuti di una pena patrimoniale. In alcuni ordinamenti stranieri si consente di sottrarre il profitto anche presso i «terzi» cui sia pervenuto, purché nel rispetto della loro buona fede (si pensi al *Verfall* o all'*Erweiterter Verfall* dell'ordinamento tedesco in virtù della *Vertreterklausel*, § 73 comma 3, o del comma 4 del § 73, che si riferisce ai terzi quasi colpevoli) (180). In questa direzione, del resto, l'art. 6 della direttiva n. 2014/42/UE, cit., impone agli Stati membri la con-

(173) Tra le altre Cass., sez. un., 28 aprile 1999, n. 9, in *Giust. pen.*, 1999, II, 674; Cass., sez. un., 24 maggio 2004, n. 29951, Focarelli, in *Mass. CED*, n. 228163; Cass., sez. VI, 5 maggio 2008, n. 35802, *ivi*, n. 241376; Cass., sez. I, 7 luglio 2011, n. 34722, Capital, *ivi*, n. 251174; in tale direzione PADOVANI, *Il nome dei principi e il principio dei nomi: la responsabilità amministrativa delle persone giuridiche*, in *La responsabilità degli enti: un nuovo modello di giustizia "punitiva"* a cura di DE FRANCESCO G., Torino, 2004, 13 ss.

(174) Tra le altre Cass., sez. III, 7 giugno 2011, n. 28731, Soc. Coop. P.R. Burlando S.r.l., in *Rivista di giurisprudenza tributaria*, 2011, n. 11, 944, con nota di VALLINI, *Il coinvolgimento dell'ente nell'illecito penale-tributario in assenza del reato presupposto*; Cass., sez. III, 9 giugno 2011, n. 26389, Occhipinti; Cass., sez. III, 11 aprile 2012, n. 17485, Maione; Cass., sez. III, 9 maggio 2012, n. 38740, Sgarbi.

(175) POTETTI, *A proposito dei reati tributari: l'estraneità al reato nella confisca per equivalente dei beni della società*, in *Riv. pen.*, 2013, 483.

(176) Cfr. tra gli altri ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, cit., 55, v. però ID., *Criminalità economica e confisca del profitto*, cit., 2149 ss.; GRASSO, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 240, 620; MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale* diretto da GROSSO, PADOVANI e PAGLIARO, XVII, Milano, 2010, 207.

(177) Da ult. Cass., sez. III, 23 ottobre 2013, n. 45951, cit.; Cass., sez. III, 17 ottobre 2013, n. 42638; Cass., sez. III, 16 ottobre 2013, n. 42476; Cass., sez. III, 16 ottobre 2013, n. 42477.

(178) *Ex plurimis* Cass., sez. III, 4 luglio 2013, n. 36927; Cass., sez. III, 19 settembre 2012, n. 1256, Unicredit, in *Mass. CED*, n. 254796.

(179) Cfr. SALCUNI, *I reati tributari. Parte generale*, in *Corso di diritto penale dell'impresa* a cura di MANNA, Padova, 2010, 493.

(180) FISCHER, SCHWARZ, DREHER e TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*, cit., sub § 73, 687.

fisca di profitti, anche nella forma per equivalente, trasferiti da un indagato o un imputato a terzi, e nel « considerando » n. 24 si specifica che questa regola si riferisce anche all'ipotesi in cui il reato è stato realizzato a vantaggio di una persona giuridica.

In accoglimento di una sorta di orientamento intermedio, le sezioni unite, dopo avere nettamente distinto la confisca diretta (di proprietà) e la confisca per equivalente, hanno negato l'applicabilità di quest'ultima — *ex art. 1 comma 143 l. n. 244 del 2007* — alle persone giuridiche per conto delle quali la persona fisica ha realizzato gli illeciti tributari, in considerazione della natura punitiva di tale forma di confisca, ma hanno ammesso la confisca diretta (*ex art. 240 c.p. e 322-ter c.p.*) del profitto — ampiamente inteso, ricomprensivo dei risparmi di spesa — nei confronti dei terzi cui sia pervenuto, comprese le persone giuridiche (181).

In base all'opinione prevalente e preferibile il concetto di appartenenza deve essere interpretato come titolarità di un diritto di proprietà sulla cosa, e non con quello civilistico di titolarità di un diritto (182). Si giustifica questa interpretazione restrittiva con la necessità di sottrarre la proprietà della cosa al penalmente responsabile anche quando i terzi siano usufruttuari, locatari o utenti della *res*; altrimenti si finirebbe per consentire al reo un'indisturbata detenzione di cose "pericolose". La confisca di beni di proprietà del condannato su cui gravano diritti altrui non è, del resto, inconciliabile con il rispetto di questi ultimi: il terzo continua a conservare il suo diritto nei confronti del bene divenuto di proprietà dello Stato (183). In questa direzione la Suprema Corte ha riconosciuto che « il diritto trasferito allo Stato stesso trova i suoi limiti in quello già spettante all'imputato, né possono attribuirsi al provvedimento giurisdizionale che siffatto provvedimento ha disposto, effetti che esorbitino dalla sfera patrimoniale dei soggetti partecipi del rapporto processuale » (184).

Per stabilire, infine, se la cosa appartenga ad

(181) Cass., sez. un., 30 gennaio 2014, n. 10561, Gubert, cit.; conf. Cass., sez. III, 14 maggio 2013, n. 33182; conf. Trib. Camerino 10 aprile 2012, in *Giur. merito*, 2013, 1126.

(182) Sostengono quest'ultimo orientamento GUARNERI, *op. cit.*, 42; CHIAROTTI, *op. cit.*, 638; Cass. 24 marzo 1998, Galantino, cit.; Cass. 8 luglio 1991, Mendella, in *Giust. pen.*, 1991, II, 706.

(183) ALESSANDRI, *Confisca*, cit., 54; DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza patrimoniali*, cit., 1560-1561.

(184) Cass. 30 marzo 1965, Ditta A.G. Vetsch e C., in *Giust. pen.*, 1966, III, 103.

un terzo estraneo bisogna avere riguardo al momento del giudizio (185); depongono in tale direzione « un'evidente esigenza di attualizzazione del giudizio di pericolosità e di tutela del terzo acquirente in buona fede » (186). La Suprema Corte, invece, fa riferimento al momento della commissione del reato (187) in relazione alla confisca obbligatoria *ex art. 240 c.p.*, la cui applicazione ai sensi del comma 4 è vietata nei confronti di persona estranea al reato se l'oggetto della confisca è rappresentato dal prezzo o da cose la cui fabbricazione, uso, ecc., sia in concreto autorizzabile in sede amministrativa. A parte l'esigenza di sottrarre il prezzo del reato al terzo cui sia pervenuto, in maniera corrispondente a quanto affermato in relazione al profitto del reato (i documenti sovranazionali, a partire dalla direttiva n. 2014/42/UE, cit., non distinguono tra profitto e prezzo), tale rigorismo non sembra accettabile, in quanto l'invalidità degli atti di disposizione patrimoniale, successivi alla consumazione del reato, si giustifica solo per le cose oggettivamente pericolose, non commerciabili, o nei confronti di un terzo in mala fede; altrimenti la confisca finisce per perseguire una finalità afflittiva per il terzo incolpevole, che si pone in contrasto con il principio di colpevolezza.

Nel caso di appartenenza pro quota della cosa a un terzo estraneo al reato, la confisca riguarderà solo il diritto del condannato, come da ultimo precisato dalla Suprema Corte (188). La Suprema Corte ammette, però, la confisca e il sequestro dell'intero anche laddove « in caso di comproprietà del bene », « è dimostrato che esso sia comunque nella disponibilità dell'indagato » (189). Quest'orientamento è correttamente criticato perché finisce per violare il principio di personalità della responsabilità penale, fermo restando la legittimità della confisca di beni fittiziamente intestati a terzi (190).

In relazione alla tutela dei terzi, infine, le sezioni unite a partire dalla sentenza « Baccherrotti », dopo aver premesso che la disciplina a

(185) Cfr. Cass. 24 marzo 1998, Galantino, cit., 371. Cfr. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, cit., 367; FROSALI, *Sistema penale italiano*, III, Torino, 1958, 583; GRASSO, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., *sub art. 240*, 622.

(186) Cass. 20 ottobre 1997, Emanuela costruzioni s.r.l., in *Cass. pen.*, 1999, 1006.

(187) Così Cass. 12 gennaio 1959, Cavada, in *Giust. pen.*, 1959, II, 860.

(188) Cass., sez. III, 27 marzo 2013, n. 29898; Cass., sez. III, 20 aprile 2012, n. 15210.

(189) Cass., sez. III, 27 marzo 2013, n. 29898, cit.; conf. Cass., sez. III, 20 aprile 2012, n. 15210, cit.

(190) Cfr. GRASSO, *op. ult. cit.*, 620.

tutela dei terzi riveste carattere generale, sicché va doverosamente applicata in ogni tipo di confisca presente nell'ordinamento penale (salva espressa deroga), 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 di affidamento incolpevole », e cioè di mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta criminosa o con l'attività illecita del reo e nell'ipotesi in cui un simile nesso sia invece configurabile, l'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che rendeva scusabile l'ignoranza o il difetto di diligenza (191), « come applicazione, in sede contrattuale, di un livello di media diligenza — da rapportarsi al caso in esame — teso ad escludere rimproverabilità di tipo colposo » (192). Ai fini della valutazione della buona fede, insomma, si attribuisce rilievo anche ad atteggiamenti colposi del terzo, imponendo ai cittadini una sorta di obbligo generale di diligenza nello svolgimento degli affari, in linea con la previsione nell'ordinamento penale italiano della fattispecie dell'incauto acquisto. In relazione ai terzi creditori la giurisprudenza ritiene che spetta al terzo l'onere di provare la sua buona fede (193), in spregio al principio civilistico per cui la buona fede è presunta (art. 1147 c.c.); tale inversione dell'onere della prova, come già sopra anticipato, assume una particolare problematicità in termini di rispetto dei principi della materia penale, perché si applica nei confronti di terzi estranei (194) e per la difficoltà di dare la prova negativa della malafede.

In materia l'art. 6 della direttiva n. 2014/42/UE, cit., pur sancendo la tutela dei diritti dei terzi

(191) Cass., sez. un., 28 aprile 1999, Baccherotti, in *Foro it.*, 1999, II, 580, relativa alla confisca ex art. 644 c.p.; conf. *ex plurimis* Cass. 16 febbraio 2000, Ienna e altri, in *Cass. pen.*, 2000, 2770, con nota di MOLINARI, *Tutela del terzo creditore di un diritto reale di garanzia nel procedimento di prevenzione con riferimento al sequestro ed alla confisca antimafia*; Cass. 19 novembre 2003, n. 47887, San Paolo IMI e altri, *ivi*, 2005, 2058, m. 870; Cass., sez. III, 4 novembre 2008, n. 46012, Castellano, in *Mass. CED*, n. 241771; Cass., sez. I, 17 giugno 2011, n. 29197, Italfondario ed altri, *ivi*, n. 250804. Cfr. CASSANO, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, in *Cass. pen.*, 2005, 2165.

(192) Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 45260.

(193) Cass., sez. I, 27 settembre 2013, n. 45260, cit.; Cass., sez. I, 29 aprile 2011, n. 30326.

(194) Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., 387-395; ID., *La lotta contro l'accumulazione di patrimoni illeciti da parte di organizzazioni criminali*, cit., 536 ss.

in buona fede (§ 2), consente la confisca dei proventi del reato o di beni di valore corrispondente trasferiti a o acquisiti da terzi « almeno se [...] sapevano o avrebbero dovuto sapere che il trasferimento o l'acquisizione dei beni aveva lo scopo di evitarne la confisca, sulla base di fatti e circostanze concreti, ivi compreso il fatto che il trasferimento o l'acquisto sia stato effettuato a titolo gratuito o contro il pagamento di un importo significativamente inferiore al valore di mercato ». La direttiva, allora, impone la diligenza negli affari dando rilievo anche a comportamenti colposi del terzo; ciò emerge dall'« avrebbe dovuto sapere », che deve essere interpretato come vera e propria « colpa », evitando l'applicazione di indebite presunzioni: ben conosciute nell'ordinamento italiano, come la presunzione semplice di disponibilità del bene da parte dell'indiziato se il terzo sia il coniuge, il figlio od il convivente nell'ultimo quinquennio *ex art. 2-bis l. n. 575 del 1965* (art. 19 comma 3 d. lg. n. 159 del 2011) (195), ma soprattutto come le presunzioni di fittizietà delle intestazioni *ex art. 2-ter comma 13 l. n. 575*, cit. (art. 26 d. lg. n. 159, cit.) (196).

12. *La confisca nella legislazione speciale: deriva punitiva della confisca degli strumenti, del profitto o del prodotto.* — Uno dei segni più facilmente percettibile dell'evolversi dell'istituto della confisca verso finalità repressive, come esaminato *supra*, § 5, è fornito dalle molteplici ipotesi di confisca obbligatoria previste dalla legislazione speciale, anche in relazione a delle cose che, in base alla disciplina generale dell'art. 240 c.p., sarebbero soggette esclusivamente alla confisca facoltativa (197) o non sarebbero confiscabili, in particolare gli strumenti del reato non indispensabili per un'eventuale reiterazione del crimine, ma piuttosto facilmente sostituibili, sottratti al fine di imporre un ulteriore sacrificio economico rispetto alla pena principale. Il problema che sempre si pone rispetto a questa forma di confisca è che si tratta di una pena patrimoniale non commisurabile, la cui determinazione dipende dalle circostanze del caso concreto, e non risponde, quindi, ai criteri di determinatezza, nonché di propor-

(195) Cass., sez. VI, 14 febbraio 2012, n. 26413, S.R. e altro; Cass. 20 ottobre 2010, n. 39799, F. e altro.

(196) Cfr. Cass., sez. VI, 18 ottobre 2012, n. 10153, C. e altro, in *Cass. pen.*, 2014, 255, con nota di MAUGERI, *Un'interpretazione restrittiva delle intestazioni fittizie ai fini della confisca misura di prevenzione tra questioni ancora irrisolte (natura della confisca e correlazione temporale)*.

(197) Cfr. sul punto FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., 30 ss.

zione (anche rispetto ai criteri di commisurazione della pena, a partire dalla colpevolezza) che dovrebbero caratterizzare le sanzioni penali.

Come esaminato (v. *supra*, § 11) assume, ad esempio, anche un carattere punitivo la confisca obbligatoria degli strumenti (anche delle cose destinate) del reato di contrabbando (art. 301 comma 1 l. dog., come modificato dall'art. 11 l. 30 dicembre 1991, n. 413), carattere accentuato dal fatto che tale forma di confisca si considera applicabile anche in assenza di una sentenza di condanna in caso di estinzione del reato o di decreto di archiviazione per cause che non attengono alla sussistenza del fatto ed al rapporto con l'autore (198). La giurisprudenza ha ritenuto applicabile questa forma di confisca anche in mancanza dell'elemento soggettivo per ignoranza ritenuta scusabile o in caso di estinzione del reato dovuta a prescrizione o per oblazione amministrativa (199), in quanto, trattandosi di una misura di sicurezza, non sono estensibili i principi che disciplinano l'irrogazione della pena e in particolare il principio di colpevolezza (200); un simile orientamento si pone in contrasto con il rispetto del principio di colpevolezza che deve essere rispettato quando la confisca assume un carattere punitivo, come sancito nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo « Sud Fondi » (201) e come, del resto, affermato nelle plurime pronunce della Corte costituzionale (202) che hanno escluso l'applicazione della forma di confisca in esame ai terzi incolpevoli, riducendosi altrimenti il principio di colpevolezza al divieto di responsabilità per fatto altrui (v. *supra*, § 11).

Assume un chiaro carattere punitivo la confisca del denaro esposto nel giuoco e degli arnesi od oggetti ad esso destinati, ai sensi dell'art. 722 c.p., la cui applicazione è connessa al mero accertamento della responsabilità penale. Se si può eventualmente attribuire una finalità interdittiva alla confisca degli arnesi destinati al gioco d'azzardo, sicuramente non persegue tale finalità la confisca del denaro, facilmente fungibile, applicabile anche quando la condotta sia occasionale o non sussista

(198) Cass. 21 settembre 2007, Del Duca, in *Mass. CED*, n. 237924; Cass. 4 giugno 2009, Vedani, *ivi*, n. 244780.

(199) Cass., sez. III, 26 novembre 2008, n. 3201.

(200) Cass. 17 marzo 2010, Sunseeker, Holding Limited, cit.

(201) C. eur. dir. uomo 20 gennaio 2009, Sud Fondi srl e altri c. Italia, cit.

(202) C. cost. 10 gennaio 1997, n. 1, cit.; C. cost. 19 gennaio 1987, n. 2, cit.; C. cost. 29 dicembre 1976, n. 259, cit.; C. cost. 17 luglio 1974, n. 229, cit.

il pericolo di recidiva (203), e comunque, accanto all'eventuale scopo interdittivo si persegue un chiaro fine repressivo; il denaro esposto, del resto, non rappresenta il profitto del reato, tranne che si dimostri che sia il ricavato del gioco piuttosto che il denaro destinato al gioco. Persegue, poi, una finalità interdittiva, non priva di effetti afflittivi, la confisca obbligatoria degli apparecchi di gioco privi delle autorizzazioni previste dalle disposizioni vigenti o non conformi a tali revisioni, ai sensi dell'art. 101 t.u.p.s. (204).

Un'ulteriore ipotesi è rappresentata dalla confisca speciale obbligatoria prevista dall'art. 31 l. 13 settembre 1982, n. 646 per il caso di mancata comunicazione delle variazioni patrimoniali sopra una certa entità, indicata dalla legge, da parte della persona condannata per taluni gravi reati previsti dall'art. 30 l. n. 646, cit., modificato dall'art. 7 l. 13 agosto 2010, n. 136, o sottoposta con provvedimento definitivo ad una misura di prevenzione ai sensi della l. n. 575 del 1965. La confisca ha ad oggetto i beni a qualunque titolo acquistati e alienati, nonché la confisca per equivalente degli stessi. Tale forma di confisca non presuppone il valore sproporzionato dei beni da confiscare, né la mancata giustificazione della loro origine (205); non sono sottratti per la loro eventuale origine illecita, fermo restando che il legislatore presuppone che la mancata comunicazione sia connessa a una simile origine. In ogni caso, però, in mancanza di qualunque accertamento dell'eventuale origine illecita dei beni acquisiti o alienati, si tratta di una forma di pena patrimoniale.

Molte forme di confisca obbligatoria del veicolo utilizzato per la consumazione del reato assumono una evidente finalità afflittiva, più che preventiva, a partire dalla confisca del veicolo in seguito a guida in stato di ebbrezza ai sensi dell'art. 186 comma 2 lett. c d. lg. 30 aprile 1992, n. 285 (codice della strada), nonché dell'art. 187 comma 7 in relazione al rifiuto di sottoporsi ai controlli alcolimetrici, o 187 comma 1, per la guida in stato di alterazione psichica per uso di sostanze stupefacenti. Le sezioni unite della Cassazione hanno riconosciuto la natura di sanzione penale accessoria della confisca *ex art.* 186 (206) e anche la Corte costituzionale ha dichiarato l'inco-

(203) LUNGHINI e MUSSO, *La confisca nel diritto penale*, in *Corr. merito*, Le Rassegne, 2009, n. 2, 15.

(204) Cass. 9 novembre 2006, Ruggiero, in *Mass. CED*, n. 235754.

(205) Cass. 18 maggio 2010, n. 27196, Curto, in *Mass. CED*, n. 247843.

(206) Cass., sez. un., 25 febbraio 2010, Caligo, in *Mass. CED*, n. 247042.

stituzionalità dell'inciso « ai sensi dell'art. 240, secondo comma del codice penale » contenuto nell'art. 186 comma 2 lett. c, per violazione del principio di irretroattività delle sanzioni penali ai sensi dell'art. 7 CEDU e, quindi, dell'art. 117 cost.: l'inciso in questione avrebbe, infatti, consentito l'applicazione retroattiva della confisca del veicolo in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza (207). In seguito a queste sentenze, però, la l. 29 luglio 2010, n. 120 ha qualificato espressamente la confisca per il reato di guida in stato d'ebbrezza come sanzione "amministrativa"; tale presa di posizione è stata rispettata dalla giurisprudenza maggioritaria (208), fermo restando che, come correttamente osservato in dottrina, la nuova forma di confisca amministrativa non può essere applicata retroattivamente pena la violazione dell'art. 1 l. n. 689 del 1981 (209). In ogni caso anche una sanzione amministrativa, purché abbia un carattere afflittivo per finalità di prevenzione generale e speciale, può rientrare nella nozione di materia penale *ex art. 6 e 7 CEDU* (210).

Ipotesi di confisca obbligatoria dei mezzi di trasporto con finalità punitiva sono altresì previste dall'art. 259 d. lg. 3 aprile 2006, n. 152, modificato dal d. lg. 3 dicembre 2010, n. 205, in relazione ai reati di traffico e trasporto illecito di rifiuti, misura cui la giurisprudenza attribuisce la natura e la funzione di pena (211); il terzo ha l'obbligo di provare la sua buona fede e la mancanza di negligenza (212). La finalità punitiva emerge, inoltre, nella confisca obbligatoria dell'area sulla quale viene realizzata una discarica abusiva *ex art. 6 d.l. 6 novembre 2008, n. 172* (convertito con modifi-

cazioni con l. 30 dicembre 2008, n. 210), che in sé non è sicuramente un bene pericoloso e che, pur rappresentando lo strumento per la consumazione del crimine, comporta un sacrificio patrimoniale giustificabile solo in chiave repressiva, tanto è vero che tale misura è prevista solo se il terreno è di proprietà dell'autore del reato (213).

Assume natura punitiva anche la confisca *ex art. 19 l. n. 47 del 1985*, poi capoverso dell'art. 44 t.u. edilizia, relativo alla confisca dei suoli e delle opere oggetto di una lottizzazione abusiva, anche alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo (v. *supra*, § 4).

L'esame della prassi applicativa fa emergere, inoltre, non pochi timori per l'eccessiva disinvoltura con cui la giurisprudenza rischia di trasformare anche la confisca del profitto, che dovrebbe rimanere uno strumento di riequilibrio economico privo di autentico carattere afflittivo — anche se non scevro da finalità di prevenzione generale e speciale —, in una vera e propria "pena patrimoniale" che non sottrae il profitto derivante dal reato, ma piuttosto è commisurata a tale profitto, comportando l'ablazione di beni legittimamente posseduti, come quando la confisca per equivalente viene applicata per intero a ciascuno dei concorrenti (v. *supra*, § 8).

Un uso indebitamente sanzionatorio della confisca per equivalente viene fatto in relazione alla confisca *ex art. 322-ter* comma 2, che precisa che in relazione al delitto *ex art. 321* il valore asseguibile a confisca non può essere inferiore a quello della somma data o promessa; quest'ultima specificazione sembra essere stata introdotta per semplificare l'accertamento del profitto del corruttore, nel senso che, laddove non se ne riesca a verificare l'entità, si dovrebbe presumere che comunque non sarà inferiore a quanto dato o promesso, fermo restando che la sussistenza del profitto dovrebbe essere previamente accertata. Laddove, invece, come avvenuto nella prassi, la presunzione opera in termini assoluti, si trasforma la confisca per equivalente in una pena patrimoniale commisurata alla tangente (214). In tale direzione la Cassazione ha affermato che « La confisca per equivalente relativa al reato di corruzione non presuppone necessariamente il conseguimento, da parte del corruttore, di un profitto, stante la natura sanzionatoria della misura » (215). La Suprema Corte, del resto, utilizza

(207) C. cost. 4 giugno 2010, n. 196, P.T., in *Foro it.*, 2010, I, 2306; cfr. GRASSO, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., *sub art. 240*, 633.

(208) Cfr. Cass., sez. IV, 12 luglio 2011, n. 34459; Cass. 26 ottobre 2010, n. 41564; Cass. 14 ottobre 2010, n. 41091.

(209) Cfr. GATTA e VIGANÒ, *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? Riflessioni sostanziali e processuali*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 9 dicembre 2010; circ. Ministero dell'interno 30 luglio 2010, prot. n. 300/A/10777/10/101/3/3/9, 8.

(210) In tale direzione cfr. Trib. Lecce, sez. distaccata Nardò, 10 ottobre 2011, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 22 dicembre 2011; cfr. PARODI, *Successione di leggi in materia di confisca del veicolo e articolo 7 CEDU*, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 24 gennaio 2012.

(211) Cass. 25 marzo 2003, M., in *Mass. CED*, n. 224486; Cass. 15 febbraio 2002, Pierobon, *ivi*, n. 221271.

(212) Cass., sez. III, 4 novembre 2008, n. 46012, Castellano, cit.; la novella legislativa prevede la confisca nei confronti dei beni fittiziamente appartenenti a terzi.

(213) Cfr. ZAINI e TIANI, in *Codice penale commentato* a cura di DOLCINI e MARINUCCI, cit., I, *sub art. 240*, 2438.

(214) Cfr. BENUSI, in *Codice penale commentato* a cura di DOLCINI e MARINUCCI, cit., II, *sub art. 322-ter*, 2319.

(215) Cass. 13 maggio 2010, n. 21027, cit.

la confisca come una sorta di pena patrimoniale in relazione alla fattispecie di istigazione alla corruzione, laddove, pur in mancanza del conseguimento di un profitto per l'autore del reato, sottrae il denaro offerto o promesso al pubblico ufficiale in qualità di strumento del reato, oggetto di confisca facoltativa ai sensi dell'art. 240 comma 1 (216). In materia, tra l'altro, la confisca è stata resa obbligatoria in tutte le ipotesi previste dall'art. 240 comma 1, e non solo in relazione al prodotto e al profitto, dall'art. 335-bis, introdotto dall'art. 6 l. 27 marzo 2001, n. 97.

Un altro caso significativo di uso repressivo della confisca attiene alla fattispecie di cui all'art. 187 t.u. fin., che prevede la confisca speciale obbligatoria, e anche per equivalente, non solo del profitto, ma pure del prodotto e dei beni utilizzati per commettere il reato (abuso di informazioni privilegiate, art. 184 t.u. fin., o di manipolazione del mercato, art. 185 t.u. fin.). La confisca del profitto e cioè delle plusvalenze realizzate con la condotta illecita mantiene un carattere di riequilibrio economico, salva la rilevanza punitiva che assume laddove viene sottratta l'intera plusvalenza senza considerare oneri tributari e finanziari; la Suprema Corte è intervenuta ritenendo che il profitto dovrebbe essere considerato pari alla plusvalenza « al netto delle imposte ma al lordo degli interessi passivi » (217). La confisca del prodotto consiste, invece, nella sottrazione degli strumenti finanziari acquistati, comportando l'ablazione sia del profitto sia della parte di patrimonio investita nell'acquisto; lo stesso risultato si realizza con la confisca dei beni utilizzati per commettere il reato e cioè dell'ammontare di capitale investito, che potrà avvenire solo per equivalente: in entrambi i casi la confisca assume un carattere assolutamente punitivo, rappresentando una vera e propria pena patrimoniale. La Corte di cassazione supera simili obiezioni, non negando la natura punitiva della « confisca per equivalente dei beni utilizzati per commettere il reato », ma anzi riconoscendola e giustificandola per esigenze di prevenzione generale e tutela del mercato e dell'economia nazionale, sorvolando per il resto sulla censura di incostituzionalità avanzata dalla difesa per violazione del principio di proporzione laddove non è possibile graduare una simile pena (218).

(216) Cass. 27 febbraio 2009, n. 1417, Sampietro, in *Mass. CED*, n. 243579.

(217) Cass. 25 novembre 2008, n. 44032; Trib. Milano, sez. riesame, 22 ottobre 2007, P., cit. *supra*, nt. 110.

(218) Cass., sez. V, 13 marzo 2012, n. 28486, in *Giur. comm.*, 2013, II, 210.

Gli stessi problemi si pongono in relazione alla confisca contemplata dall'art. 187-sexies commi 1 e 2 t.u. fin. nella parte in cui impongono la confisca degli strumenti finanziari "movimentati" attraverso l'operazione compiuta in violazione dell'art. 187-bis (*insider trading* - illecito amministrativo), o del loro controvalore, senza consentire all'autorità amministrativa prima, e al giudice investito dell'opposizione poi, di graduare la misura in rapporto alla gravità in concreto della violazione commessa. Proprio in relazione a quest'ultima fattispecie è stata mossa per ben due volte la questione di legittimità costituzionale per contrasto tanto con l'art. 3 cost. per la palese "irragionevolezza" della sanzione in tal modo comminata, quanto con l'art. 27 cost., per violazione del principio di "proporzionalità", da reputare riferibile anche alle sanzioni amministrative (219). La prima volta la Corte costituzionale ha ritenuto l'eccezione inammissibile per oscurità e indeterminatezza del *petitum* (220); la seconda volta la Corte ha rigettato nuovamente la questione in quanto la pronuncia invocata esorbiterebbe i suoi poteri, richiedendosi un intervento creativo, e cioè una pronuncia additivo-manipolativa, che — in surroga dell'attuale obbligo di confisca integrale, anche per equivalente, previsto dalla norma censurata — riconosca all'autorità amministrativa (in sede di irrogazione) e al giudice (nell'ambito del giudizio di opposizione) il potere di « graduare » la misura « in rapporto alla gravità in concreto della violazione commessa ». Infatti, si precisa che « la confisca — sia penale che amministrativa — è sempre e soltanto una misura fissa »; nel nostro ordinamento l'alternativa al regime dell'obbligatorietà è quello della facoltatività (221).

In tale settore si registra una « curva evolutiva delle pene criminali principali » verso « un inarrestabile moto ascensionale » fino a mostrare una « muscolarità ipertrofica » (222). In un'ottica riformatrice, peraltro, la stessa Commissione nazio-

(219) App. Torino, sez. I civile, ordinanza 5 ottobre 2010; App. Milano 30 gennaio 2009, in *Foro ambr.*, 2009, I, 88; App. Torino, ordinanza, 27 gennaio 2012. Nel senso della natura sostanzialmente "penale" dell'ipotesi di confisca in questione, SEMINARA, *Disposizioni comuni agli illeciti di abuso di informazioni privilegiate e di manipolazione del mercato*, in *Dir. pen. proc.*, 2006, 12; MUCCIARELLI, in *Il testo unico della finanza* a cura di FRATINI e GASPARRI, III, Torino, 2012, *sub art.* 187, 2420; FRATINI, *ivi*, *sub art.* 187-sexies, 2533.

(220) C. cost. 10 giugno 2011, n. 186, in *Cass. pen.*, 2012, 89, con nota di PETRONI, *La confisca negli abusi di mercato: profili di legittimità costituzionale*.

(221) C. cost. 15 novembre 2012, n. 252, cit., § 4.

(222) NAPOLEONI, *L'insider trading*, in *La disciplina penale dell'economia* a cura di SANTORIELLO, I, Torino, 2008, 740 s.

nale per le società e la borsa (CONSOB) suggerisce di limitare la confisca di cui all'art. 187-*sexies* al solo « profitto » proveniente dall'illecito, eliminando quella dei « beni utilizzati per commetterlo » (223). In materia, inoltre, in seguito alla recente pronuncia « Grande Stevens » (224) la Corte europea dei diritti dell'uomo fa rientrare nella nozione di materia penale il procedimento amministrativo in questione, sancendo nel caso di specie la violazione del principio del *ne bis in idem* (violazione del diritto a non essere giudicati o puniti due volte), sancito dall'art. 4 del Protocollo n. 7.

Un'altra ipotesi in cui la confisca assume carattere punitivo attiene alla sottrazione del profitto, coincidente con l'imposta evasa, nei confronti dei reati tributari (art. 1 comma 143 l. n. 244 del 2007). La Suprema Corte è arrivata ad affermare che la quantificazione di detto risparmio è comprensiva non solo del mancato pagamento degli interessi, ma anche « delle sanzioni dovute in seguito all'accertamento del debito tributario »; si fa rientrare nella nozione di profitto che può essere confiscato per equivalente anche l'ammontare della sanzione irrogata per l'illecito tributario (225), che non rappresenta in maniera lapalissiana un profitto derivante dalla commissione del delitto, ma piuttosto, al contrario, una perdita economica imposta dallo Stato per sanzionare l'illecito. Attraverso la confisca per equivalente del corrispondente della sanzione in questione, si finisce per applicarla due volte in evidente violazione del principio del *ne bis in idem*. La violazione dei principi di legalità e di proporzione diventa ancora più lampante nell'ipotesi in cui il contribuente, ai sensi del comma 2 dell'art. 13 d. lg. n. 74 del 2000, prima della dichiarazione di apertura del dibattimento, estingua il debito tributario anche a seguito di speciali procedure conciliative o di adesione all'accertamento previste dalle norme tributarie, così ottenendo l'applicazione di una circostanza attenuante ad effetto speciale; per beneficiare dell'attenuante suddetta,

il pagamento deve riguardare anche le sanzioni previste per la violazione delle norme tributarie, sebbene non applicabili all'imputato. Ne consegue che in questo caso, pur avendo il contribuente/imputato provveduto al pagamento dell'imposta evasa e della relativa sanzione, sarà comunque possibile, almeno in base a certa giurisprudenza, applicare la confisca per equivalente del profitto *ex art. 322-ter* in misura corrispondente all'imposta evasa nonché alla sanzione tributaria (226). Un simile perverso circuito punitivo dovrebbe, tra l'altro, distogliere l'evasore dal ricorso al meccanismo di cui all'art. 13 comma 2 destinato, invece, a sollecitare comportamenti collaborativi nella definizione delle vertenze con l'Erario per ottenere benefici sul piano penale (227). La Suprema Corte, invero, ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli art. 322-*ter* c.p. e 1 comma 143 l. n. 244 del 2007 per la parte in cui, nel prevedere la confisca per equivalente anche per i reati tributari, contrasterebbero, nel caso di « sanatoria della posizione debitoria con l'amministrazione finanziaria », con gli art. 23 e 25 cost., in quanto « la restituzione all'erario del profitto derivante dal reato » fa venir meno lo scopo principale perseguito con la confisca, escludendo la temuta « duplicazione sanzionatoria » (228). Nonostante tale pronuncia, però, la stessa Suprema Corte continua a ribadire la possibilità di procedere alla confisca per equivalente anche in seguito alla definizione della posizione tributaria attraverso la procedura dell'accertamento per adesione, con pagamento integrale degli importi quantificati dall'Agenzia delle entrate, in considerazione della piena autonomia del procedimento penale per l'accertamento dei reati tributari rispetto al processo ed all'accertamento tributario, caratterizzati dalla negoziabilità della pretesa tributaria finale (229), nonché della mancanza di « coincidenza tra due nozioni, quella di profitto dei reati contestati e quella di pretesa tributaria » (230).

(223) *Relazione per l'anno 2010* (Commissione Nazionale per le società e la borsa - CONSOB), Roma, 31 marzo 2011, in www.consob.it, 53.

(224) C. eur. dir. uomo, sez. II, 4 marzo 2014, Grande Stevens c. Italia, ricorso n. 18640, 18647, 18663, 18668 e 18698/2010; conf. in materia tributaria C. eur. dir. uomo, sez. IV, 20 maggio 2014, Nykänen c. Finlandia, ricorso n. 11828/11.

(225) Cass., sez. III, 4 luglio 2012, n. 11836; Cass., sez. III, 23 ottobre 2012, n. 45849, C., in *Guida al diritto*, 2013, fasc. 1, 81; Cass., sez. III, 19 settembre 2012, n. 1256, Unicredit, cit.; Cass., sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843, Mazzieri, in *Mass. CED*, n. 253480.

(226) Cass. 19 settembre 2012, n. 1256, P.a. e altro; Cass., sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843, Mazzieri, cit.

(227) Conf. MAGRO, *In tema di profitto confiscabile (a proposito del mancato pagamento della sanzione tributaria)*, in *Arch. pen.*, 2013, 198.

(228) Cass., sez. III, 1° dicembre 2010, n. 10120, Provenzale, in *Mass. CED*, n. 249752; conf. Cass. 23 ottobre 2012, n. 45847.

(229) Cass. 19 settembre 2012, n. 1256, P.a. e altro, in *Cass. pen.*, 2013, 3386; Cass., sez. III, 19 gennaio 2012, n. 4956, DPS s.r.l.; Cass. 16 novembre 2011, n. 45054, B. e altro, cit.; Cass., sez. V, 10 novembre 2011, n. 1843, cit.

(230) Cass. 19 settembre 2012, n. 1256, P.a., cit.; Cass., sez. III, 14 febbraio 2012, n. 5640, in *Il Fisco*, 2012, n. 10, 1,

Si consenta di esprimere il timore che proprio l'attribuzione di natura punitiva alla confisca per equivalente ha scatenato questi usi distorti della stessa trasformandola da misura di riequilibrio economico in un pericoloso strumento punitivo, applicato al di fuori del rispetto dei principi garantistici del sistema penale.

In questi casi si viola il principio di legalità laddove si applica la confisca in casi non previsti dal legislatore, in mancanza di un "profitto" o considerando profitto ciò che non è tale (ad esempio il danno risarcibile); si finisce per violare il principio di colpevolezza, perché, se la confisca di beni acquista carattere punitivo, dovrebbe rientrare nella più ampia commisurazione della pena alla colpevolezza per il fatto; si viola il principio di proporzione perché la confisca-pena, che si cumula con le altre pene previste, rischia di determinare un sacrificio non proporzionato.

La pretesa, poi, di rendere "commisurabile" la "pena" della confisca, come emerge dalle questioni di legittimità costituzionale sollevate nei confronti della confisca *ex art. 187-ter* t.u. fin., rende palese l'illusione in cui cade la giurisprudenza che vuole utilizzare come pena uno strumento rigido come la confisca.

È emblematico l'esempio della « *Vermögensstrafe* », § 43a *StGB*, dichiarata incostituzionale da una sentenza del *Bundesverfassungsgericht* (231) perché in contrasto con il principio di tassatività (art. 103 comma 2 *GG*), che richiede che sia chiaramente determinata la cornice edittale della pena; tale pena patrimoniale, invece, era commisurata all'entità, peraltro da valutare, del patrimonio del reo, piuttosto che ai normali indici di commisurazione della pena, a partire dalla colpevolezza (232). Anche in relazione al *criminal forfeiture* è stata contestata la violazione dell'ottavo emendamento, che vieta le pene "inusuali" e "crudeli" (233), non tanto in riferimento alla confisca dei proventi del reato, che non viene considerata "pena" dalla giurisprudenza e quindi non sottostà

all'ottavo emendamento, ma in relazione alla confisca dei beni che hanno facilitato o permesso di esercitare un'influenza sull'impresa illecita, che invece deve rispettare il principio di proporzione (234). Pure nell'ordinamento francese, che conosce la *confiscation* parziale o totale dei beni del condannato (*La confiscation de tout ou partie des biens du condamné*) come pena complementare (ad esempio art. 324-7 *c.p. fr.* modificato dalla *loi* n. 2013-907), anche contro gli enti (art. 131-39), emerge la difficoltà di garantire la personalizzazione, o meglio l'individualizzazione, laddove si riferisce alle persone giuridiche, di una simile pena ai sensi dell'art. 132-24 *c.p. fr.* (235); il legislatore francese stabilisce i criteri che dovrebbero presiedere alla decisione del giudice circa l'*an* dell'applicazione della confisca, ma non disciplina, però, in alcun modo la possibilità di commisurare il *quantum* della confisca (236).

13. *La confisca ex art. 416-bis comma 7 c.p.* — Un'altra ipotesi in cui la confisca rischia di assumere un'indubbia natura punitiva attiene alla confisca *ex art. 416-bis* comma 7 c.p., che prevede l'ablazione « obbligatoria » delle cose che servono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il profitto o che ne costituiscono l'impiego, rappresentando una delle prime forme di confisca speciale obbligatoria introdotta dal legislatore italiano, innovativa laddove prevede l'ablazione del reimpiego (237); si tratta di una misura di sicurezza (che assume anche una connotazione punitiva) in conseguenza della condanna per associazione mafiosa, ai sensi dell'art. 416-*bis*. Tale forma di confisca richiede da parte dell'accusa la dimostrazione o del rapporto di strumentalità rispetto all'attività del sodalizio criminale (le cose che servono o furono destinate) o del nesso causale con tale attività (prodotto, prezzo, profitto o reimpiego) (238). Come affer-

(234) United States Court of Appeals for the Eighth Circuit, *Certiorari denied* 6 ottobre 1997, 108 F.3d 853, *United States v. Alexander*, n. 90-5417.

(235) MATSOPOULOU, *La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal*, cit., 309.

(236) Così STEFANI, LEVASSEUR e BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, 2005, 358.

(237) Così FIANDACA, in *L. 13 settembre 1982, n. 646. Commento*, in *Leg. pen.*, 1983, sub art. 1, 267-268.

(238) TURONE, *Problematiche giuridiche attinenti alla dimensione economica delle associazioni mafiose*, in *I delitti di criminalità organizzata*, I, Roma, 1998 (*Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, n. 99), 481 ss.; BARAZZETTA, in *Codice penale commentato* a cura di DOLCINI e MARINUCCI, cit., II, sub art. 416-*bis*, 4310; PICCIRILLO, in *Codice delle confische e dei sequestri* a cura di TARTAGLIA, cit., sub art.

1489; Cass., sez. III, 12 dicembre 2011, n. 5640, Manco, in *Mass. Ced.*, n. 251892.

(231) BVerfG 105, 135, 20 marzo 2002, 2 BvR 794/95, cit. *supra*, nt. 7.

(232) Cfr. BGH 15 novembre 2002, 2 StR 302102 (LC Frankfurt a.M.), § 74 ss., 87; Cfr. KÖHLER e BECK, *Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktionen*, in *JZ*, 1991, 797 ss.

(233) Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., 710 ss. Cfr. VAN CLEAVE, "Death is Different", Is Money Different? *Criminal Punishment, Forfeitures, and Punitive Damages - Shifting Constitutional Paradigms*, in 12 *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2003, 217, 245 ss.

mato dalla Suprema Corte, la confisca in esame « non concerne tutti i beni comunque acquistati dai singoli associati in un determinato periodo, ma va riferita esclusivamente ai beni che servirono [...] o che ne costituiscono l'impiego » (239); la previsione di « obbligatorietà della confisca non comporta alcuna presunzione sotto il profilo della strumentalità delle cose che si intendono sequestrare », ma si richiede l'accertamento di « una relazione specifica e stabile » tra il bene e l'illecito « che testimoni l'esistenza di rapporto strutturale e strumentale » (240).

Anche laddove si superano i dubbi circa la possibilità di applicare la confisca *ex art. 416-bis* ai beni provenienti dai reati fine, per i quali non sia sancita l'obbligatorietà della confisca (241), in quanto l'*art. 416-bis* comma 3 rappresenta una norma speciale che impone la sottrazione di quanto conseguito attraverso la realizzazione di delitti nell'ambito di una struttura associativa mafiosa (quanto così conseguito diviene, infatti, profitto del delitto di cui all'*art. 416-bis*) (242), non si può prescindere dalla prova del nesso di pertinenzialità in esame (243). L'accusa deve accertare che i beni da confiscare rappresentino il frutto dello "specifico reato di associazione mafiosa", e non di qualunque attività illecita come avviene, invece, almeno in base ad una certa interpretazione, in relazione alla confisca *ex art. 2-ter* l. n. 575 del 1965 (244).

Come precisato dalle sezioni unite nella sentenza « Montella » (245), la forma di confisca in esame, quindi, non si estende a tutto il patrimonio dei membri dell'associazione del quale non si riesca a dimostrare l'origine, come invece previsto dalla disciplina delle forme di confisca allargata

previste nel nostro ordinamento; tanto è vero che oggi si ritiene che la confisca *ex art. 416-bis* comma 7 « ha ormai assunto uno spazio di intervento residuale all'interno della pluralità di misure di prevenzione patrimoniali che si stagliano nell'attuale panorama normativo » (246).

Un'identica previsione di confisca obbligatoria è contemplata dall'*art. 270-bis* comma 4, nei confronti del condannato del delitto di associazione con finalità di terrorismo anche internazionale o di eversione dell'ordine democratico.

14. *La confisca allargata ex art. 12-sexies d.l. n. 306 del 1992.* — Il legislatore italiano ha introdotto un'"ipotesi particolare di confisca", contemplata dall'*art. 12-sexies* inserito nel d.l. n. 306 del 1992 dal d.l. 20 giugno 1994, n. 399 (convertito con modificazioni con l. 8 agosto 1994, n. 501), avente lo scopo di sottrarre il denaro, i beni o le altre utilità di cui il condannato, per uno dei reati elencati, non giustifica la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte, o alla propria attività economica. Questa forma di confisca si applica anche nei casi di patteggiamento *ex art. 444 c.p.p.* La l. 24 dicembre 2012, n. 228 ha stabilito (*art. 1* comma 190) che « le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati previste dal decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 » si applicano anche ai casi di sequestro e confisca *ex art. 12-sexies* (anche, quindi, in relazione ai rapporti con il fallimento).

Tale sanzione si pone in un rapporto di continuità con la confisca misura di prevenzione prevista dall'*art. 2-ter* l. n. 575 del 1965, oggi *art. 24* d. lg. n. 159 del 2011. Si tratta di un ulteriore strumento di ablazione "estesa" destinata a superare il problema fondamentale che impedisce l'applicazione della confisca tradizionale e cioè l'accertamento del nesso causale tra i profitti e il reato; uno strumento che dovrebbe consentire, in conformità del resto alle sollecitazioni delle fonti sovranazionali e da ultimo alle indicazioni dell'*art. 5* della direttiva n. 2014/42/UE, cit., di sottrarre gli assetti patrimoniali accumulati nel tempo dal crimine organizzato o dalla criminalità economica.

L'ambito di applicazione di questa forma di confisca allargata si è sempre più esteso, anche nei confronti dei reati dei pubblici ufficiali contro la

416-bis, 686; PISA, in *Commentario breve al codice penale* a cura di CRESPI, FORTI e ZUCCALÀ, cit., 2011, *sub art. 416-bis*, 1437; Cass., sez. un., 26 ottobre 1985, Piromalli, in *Giur. it.*, 1986, II, 209; Cass. 26 ottobre 1985, Avignone, in *Mass. CED*, n. 171063; Cass. 6 giugno 1992, *ivi*, n. 190545

(239) Cass., sez. I, 1° aprile 1992, Bruno e altro, in *Cass. pen.*, 1993, 1987.

(240) Cass., sez. II, 4 marzo 2005, n. 9954, De Gregorio, in *Cass. pen.*, 2006, 607.

(241) Cfr. FIANDACA, *op. cit.*, 268; ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, cit., 49; GRASSO, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., *sub art.* 240, 629.

(242) TURONE, *op. cit.*, 479 nt. 18.

(243) *Contra* GIALANELLA, *I patrimoni di mafia. La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli, 1998, 38.

(244) BORRELLI, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina* diretta da LATTANZI e LUPO, IX, cit., *sub art. 416-bis*, 212; Ass. Santa Maria Capua Vetere 9 dicembre 2004, in *Giur. merito*, 2005, 2211.

(245) Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, in *Cass. pen.*, 2004, 1187,

(246) LEINERI, *Associazioni di tipo mafioso anche straniere*, in *Enc. giur.*, Aggiornamento, 2010, 8.

pubblica amministrazione con l'art. 1 comma 220 lett. a l. 27 dicembre 2006, n. 296. Questa estensione preoccupa in termini di politica criminale perché si tratta di reati, come il peculato mediante profitto dell'errore altrui o l'utilizzazione d'invenzioni o scoperte conosciute per ragione di ufficio, che non sono connessi al crimine organizzato, come invece può essere la corruzione, né si tratta di reati il cui disvalore sia tale da meritare una simile forma di confisca allargata; la presunzione di illecita accumulazione, che la Corte costituzionale (247) ha ritenuto ragionevole in seguito ad una condanna per reati connessi al crimine organizzato, non trova alcun fondamento in tale settore.

Dalla lettura dell'art. 12-*sexies* emerge come la sua applicazione richieda la verifica di taluni presupposti: la titolarità o la disponibilità dei beni; la sproporzione tra il loro valore e il reddito o l'attività economica; la mancata giustificazione della loro origine; la condanna per determinati delitti.

Partendo da quest'ultimo elemento si può osservare che, in mancanza di una struttura bifasica del processo penale che distingua la fase dell'accertamento della responsabilità da quella della determinazione della pena e delle misure di sicurezza, la pronuncia di un ordine di confisca *ex art. 12-*sexies** potrà ritardare la condanna per il reato. È stata mossa anche una questione di legittimità costituzionale al riguardo (248) e la dottrina, inoltre, evidenzia che il giudizio ordinario, per le sue caratteristiche di oralità, concentrazione e pubblicità, ben poco si presta alle complesse verifiche di carattere documentale richieste per l'applicazione delle misure patrimoniali (249). In risposta a tali problematiche nella prassi si tende a rinviare in sede di esecuzione l'applicazione della confisca obbligatoria *ex art. 12-*sexies** (art. 676 c.p.p.) (250); questa soluzione suscita qualche perplessità perché i poteri del giudice dell'esecuzione sono residuali e contro le decisioni del giudice dell'esecuzione non è possibile l'appello, ma solo il ricorso per cassazione (251). Particolari problemi poi si pongono in relazione alla possibilità per l'imputato di fornire la

giustificazione del suo stato patrimoniale nell'ipotesi di patteggiamento o di giudizio abbreviato davanti al giudice delle indagini preliminari (252). Come esaminato *supra*, § 4, la Corte europea dei diritti dell'uomo nella sentenza « Paraponiaris c. Grecia » ha sancito l'illegittimità, ai sensi dell'art. 6 CEDU, delle confische inflitte in fasi processuali che non consentano un adeguato esercizio del diritto di difesa (253). Per risolvere tali problemi sarebbe auspicabile la previsione di un procedimento penale accessorio a un processo penale principale, soluzione già riscontrata in alcuni ordinamenti stranieri (come quello inglese e nordamericano) (254) che consentirebbe, tra l'altro, il rispetto del principio *nemo tenetur se detegere*, evitando inaccettabili interferenze del procedimento patrimoniale sul processo penale.

La confisca in esame si estende anche ai beni di cui il reo disponga per interposta persona, e cioè di cui abbia la disponibilità sostanziale, anche se non ne risulti formalmente titolare (255), tentando di impedire le facili elusioni della misura in esame, che potrebbero derivare da intestazioni fittizie dei beni a terzi o dalla creazione di società di comodo (256). Nel dibattito in dottrina non è chiaro se il concetto di disponibilità sia assunto, per ragioni di indole probatoria, quale surrogato della proprietà (la *presume*) o se la confisca si possa applicare anche a beni di proprietà di terzi, senza intestazioni fittizie o reali, ma di cui l'indiziato abbia la disponibilità. Nonostante la giurisprudenza sembri accogliere spesso tale orientamento (257), già in relazione alla confisca *ex art. 240 c.p.* la dottrina ha precisato correttamente, invece, che se è necessario eludere le intestazioni fittizie, accertando l'effettivo proprietario e non il mero titolare formale del bene,

patrimoniali. Teoria e prassi applicativa (Atti del Convegno nazionale, Bari, 14-16 febbraio 1997), Bari, 1998, 62-63.

(252) Così BONA GALVAGNO, *Principio di legalità, principio di non colpevolezza e nuove disposizioni dettate con la recente "legislazione antimafia"*, in *Riv. poliz.*, 1995, 119.

(253) C. eur. dir. uomo, sez. I, 25 settembre 2008, Paraponiaris c. Grecia, cit.

(254) Cfr. MAUGERI, *op. cit.*, 340.

(255) Cfr. Cass. 30 gennaio 1991, Longo, in *Giust. pen.*, 1991, 494.

(256) Cfr. MONTELEONE, *Effetti ultra partes delle misure patrimoniali antimafia. Profili di diritto processuale civile e fallimentare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 579-580; PALLADINO, *Brevi osservazioni sul delitto di possesso ingiustificato di valori*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1993, 349 ss.

(257) Cass. 13 gennaio 2011, n. 5361; Cass. 9 gennaio 2007, n. 5233, P. e altro, in *Guida al diritto*, 2007, fasc. 12, 88; Cass. 17 marzo 2000, Cannella, in *Mass. CED*, n. 215834; cfr. CONTRAFATTO, *L'oggetto della confisca di prevenzione e lo standard della prova*, in BALSAMO, CONTRAFATTO e NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, 96.

(247) C. cost., ordinanza, 29 gennaio 1996, n. 18, Basco, in *Cass. pen.*, 1996, 1385.

(248) Cfr. Trib. Santa Maria Capua Vetere, ordinanza, 2 maggio 2012, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penale-contemporaneo.it, 2 maggio 2012.

(249) Cfr. CELENTANO, *Verso una giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione?*, in *Rivista penale dell'economia*, 1992, 519.

(250) Cfr. Cass. 18 settembre 1997, Cavallari ed altri, in *Cass. pen.*, 1998, 3247.

(251) AYMONE, *Relazione*, in *Le misure di prevenzione*

non è sufficiente la « mera disponibilità » del bene da parte dell'autore del reato a consentire l'applicazione della confisca, che finirebbe così per colpire i terzi proprietari (258) in violazione del principio della responsabilità penale personale *ex art.* 27 cost. La disponibilità, insomma, rappresenta per ragioni di indole probatoria un surrogato del diritto di proprietà, nel senso che il potere di fatto sul bene da parte del prevenuto rappresenta un elemento dal quale desumere la fittizietà dell'instestazione del bene, o la sussistenza di un mandato senza rappresentanza, o di un negozio fiduciario, che costituirebbero il reale oggetto dell'accertamento del giudice (259). Tale interpretazione sembra maggiormente rispettosa dell'esigenza di garantire la tutela dei terzi e della loro buona fede in conformità alle indicazioni della Corte costituzionale (260) e dei documenti sovranazionali in materia, da ultimo la direttiva n. 2014/42/UE, cit. (art. 6 comma 2), tanto più che « la "disponibilità" si accontenta del regime dell'indizio là dove la "proprietà" pretende un'indagine maggiormente rigorosa » (261).

Ai fini dell'applicazione dell'art. 12-*sexies* è necessario inoltre accertare la sproporzione tra il valore del patrimonio dell'imputato e il suo reddito o la sua attività economica.

Il riferimento normativo oltre che « al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito », alla propria attività economica potrebbe indicare che il legislatore vuole prendere in considerazione il reddito effettivamente prodotto, a prescindere dunque che sia stato anche dichiarato (262), ma in base alla giurisprudenza pressoché uniforme, in relazione alla confisca misura di prevenzione, e prevalente, in relazione alla confisca *ex art.* 12-*sexies*, è sufficiente la dimostrazione dell'illecita provenienza dei beni confiscati, qualunque essa sia, anche se si tratti dell'evasione fiscale (263); i parametri legislativi sono alternativi e non concorrenti e il riferimento ad attività eco-

nomiche riguarda redditi che consentono una dichiarazione a fini fiscali "forfettaria" o, comunque, non dichiarabili interamente o parzialmente (264). Una simile posizione accentua il carattere repressivo di tale forma di confisca in adesione alla posizione delle sezioni unite nella sentenza « Derouach », che la qualificano come « misura di sicurezza atipica con funzione anche dissuasiva, parallela all'affine misura di prevenzione antimafia introdotta dalla l. 31 maggio 1965 n. 575 » (265). Solo un recente orientamento emerso in relazione alla confisca *ex art.* 12-*sexies* esclude tale possibilità (266) in base alla considerazione che se il presupposto di operatività dell'istituto è la presunzione di illiceità della provenienza delle risorse patrimoniali, ove le fonti di produzione del patrimonio siano lecite, e ne giustificano la titolarità in termini non sproporzionati ad esse, è irrilevante la mancanza o l'incompletezza di una dichiarazione dei redditi; altrimenti si verrebbe a colpire il soggetto, espropriandone il patrimonio, per il solo fatto dell'evasione fiscale, condotta non riconducibile « alla ratio dell'istituto in questione, che mira a colpire i proventi di attività criminose e non a sanzionare la infedele dichiarazione dei redditi, che si colloca in un momento successivo rispetto a quello della produzione del reddito, e per la quale soccorrono specifiche norme in materia tributaria, non necessariamente implicanti responsabilità penali. Una simile interpretazione è del resto confortata dal tenore letterale della disposizione, che impedisce l'ablazione del patrimonio quando, indifferentemente, esso sia giustificato dal valore dei redditi formalmente dichiarati ovvero dall'attività economica svolta, quest'ultima normalmente produttiva di reddito imponibile » (267). L'applicazione della confisca in esame ai proventi dell'evasione fiscale comporterebbe un'applicazione analogica *in malam partem* (268). Da ultimo le sezioni

(258) GRASSO, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 240, 620.

(259) MAISANO, *Profili commercialistici della nuova legge antimafia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 419; AIELLO, *La tutela civilistica dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale antimafia*, Milano, 2005, 128 ss.

(260) C. cost. 19 maggio 1994, n. 190, in *Fallimento*, 1994, 804.

(261) MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, 235-263.

(262) COSÌ NANULA, *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Il Fisco*, 1993, 10115; PALLADINO, *op. cit.*, 358.

(263) Cass. 10 giugno 1994 n. 2860, Moriggi, in *Mass. CED*, n. 198941; Cass., sez. II, 28 settembre 2011, n. 36913, Lopalco, in *DeJure*, www.dejure.giuffre.it; Cass., sez. II, 14 giugno 2011, n. 32563, De Castro, *ivi*.

(264) MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12-*sexies* l. n. 356/92*, Milano, 2012, 334.

(265) Cass., sez. un., 30 maggio 2001, Derouach, in *Foro it.*, 2001, II, 502.

(266) Cass., sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29926, Tarabugi e altri, in *Mass. CED*, n. 250505. Conf. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., 326; LOCATELLI, *La confisca del patrimonio di valore sproporzionato. Note all'art. 12-*sexies* della l. 7.8.1992 nr. 356*, in *Il Fisco*, 1996, 8304.

(267) Cass., sez. VI, 31 maggio 2011, n. 29926, Tarabugi e altri, cit. Nella medesima direzione Cass., sez. VI, 15 dicembre 2011, n. 21265, Bianco, in *Mass. CED*, n. 252855; Cass., sez. VI, 28 novembre 2012, n. 49876, Scognamiglio, *ivi*, n. 253956; Cass., sez. I, 28 maggio 2013, n. 27189, Guarnieri Amelia, *ivi*, n. 255633.

(268) ACQUAROLI, *Confisca e tassazione*, cit., 93; Ci-

unite hanno risolto la questione accogliendo questo secondo orientamento solo per la confisca *ex art. 12-sexies*, confermando il più risalente orientamento per la confisca misura di prevenzione; la Corte non ritiene equiparabili le due forme di confisca che presentano « *ratio legis* e presupposti » diversi (269).

In ogni caso la confisca dovrebbe sottrarre solo l'« entità di reddito di illecita provenienza » che risulta dalla verifica della sproporzione; dovrebbe colpire il reo solo nei limiti dello “scompenso” fra la consistenza del patrimonio nell'attuale disponibilità del soggetto e la sua attività economica (270). Dalla prassi giurisprudenziale emerge, invece, che talora non si tenta di delimitare l'oggetto della confisca solo nei limiti di tale “scompenso”, ma si utilizzi la sproporzione come mero elemento indiziario dell'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”.

In dottrina, del resto, sono stati avanzati dei dubbi circa l'adeguatezza di questo parametro a provare la provenienza illecita dei beni (271), a costituire un “sufficiente indizio” — un'attendibile prova indiretta — di tale provenienza. Si tratta di un indizio in sé insufficiente che acquista valenza probatoria in virtù dello *status* di “condannato” del soggetto al quale si riferisce; si rischia così di fondare sulla qualifica di condannato e su tale indizio insufficiente (la sproporzione) la presunzione che il soggetto abbia commesso ulteriori delitti (o, comunque, sia in essi coinvolto), anche se non sono stati oggetto di un accertamento processuale, e che il suo patrimonio provenga da tali delitti. Il tutto in evidente contrasto con la presunzione di non colpevolezza sancita dall'art. 27 comma 2 cost.

La Suprema Corte ha ripetutamente ribadito

STERNA, *La natura promiscua della confisca tra misura di sicurezza e sanzione punitiva in rapporto alle nuove tecniche sanzionatorie della criminalità del profitto*, in *La giustizia patrimoniale penale* a cura di BARGI e CISTERNA, I, Torino, 2011, 93; FURCINITI e FRUSTAGLI, *Le indagini economico patrimoniali nel contrasto alla criminalità organizzata*, Milano, 2013, 330.

(269) Cass., sez. un., 29 maggio 2014, n. 33451, Repaci, in *Diritto penale contemporaneo*, www.penalecontemporaneo.it, 30 maggio 2014. Cfr. MAUGERI, *La confisca allargata: dalla lotta alla mafia alla lotta all'evasione fiscale?*, ivi, 9 marzo 2014; MENDITTO, *La rilevanza dei redditi da evasione fiscale nella confisca di prevenzione e nella confisca “allargata”*, ivi.

(270) Cfr. NANULA, *op. cit.*, 10117.

(271) NANULA, *La lotta alla mafia*, Milano, 2009, 42 ss.

che l'accertata responsabilità per taluno dei reati presupposti costituisce elemento di per sé rivelatore di “dedizione all'illecito”, con la conseguenza che il patrimonio in possesso del *reus* sarà ritenuto frutto di pregresse attività illecite dello stesso tipo, in forza di una presunzione *iuris tantum*, ancorata al criterio della sproporzione tra redditi leciti e patrimonio effettivamente — ed ingiustificatamente — detenuto (272). Anche la Corte costituzionale ha affermato che la confisca *ex art. 12-sexies* ha struttura e presupposti diversi dall'istituto generale previsto dall'art. 240 c.p., avendo il legislatore non irragionevolmente ritenuto di presumere l'esistenza di un nesso pertinenziale tra alcune categorie di reati e i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza (273). Si tratta, però, di mere presunzioni, non richiedendo la norma né la prova dello svolgimento di un'attività criminale di carattere continuativo — che al limite potrebbe essere implicita solo in una condanna per associazione mafiosa e solo per il periodo di accertata partecipazione all'associazione — né la prova di una correlazione tra l'acquisto del patrimonio ingiustificato e un'attendibile continuità nel reato, in quanto la confisca di tutto il patrimonio ingiustificato consegue automaticamente alla condanna per un singolo delitto (274).

L'applicazione della norma presuppone, inoltre, la mancata giustificazione dell'origine dei beni da parte dell'imputato: la norma prevede, infatti, che sono sottoposti a confisca « i beni, di cui il condannato non riesca a giustificare la provenienza ». In base all'opinione uniforme della giurisprudenza e prevalente in dottrina, l'art. 12-sexies non introdurrebbe un'inversione dell'onere della prova, ma si limiterebbe a porre a carico del condannato un onere di allegazione circa l'origine dei suoi beni, « da valutarli in concreto nelle singole fattispecie, secondo i principi della libertà delle prove e del libero convincimento » (275).

In tale direzione, riprendendo la giurisprudenza relativa alla confisca *ex art. 2-ter l. n. 575 del*

(272) Cass. 15 aprile 1996, Berti, in *Cass. pen.*, 1996, 3649; Cass., sez. II, 11 aprile 2014, n. 17794; Cass., sez. II, 4 ottobre 2013, n. 43776, cit.; Cass., sez. I, 5 giugno 2008, n. 25728, in *Mass. CED*, n. 240471; Cass., sez. VI, 20 novembre 2012, *ivi*, n. 253816.

(273) C. cost., ordinanza, 29 gennaio 1996, n. 18, Basco, in *Cass. pen.*, 1996, 1385.

(274) Cfr. NANULA, *op. ult. cit.*, 116; ABBAGNANO e TRIONE, *L'art. 12 sexies della legge n. 356/1992: ancora una “frode delle etichette”?*, in *Riv. pen. econ.*, 1995, 437.

(275) Così C. cost. 17 febbraio 1994, n. 48, in *Rivista penale dell'economia*, 1994, 46; cfr. Cass. 31 agosto 1994, Cardillo, in *Riv. pen.*, 1995, 841; C. cost. 19 novembre 1992, n. 464, in *Cass. pen.*, 1993, 2215.

1965 (276), le sezioni unite nella sentenza « Montella » (277) hanno valorizzato l'elemento della sproporzione quale parametro di misura dell'ambito di applicazione della confisca: « i termini di raffronto dello squilibrio, oggetto di rigoroso accertamento nella stima dei valori economici in gioco, 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 nei momenti dei singoli acquisti, rispetto al valore dei beni volta a volta acquisiti ». Le sezioni unite hanno previsto la necessità di una « ricostruzione storica della situazione dei redditi e delle attività economiche del condannato al momento dei singoli acquisti » (278); solo se si pretende una simile prova della sproporzione « non può parlarsi di una violazione del diritto di difesa », in quanto « si tratta di una presunzione *iuris tantum* ed è applicabile quando sia dimostrata la sproporzione tra il valore dei beni da un lato e i redditi e le attività economiche dall'altro, al momento di ogni acquisto dei beni stessi. Solo dopo una tale dimostrazione il soggetto inciso dovrà, con riferimento temporale precisamente determinato, indicare le proprie giustificazioni, le quali dunque potranno anche loro essere specifiche e puntuali. Tale indicazione non va confusa con un'imposizione di onere della prova, ma si risolve nell'esposizione di fatti e circostanze di cui il giudice valuterà la specificità e la rilevanza e verificherà in definitiva la sussistenza. L'onere imposto non trasmoda perciò in una richiesta di prova diabolica, ma è al contrario di agevole assolvimento » (279). La Suprema Corte, insomma, non solo nega che si configuri un'inversione dell'onere della prova e continua a parlare di onere di allegazione, ma con l'inciso « con riferimento temporale precisamente determinato » sottolinea l'impegno dell'accusa di provare la sproporzione in relazione alla situazione economica e patrimoniale al momento dell'acquisto del bene, con relativa delimitazione « temporale » anche per l'onere di allegazione della difesa che, come recentemente ribadito dalla Cassazione,

potrà limitare « le sue allegazioni al periodo preso in considerazione dal pubblico ministero » senza dover assolvere alla *probatio diabolica* di dimostrare la legittimità dell'intero suo patrimonio (280) e, allora, « attraverso una corretta distribuzione dell'onere probatorio è possibile, indirettamente, ristabilire quel minimo di legame tra il reato ed il bene, cui si riferisce anche la giurisprudenza costituzionale » (281). Anche se le sezioni unite, quindi, non richiedono la correlazione temporale tra l'attività criminosa oggetto della condanna e l'acquisto dei beni da confiscare di valore sproporzionato, impongono, comunque, la prova della sproporzione « temporalmente delimitata » con conseguente « delimitazione temporale » della controprova del condannato. La Suprema Corte cerca così di superare le obiezioni di chi osserva che l'incremento dell'onere probatorio gravante sul pubblico ministero determinato dalla sentenza « Montella » « non varrà a riequilibrare le difficoltà di un onere di allegazione dell'imputato riferito a fatti retrodatabili senza limiti di ragionevolezza » (282).

In tale direzione si può ricordare che recentemente anche in relazione alla confisca misura di prevenzione la Suprema Corte, pur non richiedendo la correlazione temporale per confiscare i beni di valore sproporzionato, ha precisato che non si considera « il dato temporale del tutto neutro agli effetti dello scrutinio che il giudice della prevenzione deve condurre », ma lo si considera rilevante sotto il profilo probatorio, richiedendo perlomeno la mancanza di un eccessivo « iato temporale » tale da « scardinare la presunzione di illecita accumulazione patrimoniale » fondata sui due elementi della pericolosità sociale, anche se risalente, e della sproporzione; le sezioni unite, da ultimo, hanno imposto l'accertamento della correlazione temporale al fine di preservare la natura preventiva della confisca in questione (283).

L'importanza dell'elemento della sproporzione è stata evidenziata anche dalla decisione quadro n.

(276) Cass. 28 marzo 2002, Ferrara e altri, in *Cass. pen.*, 2003, 605.

(277) Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, cit.

(278) Cass. 13 maggio 2008, n. 213572, in *Mass. CED*, n. 240091; conf. Cass., sez. VI, 20 novembre 2013, n. 47567, in *Riv. pen.*, 2014, 204; Cass., sez. II, 4 ottobre 2013, n. 43776, cit.; Cass., sez. V, 26 maggio 2011, n. 26041.

(279) Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, cit., 1188. Cfr. Cass. 30 ottobre 2008, n. 44940; Cass., sez. I, 5 giugno 2008, in *Mass. CED*, n. 240471; Cass. 13 maggio 2008, n. 21357, E.; Cass., sez. II, 26 febbraio 2009, n. 10549; Cass., sez. I, 28 maggio 2013, n. 21789, Guarnieri Amelia, cit.

(280) FIDELBO, *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, 1189.

(281) Cass., sez. VI, 12 gennaio 2010, n. 5452, Mancin, in *Cass. pen.*, 2011, 610, con nota di VERGINE, *La componente temporale della sproporzione quale fattore riequilibratore del sequestro finalizzato alla confisca ex art. 12-sexies d.l. n. 306 del 1992*.

(282) Così Izzo, *Confisca della ricchezza sproporzionata al reddito dichiarato*, in *Il Fisco*, 2004, 1845.

(283) Cass., sez. II, 15 gennaio 2013, n. 3809, Castello e altri; Cass., sez. un., 26 giugno 2014, n. 4880.

2005/212/GAI, cit., sui poteri allargati di confisca, che richiede la prova dell'origine illecita (il giudice deve essere pienamente convinto) e il valore sproporzionato del "bene" e non del patrimonio, imponendo, quindi, l'accertamento dell'origine illecita e della sproporzione in relazione ad ogni singolo bene (284). Anche nella direttiva n. 2014/42/UE, cit., si richiede per applicare la confisca allargata (in seguito a condanna) l'accertamento del carattere sproporzionato del valore di un bene « rispetto al reddito legittimo della persona condannata » come esempio di "fatto specifico" (art. 5), su cui fondare la convinzione del giudice dell'origine criminale dei beni da confiscare; tale requisito è stato inserito nella direttiva in accoglimento di un emendamento presentato dalla Commissione Libertà civili, giustizia e affari interni (LIBE) del Parlamento europeo (285), per rendere la disciplina in questione più compatibile con la garanzia del diritto di proprietà prevista dall'art. 17 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza, 2000; Strasburgo, 2007) ed era stato suggerito al medesimo fine nella *Opinion of the European Union Agency for Fundamental Rights on the Confiscation of proceeds of crime* (286). In realtà, però, la direttiva si accontenta di un discutibile onere della prova civilistico (287), anche se rinforzato ("molto più probabile"), ritenendo sufficiente, come specificato nel « considerando » n. 21, che « l'autorità giudiziaria ritenga, in base ad una ponderazione delle probabilità, o possa ragionevolmente presumere, che sia molto più probabile che i beni in questione siano il frutto di condotte criminose piuttosto che di altre attività »; si auspica la delimitazione temporale della presunzione (« considerando » n. 21). Fondamentalmente la confisca ex art. 12-*sexies* è conforme alla direttiva, fermo restando che quest'ultima pretende dal giudice la convinzione, anche se in base allo *standard* civilistico, dell'origine illecita dei

beni da confiscare e non della sola sproporzione, che rappresenta unicamente un elemento indiziario, un "fatto specifico".

La direttiva n. 2014/42/UE, cit., nel definire il concetto di profitto del reato nel « considerando » n. 11, precisa, però, che, nel caso di commistione dei proventi del reato con beni di origine lecita, sarà possibile confiscare nel rispetto del limite del valore dei proventi illeciti. Questa precisazione è molto importante contro le tentazioni della giurisprudenza italiana di applicare la confisca ex art. 12-*sexies* d.l. n. 306 del 1992 o ex art. 2-*ter* l. n. 575 del 1965 (art. 24 d. lg. n. 159 del 2011), nonché quella ex art. 416-*bis* comma 7 nei confronti di interi compendi aziendali, laddove i proventi illeciti siano stati investiti in un'impresa, perché non sarebbe più possibile distinguere il lecito dall'illecito, trasformando la confisca allargata in una forma di confisca generale dei beni, una sorta di pena patrimoniale sproporzionata in palese violazione del principio di legalità e della tutela costituzionale della proprietà privata (art. 42 cost.), nonché dello stesso principio di proporzione, come sancito dalla Suprema Corte (288).

La Cassazione, in conclusione, fornisce della confisca in esame un'interpretazione maggiormente conforme al principio di proporzione, laddove valorizza il requisito della sproporzione, ma per il resto continua a ritenere conforme al diritto di proprietà una misura fondata su una presunzione — in base alla quale i beni la cui legittima provenienza il soggetto non sia in grado di giustificare « devono per questo solo motivo considerarsi illegittimamente acquisiti » (289) —, che non dovrebbe legittimare in uno Stato di diritto la perdita di un diritto costituzionale come la proprietà, che, come affermato dalla Suprema Corte statunitense nel caso « United States v. James Daniel Good Real Property », è legato da un nesso inscindibile al diritto personale della libertà, al punto che l'uno non avrebbe senso senza l'altro (290); quando un governo possiede un potere incontrollabile sui diritti di proprietà di un cittadino, tutti gli altri diritti diventano privi di valore (291).

(284) Cfr. MAUGERI, *La conformità dell'actio in rem con il principio del mutuo riconoscimento*, in *Le misure patrimoniali antimafia* a cura di MAZZARESE e AIELLO, Milano, 2010, 199.

(285) Cfr. MAUGERI, *La proposta di direttiva UE in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato: prime riflessioni, in Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, www.penalecontemporaneo.it/rivista, 2012, n. 2, 180 ss.

(286) European Union Agency for Fundamental Rights, *Opinion - 03/2012, Confiscation of proceeds of crime*, Vienna, 4 dicembre 2012, in www.fra.europa.eu.

(287) Nella versione inglese proprio in considerazione dello *standard* civilistico nell'art. 5 si richiede che il giudice « is satisfied that the property in question is derived from criminal conduct » piuttosto che « is convinced », utilizzato nella decisione quadro n. 2005/212/GAI, cit.

(288) Fra le altre Cass., sez. I, 17 maggio 2012, n. 25464; Cass., sez. VI, 24 febbraio 2011, n. 25341.

(289) Cfr. DI LENE, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind. pen.*, 1999, 1226.

(290) Cfr. Corte Suprema 6 ottobre-13 dicembre 1993, United States v. James Daniel Good Real Property, 114 Supreme Court 492 (1993).

(291) Così Suprema Corte 23 marzo 1972, Lynch v. Household Finance Corp., 405 U.S. 538, 552 (1972). Anche la Convenzione europea dei diritti dell'uomo riconosce la

Nella sentenza « Montella » la Suprema Corte, inoltre, ha negato la violazione della presunzione di non colpevolezza di cui all'art. 27 cost. « in quanto nella specie non si tratta di presumere la colpevolezza di un soggetto, ma la provenienza illecita di un patrimonio »; si accoglie, insomma, quell'orientamento espresso in dottrina in base al quale la presunzione d'innocenza rappresenta una garanzia solo nei confronti della libertà personale, e non nei confronti del patrimonio (292). Orientamento già espresso dalla Suprema Corte a sezioni unite nella sentenza « Derouach » in cui si evidenzia che « il diritto al silenzio attiene al momento dell'accertamento della responsabilità penale, sicché non assume rilievo in presenza di una condanna, restando così superata la presunzione di non colpevolezza » (293).

Le sezioni unite negano, infine, la violazione del diritto alla difesa, pur pretendendo « un'esauriente spiegazione in termini economici (e non semplicemente giuridico-formali) di una derivazione del bene da attività consentite dall'ordinamento, che sarà valutata secondo il principio del libero convincimento »: occorre dimostrare sostanzialmente come è stato economicamente possibile compiere gli acquisti (294); ma, allora, rimane il dubbio che il silenzio dell'imputato possa dare dignità probatoria a degli indizi altrimenti insufficienti, finendo così per assumere una valenza *contra reum*.

Contrariamente a quanto affermato in giurisprudenza rimane, allora, il rischio che le moderne sanzioni patrimoniali, fondate sull'inversione dell'onere della prova o cosiddetti oneri di allegazione, finiscano per violare la presunzione d'innocenza come regola di giudizio e di decisione (*in dubio pro reo*), in base alla quale spetta all'accusa l'onere della prova e, comunque, i casi dubbi sono risolti a favore dell'imputato (295): nelle fattispecie in esame, invece, l'accusa deve semplicemente fornire la prova degli elementi capaci di sostenere

il sospetto circa l'origine illecita (la sproporzione), l'imputato deve pienamente provare l'origine lecita dei suoi beni, la sua innocenza. Se l'imputato non riesce a confutare quella che è una sorta di presunzione di colpevolezza (la presunzione che ha commesso ulteriori delitti, oltre quello oggetto di condanna, o ne ha beneficiato, e che, quindi, tutti i suoi beni sono di origine illecita), o, comunque, permane il dubbio, dovrà subire la sanzione patrimoniale. Le fattispecie in esame invertono la posizione di vantaggio dell'imputato rispetto alla parte pubblica, ponendo a suo carico, *ab origine*, non il diritto alla prova ma l'onere, con il relativo rischio di condanna in caso di inattività.

Il rispetto della presunzione d'innocenza, allora, dovrebbe imporre in ogni caso che non solo l'accusa debba realmente adempiere il suo onere della prova circa il carattere sproporzionato di ogni singolo bene al momento dell'acquisto, come proposto dalle sezioni unite (296), ma che si debba rispettare il principio *in dubio pro reo*, in base al quale, laddove la prova fornita dall'accusa non sia convincente (nel rispetto della presunzione d'innocenza come « regola della dignità della prova »), il giudice non potrà applicare la confisca in base ad una mera presunzione, come stabilito, ad esempio, dalla giurisprudenza del *Bundesgericht* che richiede il ragionevole convincimento dell'origine illecita (297), piuttosto che la mera verosimiglianza come prospettato in qualche sentenza (298). Altrimenti, al di là dei giochi di parole, si finirà per applicare una mera inversione dell'onere della prova.

15. (Segue): *la natura giuridica delle « ipotesi particolari di confisca »* ex art. 12-sexies. — Non è chiara la natura giuridica della sanzione ablatoria contemplata dall'art. 12-sexies.

Si potrebbe ritenere che il legislatore, nel definire tale misura « ipotesi particolari di confisca », faccia riferimento all'istituto generale della confisca previsto dal nostro ordinamento, e cioè la confisca misura di sicurezza contemplata dall'art. 240 c.p. In questa direzione si è espressa la Suprema

tutela del diritto di proprietà, art. 1 del primo Protocollo, in quanto « il diritto di proprietà costituisce una condizione per l'indipendenza personale e familiare »: v. *Recueil des travaux préparatoires, de la Convention européenne des droits de l'homme*, I, La Haye, 1975, 221.

(292) FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, cit., 222.

(293) Cass., sez. un., 30 maggio 2001, Derouach, cit.

(294) Conf. Cass. 2 giugno 1994, Malasisi, in *Cass. pen.*, 1995, 907; Cass., sez. II, 14 giugno 2011, n. 32563, De Castro, cit.; Cass., sez. VI, 12 gennaio 2010, n. 5452, Mancin, in *Mass. CED*, n. 246083; Cass., sez. I, 18 febbraio 2009, n. 10756, Pelle, *ivi*, n. 242896.

(295) Cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., 831 ss., 775 ss.

(296) Cass., sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, cit.

(297) BGH 22 novembre 1994, 4 StR 516/94 (LG Bochum), in *NSfZ*, 1995, 125 e 470, con commento di SCHMIDT, *Voraussetzungen der Anordnung des erweiterten Verfalls*, e in *Jus*, 1995, 463; BGH 10 febbraio 1998 - 4 StR 4/98 (LG Bochum), *ivi*, 1998, 362; BGH 14 gennaio 2004, 2 BvR 564/95, in *www.lexetius.com/2004_579* [2004/5/13]; cfr. BGH 7 luglio 2011, BeckRS 2011, 3 StR 144/11, in *http://dejure.org*.

(298) BGH 1° marzo 1995, 2 StR 691/94 (LG Gießen), in *NJW*, 1995, 2235. Cfr. ESER, in SCHÖNKE e SCHRÖDER, *Strafgesetzbuch Kommentar*, cit., sub § 73d, 1134, p. 15.

Corte (299). Come esaminato precedentemente (v. *supra*, § 5), però, la dottrina ha messo in dubbio, già in relazione alla fattispecie contemplata dall'art. 240 c.p., la natura di misura di sicurezza.

In realtà dall'esame delle nuove sanzioni patrimoniali, introdotte anche in altri Paesi, emerge la tendenza del legislatore moderno di collegare alla qualifica di condannato per determinati reati la presunzione dell'origine illecita dei beni posseduti. Si tratta di una sorta di presunzione *iuris et de iure* non rivolta questa volta, come in relazione alle tradizionali misure di sicurezza, verso il futuro, ma verso il passato: il condannato per taluni delitti viene "presunto" autore di altri o, comunque, in essi coinvolto, al punto da trarne vantaggi patrimoniali. La qualifica diventa indice probatorio della commissione di precedenti delitti, di un'ulteriore ed indeterminata attività criminosa. Il legislatore, allora, non persegue esclusivamente una finalità preventiva, ma vuole punire dei reati, che non riesce a provare, o, comunque, vuole impedire che il reo possa beneficiarne (300); si finisce per ammettere, insomma, che tale sanzione non è fondata su una mera prognosi di pericolosità, ma svolge una funzione preventiva come qualunque altra pena, che rappresenta una reazione (affittiva) dell'ordinamento a una violazione, finalizzata alla prevenzione di future violazioni.

Non solo, ma come evidenziato in relazione alla confisca di prevenzione, se si volessero perseguire delle mere finalità preventive, il requisito dell'origine illecita del patrimonio non sarebbe necessario, in quanto il patrimonio, comunque, non è un bene in sé pericoloso ma lo diventa in relazione ad un soggetto pericoloso, il quale potrebbe in futuro utilizzarlo per commettere dei delitti (301). Il carattere obbligatorio della confisca in esame esclude, però, la possibilità di subordinare l'applicazione della misura ad un accertamento della pericolosità sociale del reo. A meno che si ritenga che il legislatore presuma che un soggetto, già condannato per determinati delitti,

sia un soggetto "pericoloso", un autore potenziale di futuri delitti (302). E in tale direzione si pronuncia la giurisprudenza di merito e la Suprema Corte laddove afferma che la misura di cui all'art. 12-*sexies* costituisce «una forma di confisca avente natura spiccatamente preventiva più che penalistica», che presenta il vantaggio rispetto al vigente sistema di misure di prevenzione di svincolare «il giudice della necessità dell'accertamento di una pluralità di elementi indici della dedizione in via continuativa ed abituale alla commissione di illeciti, stabilendo — in forza di una presunzione lecita perché rispondente a norme di comune esperienza — che l'accertata responsabilità per taluno dei reati presupposti costituisca elemento di per sé rivelatore di quella "dedizione all'illecito" che altrimenti andrebbe concretamente dimostrata»: accertata la responsabilità per un reato significativo di una tipizzata "professionalità", anche il patrimonio in possesso del reus sarà ritenuto frutto di pregresse attività illecite dello stesso tipo, in forza di una "presunzione" *iuris tantum*, ancorata al criterio della sproporzione tra redditi leciti e patrimonio effettivamente — ed ingiustificatamente — detenuto (303). Anche la Relazione alla l. n. 501 del 1994 sembra aver sottinteso una sorta di presunzione di "continuità criminale", proiettabile nel futuro, in capo a colui che, condannato per un reato di "criminalità organizzata", non sia in grado di giustificare l'origine del suo patrimonio (304).

Si tratterebbe, però, di una presunzione *iuris et de iure*, non diversa, anzi più grave perché più generica, dalle presunzioni di pericolosità precedentemente previste nel nostro ordinamento in relazione alle misure di sicurezza, e dichiarate costituzionalmente illegittime dalla Corte costituzionale; una presunzione in qualche misura simile a quella prevista dall'art. 708 c.p., dichiarato costituzionalmente illegittimo da una sentenza del 1996 (305). Ma, soprattutto, si tratta di una presunzione irrazionale e non fondata su una regola di esperienza laddove si considera che tale forma di confisca può essere applicata in seguito alla consumazione di un singolo reato e anche reati che non denotano alcuna professionalità o dedizione

(299) Cass. 19 marzo 1995, Gianquitto e altri, in *Giust. pen.*, 1996, 177; Cass. 2 giugno 1995, Nevi, in *Riv. pen.*, 1996, 395; C. cost., ordinanza, 29 gennaio 1996, n. 18, Basco, cit., e Cass. 15 aprile 1996, Berti, cit.; LOCATELLI, *La confisca del patrimonio di valore sproporzionato*, cit., 8306.

(300) FORNASARI, *Strategie sanzionatorie e lotta alla criminalità organizzata in Germania e in Italia*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 1994, 768; ABBAGNANO TRIONE, *op. cit.*, 434.

(301) Cfr. COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge "antimafia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 101 ss.; ILLUMINATI, *La presunzione d'innocenza*, Bologna, 1979, 202; BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delictum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione. Atti del Convegno*, Milano, 1973, 59 ss.

(302) AYMONE, Relazione, cit., 61.

(303) Cass. 15 aprile 1996, in *Cass. pen.*, 1996, 2024.

(304) Cfr. FORNARI, *op. ult. cit.*, 229.

(305) C. cost. 2 novembre 1996, n. 370, in *Riv. trim. dir. proc. pen.*, 1999, I, 434 ss., con nota di MAUGERI, *I reati di sospetto dopo la pronuncia della Corte costituzionale n. 370 del 1996: alcuni spunti di riflessione sul principio di ragionevolezza, di proporzione e di tassatività*, ivi, II, 944 ss.

all'illecito, ad esempio peculato mediante profitto dell'errore altrui.

Né si può parlare di mera funzione compensativa — di riequilibrio economico — dell'istituto in esame, nel senso che sarebbe destinato ad eliminare una situazione di ingiustizia, riportando lo stato patrimoniale del reo nelle medesime condizioni nelle quali si trovava prima della realizzazione del delitto, perché tale funzione è perseguita solo dalla confisca del profitto del quale si riesce ad accertare il nesso causale con il reato e, quindi, il carattere illecito (con la conseguenza che l'autore dell'illecito non ha alcun diritto a detenere tale vantaggio patrimoniale). La confisca *ex art. 12-sexies* colpisce, però, come già sottolineato *supra*, § 14, tutto il patrimonio del reo del quale non si riesca a dimostrare la legittima provenienza, e, quindi, anche dei beni rispetto ai quali non è stato accertato il nesso causale con uno specifico reato. Chiaramente tanto più cogente sarà la verifica da parte dell'accusa dell'origine illecita dei beni da confiscare, perlomeno attraverso la prova del carattere sproporzionato del singolo bene al momento dell'acquisto, tanto più la confisca in esame assumerà natura compensativa e non punitiva.

Nella confisca *ex art. 12-sexies* prevale, in conclusione, un'indubbia natura punitiva, sia per la sua afflittività (potendo comportare la sottrazione dell'intero patrimonio) sia per lo scopo perseguito, che è innanzitutto di prevenzione generale (e non solo speciale) (306), in particolare di prevenzione dell'uso illecito della ricchezza (o di "incapacitazione economica"). La Suprema Corte, del resto, ha ammesso espressamente che la confisca in esame persegue, accanto alla prevenzione speciale, anche la funzione generalpreventiva-dissuasiva in relazione a fenomeni criminosi particolarmente allarmanti, in cui l'aggressione ai beni illecitamente accumulati si dimostra più efficace della stessa sanzione penale (307). Questa "ipotesi particolare di confisca" potrebbe, infatti, svolgere un'efficace funzione deterrente dalla commissione di determinati delitti, minacciando non solo la perdita del profitto conseguito, ma di qualunque bene di cui non si riesca a dimostrare la legittima provenienza.

16. Il riconoscimento del principio di irretroattività. — In relazione alle misure di sicurezza la Corte costituzionale ha reputato non in contrasto

(306) In tale direzione v. FORNASARI, *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12-sexies della legge n. 356 del 1992*, in *Crit. dir.*, 1994, 16; FORNARI, *op. ult. cit.*, 68.

(307) Cass. 15 aprile 1996, Berti, cit.

con il principio di irretroattività sancito dall'art. 25 la diversa regola dettata dall'art. 200 c.p., facendo essenzialmente leva sul necessario collegamento che deve sussistere tra la misura di sicurezza e la condizione di pericolosità, la quale ultima si fonda su una situazione per sua natura attuale (308).

In dottrina si è tentato di restringere la portata del principio di retroattività delle misure di sicurezza alle modalità di esecuzione, in quanto proprio la *ratio* di garanzia dell'art. 25 cost. escluderebbe non solo l'applicazione di una misura di sicurezza per un fatto che al momento della commissione non costituiva reato, ma anche l'infrazione di una misura originariamente non prevista (o diversa da quella originariamente prevista) (309) e, quindi, l'art. 2 c.p. riguarderebbe anche le misure di sicurezza (310). Questo apprezzabile tentativo di ricondurre la disciplina delle misure di sicurezza al pieno rispetto del principio di legalità sembra, però, andare al di là di quanto consenta la lettera della legge. L'art. 2 c.p. non può essere applicato alle misure di sicurezza, la cui terminologia, in particolare l'uso del verbo « punire », si riferisce chiaramente solo alle pene; e del resto l'art. 55 disp. coord. c.p. ha disposto espressamente l'applicazione delle misure di sicurezza previste dal codice ai soggetti condannati dopo la sua entrata in vigore per "fatti anteriormente commessi". Il principio di legalità, previsto dall'art. 25 comma 3 cost., si limita, infatti, a richiedere che si applichino le misure di sicurezza solo « nei casi » previsti dalla legge, e cioè, ai sensi dell'art. 202 c.p., a « fatt[i] prevedut[i] dalla legge come reato » in conformità all'art. 25 comma 2 cost. Ne consegue che il principio di legalità impedisce esclusivamente l'applicazione delle misure di sicurezza a fatti che, nel momento della loro realizzazione, non costituivano reato, ma non impedisce l'applicazione di una misura di sicurezza non prevista al momento della commissione del fatto, o diversa da quella originariamente prevista, o disciplinata in modo diverso (311).

(308) C. cost. 29 maggio 1968, n. 53, in *Giur. cost.*, 1968, 802; C. cost., ordinanza, 10 maggio 1979, n. 19, in *Foro it.*, 1974, I, 603; C. cost., ordinanza, 12 novembre 1987, n. 392, in *Giur. cost.*, 1987, I, 2792.

(309) Così PAGLIARO, *Principi di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2003, 120 ss.; FIANDACA e MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2010, 822; MARINUCCI e DOLCINI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, Milano, 2012, 73 ss.; PALAZZO, *Corso di diritto penale. Parte generale*², Torino, 2011, 580.

(310) ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, cit., 44.

(311) GRASSO, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, cit., sub art. 200, 455 ss.; cfr. CACCAMO, in *Codice penale a cura di PADOVANI*, I, 5^a ed., Milano, 2011, sub art. 200 ss., 1484 ss.; MONTEVERDE e

Questo risultato può essere, però, conseguito attraverso l'applicazione dell'art. 7 CEDU, che impone il principio di irretroattività della legge penale, sia nel senso di impedire la punibilità di fatti, che nel momento della loro realizzazione non erano preveduti come reato, sia nel senso di impedire l'applicazione di sanzioni penali più gravi di quelle che sarebbero state applicate al tempo in cui il reato era stato commesso. Tale garanzia si estende, come esaminato *supra*, § 4, non solo nei confronti delle sanzioni qualificate come "pene" dalla legge interna, ma in relazione a qualunque sanzione che, in base ad un'interpretazione sostanzialistica della Corte europea, presenta un contenuto e delle finalità corrispondenti a quelle di una sanzione penale (rientri nel concetto di "materia penale" *ex art.* 6 CEDU) (312). Ne consegue che tale principio sarà applicabile anche alle misure di sicurezza, che, previste nell'ordinamento italiano come "forme di reazione al reato", presentano un indubbio contenuto affittivo e finiscono per assolvere finalità non solo di prevenzione speciale, ma anche di prevenzione generale. Una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 200 c.p. impone, oggi, allora una simile interpretazione, altrimenti dovrebbe essere mossa la questione di legittimità costituzionale con riferimento all'art. 7 CEDU (quale norma interposta) e all'attuale art. 117 cost. (313). La Corte costituzionale, come accennato *supra*, § 12, pur non riconoscendo il carattere punitivo delle misure di sicurezza, in un caso specifico, in base alla nozione sostanzialistica della "materia penale", ha dichiarato l'incostituzionalità della disciplina della confisca del veicolo in relazione al reato di guida in stato di ebbrezza (art. 186 comma 2 lett. c d. lg. n. 285 del 1992, codice della strada), nella parte in cui se ne consentiva l'applicazione retroattiva *ex art.* 200 c.p., per violazione del principio di irretroattività ai sensi dell'art. 7 CEDU e, quindi, dell'art. 117 cost. (314).

Assume un particolare rilievo in materia la decisione adottata dalla Corte europea nel caso « Welch c. Regno Unito », in cui la Corte ha precisato che il *confiscation* — considerato come "pena" — non viola l'art. 7 della Convenzione laddove consente la confisca di profitti derivanti da

ZAVATARELLI, in *Codice penale commentato* a cura di DOLCINI e MARINUCCI, cit., I, *sub art.* 200, 2185 ss.

(312) Cfr. GRASSO, *op. ult. cit.*, 455 ss., 458; cfr. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e potica criminale*, cit., 303 ss.

(313) Cfr. GRASSO, *op. ult. cit.*, 461; cfr. ZAINI e TIANI, in *Codice penale commentato* a cura di DOLCINI e MARINUCCI, cit., I, *sub art.* 240, 2398 s.

(314) C. cost. 4 giugno 2010, n. 196, P.T., cit.

reati commessi prima dell'entrata in vigore del *Drug Trafficking Offences Act* del 1986, purché l'ordine di confisca sia pronunciato in relazione ad un reato commesso dopo l'entrata in vigore dell'Atto; se non si vuole violare l'art. 7, che vieta di far conseguire ad un reato delle sanzioni più gravi di quelle previste al tempo della sua consumazione, il reo deve avere « gli occhi aperti in relazione alle possibili conseguenze » che possono derivarne, in questo caso la confisca anche dei profitti provenienti da precedenti reati. Il divieto dell'art. 7, precisa la Corte, « concerne solo l'applicazione retroattiva della legislazione rilevante e non viene in questione in relazione al potere di confisca conferito alle corti come arma nella battaglia contro il flagello del traffico di droga » (315).

La Suprema Corte italiana ha negato che si possa trarre dalla sentenza « Welch » un argomento per sostenere l'irretroattività della confisca estesa *ex art.* 12-*sexies* l. n. 356 del 1992, che continua ad essere applicata retroattivamente essendo considerata misura di sicurezza, evidenziando l'« assoluta incompatibilità degli istituti posti a confronto » (316). In realtà il principio di diritto espresso dalla decisione « Welch » dovrebbe valere per tutte le forme di confisca allargata dei profitti, ma la Suprema Corte ha ritenuto più funzionale alle sue esigenze di efficienza non prendere in considerazione la garanzia riconosciuta dall'art. 7 della Convenzione.

In maniera più garantistica il legislatore tedesco ha sottoposto al principio di irretroattività anche l'*Erweiterter Verfall*, destinato a colpire i profitti di origine sospetta (317), che non costituisce una *Strafe* ma una *Maßnahme* (§ 11 comma 1 n. 8, e 61) *StGB* (318).

Superando un contrario orientamento (319), la Suprema Corte ha, invece, applicato il principio di irretroattività, *ex art.* 25 comma 2 cost., alla confisca per equivalente introdotta dall'art. 1 comma

(315) C. eur. dir. uomo 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito, cit., 1 ss.

(316) Cass. 28 gennaio 2003, Scuto, in *Foro it.*, 2003, II, 514.

(317) BGH 20 settembre 1995, 3 StR 267/95 (LG Krefeld), in *NJW*, 1996, 136; BGH 19 novembre 1993, 2 StR 468/93 (LG Köln), in *NSiZ*, 1994, 123; BGH 27 aprile 2001, 3 StR 132101 (LG Itzehoe), *ivi*, 2001, 419.

(318) BVerfG 14 gennaio 2004 - 2 BvR 564/95, § 58 ss., cit. § 70-72.

(319) Già l'art. 15 l. 29 settembre 2000, n. 300 aveva espressamente previsto l'irretroattività dell'art. 322-*ter* c.p.; ma la Cassazione aveva stabilito che il divieto di applicazione retroattiva fosse valido solo per i nuovi delitti previsti dall'art. 322-*bis*: Cass. 3 giugno 2001, Curtò, in *Cass. pen.*, 2002, 581; cfr. C. cost. 25 luglio 2002, n. 394 e C. cost. 24 giugno 2004, n. 186.

143 l. n. 244 del 2007, ritenendo inapplicabile a tale fattispecie l'art. 200 c.p. in considerazione « della natura eminentemente sanzionatoria dell'eccezionale istituto qui in esame » (320). Tale orientamento è stato, poi, solennemente sancito dalla Corte costituzionale che ha rigettato la questione di legittimità costituzionale degli art. 200, 322-ter c.p. e 1 comma 143 l. n. 244, cit., per violazione dell'art. 117 cost. a causa del contrasto con l'art. 7 CEDU, in quanto ha ritenuto che in virtù della natura punitiva della confisca per equivalente il divieto di applicazione retroattiva discende dall'art. 25 comma 2 cost. e dalla giurisprudenza della Corte europea in relazione all'art. 7 (321). Nonostante la perplessità che suscita l'affermazione del carattere punitivo della confisca per equivalente, tale orientamento appare assolutamente condivisibile in termini garantistici.

La Suprema Corte, nella sentenza « Barilari », ha conseguentemente applicato questo principio anche alla confisca per equivalente della misura di prevenzione, art. 2-ter comma 10 l. n. 575 del 1965, così come novellato dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, convertito con modificazioni con l. 24 luglio 2008, n. 125 (322).

Anna Maria Maugeri

FONTI. — Art. 236, 240, art. 416-bis comma 7, 322-ter, art. 644 comma 6, 722 c.p.; art. 301 l. dog.; art. 3 l. 25 gennaio 1982, n. 17; art. 31 l. 13 settembre 1982, n. 646; art. 19 l. 28 febbraio 1985, n. 47; art. 186 comma 2 lett. c, 187 commi 1 e 8 d. lg. 30 aprile 1992, n. 285; art. 12-sexies d.l. 8 giugno 1992, n. 306, convertito con modificazioni con l. 7 agosto 1992, n. 356; art. 187, 187-sexies commi 1 e 2 t.u. fin.; art. 44 comma 2 t.u. edilizia; art. 11 l. 16 marzo 2006, n. 146; art. 1 comma 143 l. 24 dicembre 2007, n. 244; art. 3 comma 36 l. 15 luglio 2009, n. 94.

LETTERATURA. — ACQUAROLI, *Confisca e tassazione. Proposte di riforma e ipotesi di un modello integrato di disciplina della ricchezza "di origine illecita"*, in *La riforma del sistema sanzionatorio fiscale* a cura di ACQUAROLI, Macerata, 2007; ID., *L'estensione dell'art. 12 sexies l. n. 356/1992 ai reati contro la pubblica amministrazione*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, 251 ss.; AIELLO, *La tutela civilistica dei terzi nel sistema della prevenzione patrimoniale antimafia*, Milano, 2005; ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *D. disc. pen.*, III, 1989, 39 ss.; ID., *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci* a cura di DOLCINI e PALIERO, III, Milano,

(320) Cass. 8 maggio 2008, n. 21566, Pulzella, in *DeJure*, www.dejure.giuffre.it; conf. Cass. 5 giugno 2008, n. 28685, *ivi*; Cass. 24 settembre 2008, n. 39172, Canisto, *ivi*. Da ult. Cass., sez. un., 31 gennaio 2013, n. 18374, Adami e altro, cit.

(321) C. cost., ordinanza, 2 aprile 2009, n. 97, S.B., in *Giur. cost.*, 2009, 894; C. cost., ordinanza, 20 novembre 2009, n. 301.

(322) Cass., sez. I, 28 febbraio 2012, n. 11768, Barilari, in *Mass. CED*, n. 252297.

2006, 2103 ss.; AMATI, *La confisca nel sistema sanzionatorio degli abusi di mercato: aspetti problematici ed esigenze di riforma*, in *Giur. comm.*, 2013, II, 212 ss.; AMISANO TESL, *Confisca per equivalente*, in *D. disc. pen.*, Aggiornamento, IV, t. 1, 2008, 191 ss.; ARDIZZONE, *Appunti in tema di confisca*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1942, I, 246 ss.; BAIOCCHI, *La confisca: sanzione amministrativa o misura di sicurezza*, in *Arch. pen.*, 1985, 411 ss.; BALSAMO, *La speciale confisca contro la lottizzazione abusiva davanti alla Corte europea*, in *Cass. pen.*, 2008, 3504 ss.; BARGI, *Il nuovo volto della confisca nell'attuale ordinamento penale*, in *La giustizia patrimoniale penale* a cura di BARGI e CISTERNA, I, Torino, 2011, 1 ss.; BELTRANI, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina* diretta da LATTANZI e LUPO, V, Milano, 2010, sub art. 240, 1154 ss.; BENUSI, in *Codice penale commentato* a cura di DOLCINI e MARINUCCI, II, Milano, 2011, sub art. 322-ter, 3145 ss.; BONELLI, *D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di "profitto" confiscabile/sequestrabile*, in *Diritto penale contemporaneo. Rivista trimestrale*, www.penalecontemporaneo.it/rivista, 2012, n. 1, 128 ss.; BORRELLI, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina* diretta da LATTANZI e LUPO, cit., sub art. 416-bis, 140 ss.; BOTTALICO, *Confisca del profitto e responsabilità degli enti tra diritto ed economia: paradigmi a confronto*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, 1726 ss.; BRICOLA, *Forme di tutela "ante-delicatum" e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione. Atti del Convegno*, Milano, 1975, 68 ss.; CACCAMO, in *Codice penale* a cura di PADOVANI, I, 5ª ed., Milano, 2011, sub art. 200 ss., 148 ss.; CACCIAVILLANI e GIUSTOZZI, *Sulla confisca*, in *Giust. pen.*, 1974, II, 459 ss.; CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970; CASANO, *Confisca antimafia e tutela dei diritti dei terzi*, in *Cass. pen.*, 2005, 2155 ss.; CIVOLI, *Confisca (Diritto penale)*, in *D.I.*, VIII, pt. I, 1884, 892 ss.; COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge "antimafia"*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1985, 84 ss.; CONTRAFATTO, *L'oggetto della confisca di prevenzione e lo standard della prova*, in BALSAMO, CONTRAFATTO e NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, 88 ss.; DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza patrimoniali*, in *Codice penale. Parte generale*, III, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale* diretta da BRICOLA e ZAGREBELSKY, Torino, 1984, 1550 ss.; EPIDENDIO e ROSSETTI, *La nozione di profitto oggetto di confisca a carico degli enti*, in *Dir. pen. proc.*, 2008, n. 10, 1263 ss.; ESER, *Die strafrechtlichen Sanktionen gegen das Eigentum*, Tübingen, 1969; ID., in SCHÖNKE, SCHRÖDER e LENCKNER, *Strafgesetzbuch. Kommentar*²⁸, München, 2010, sub § 73 e 73d, 1111-1131 ss.; FIANDACA, in *L. 13 settembre 1982, n. 646. Commento*, in *Leg. pen.*, 1983, sub art. 1, 257 ss.; FIANDACA e VISCONTI, *Presupposti teorici e politico criminali di una proposta di modello europeo di confisca "allargata" nell'ambito della criminalità organizzata*, in *Towards a European criminal law against organised crime* a cura di MILITELLO e HUBER, Freiburg im Breisgau, 2001, 221 ss.; FIDELBO, *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, 1182 ss.; FISCHER, SCHWARZ, DREHER e TRÖNDLE, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze*²⁸, München, 2011, sub § 73 e § 73a; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007; FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova 1997; ID., *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, 2005, 63 ss.; ID., in *Commentario breve al codice penale* a cura di CRESPI, FORTI e ZUCCALA, Padova, 2008, sub art. 240, 622 ss.; FRATINI, in *Il testo unico della finanza* a cura di FRATINI e GASPARRI, III, Torino, 2012, sub art. 187-sexies, 2531 ss.; FURCINITI e FRUSTAGLI, *Le indagini economico patrimoniali nel contrasto alla criminalità organizzata*, Milano, 2013; GIALANELLA, *I patrimoni di mafia. La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Napoli, 1998; GIAVAZZI, in

Responsabilità "penale" delle persone giuridiche a cura di GIARDA, MANCUSO, SPANGHER e VARRASO, Milano, 2007, sub art. 19, 173 ss.; GRASSO, in ROMANO, GRASSO e PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, III, Milano, 2011, pre-art. 199, p. 412 ss., sub art. 200, p. 455 ss., e sub art. 240, p. 240 ss.; GUARNERI, *Confisca (Diritto penale)*, in *Nss. D.I.*, IV, 1959, 40 ss.; GULLO, *La confisca*, in *Giust. pen.*, 1981, II, 38 ss.; HORN, in RUDOLPHI, HORN e SAMSON, *Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch*¹⁸, I, München, 2007, sub § 74 (*Voraussetzungen der Einziehung*); IACCARINO, *Confisca (Diritto amministrativo)*, in *Nss. D.I.*, IV, 1959, 36 ss.; KÖHLER e BECK, *Gerechte Geldstrafe statt konfiskatorischer Vermögenssanktionen*, in *JZ*, 1991, 797 ss.; LACKNER, in LACKNER e KÜHL, *Strafgesetzbuch. Kommentar*, München, 2011, sub § 73a, 533 ss.; LORENZETTO, *Sequestro preventivo contra societatem per un valore equivalente al profitto del reato*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1788 ss.; MAGRO, *In tema di profitto confiscabile (a proposito del mancato pagamento della sanzione tributaria)*, in *Arch. pen.*, 2013, 235 ss.; MAISANO, *Profili commercialistici della nuova legge antimafia*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 409 ss.; MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e potica criminale*, Padova, 2000; MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, III, Torino, 1950; MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in *Trattato di diritto penale. Parte speciale* diretto da GROSSO, PADOVANI e PAGLIARO, XVII, Milano, 2010, 1 ss.; MATSOPOULOU, *La confiscation spéciale dans le nouveau code pénal*, in *Rev. sc. crim.*, 1995, 301 ss.; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001; MELCHIONDA, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1977 334 ss.; MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12-sexies l. n. 356/92*, Milano, 2012; MITCHELL, TAYLOR e TALBOT, *On Confiscation and the Proceeds of Crime*³, London, 2014; MONGILLO, in *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e di dottrina* diretta da LATTANZI e LUPO, VII, cit., sub art. 322-ter, 248 ss.; Id., *Ulteriori questioni in tema di confisca e sequestro preventivo del profitto a carico degli enti: risparmi di spesa, crediti e diritti restitutori del danneggiato*, in *Cass. pen.*, 2011, 2332 ss.; MONTELEONE, *Effetti ultra partes delle misure patrimoniali antimafia. Profili di diritto processuale civile e fallimentare*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 574 ss.; MONTEVERDE e ZAVATARELLI, in *Codice penale commentato* a cura di DOLCINI e MARINUCCI, cit., I, sub art. 200, 2185 ss.; MUCCIARELLI, in *Il testo unico della finanza* a cura di FRATINI e GASPARRI, III, Torino, 2012, sub art. 187, 2419 ss.; MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1978; Id., *Misure di sicurezza*, in *Enc. giur.*, XX, 1990; NANULA, *Il problema della prova della provenienza illecita dei beni*, in *Il Fisco*, 1993, 10115 ss.; NEVARES-MUNIZ, *The Eighth Amendment Revisited: A Model of Weighted Punishments*, in *75 The Journal of Criminal Law & Criminology*, 1984, 272 ss.; NICOSIA, *La confisca, le confische*, Torino, 2012; PALIERO, *False comunicazioni e profitto confiscabile: connessione problematica o correlazione impossibile?*, in *Soc.*, 2012, 80 ss.; PANZARASA, *Confisca senza condanna? Uno studio de lege lata e de iure condendo sui presupposti processuali dell'applicazione della confisca*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2010, 1672 ss.; PARK, *Vermögensstrafe und "modernes" Strafrecht*, Berlin, 1998; PELISSERO, in *L. 29 settembre 2000, n. 300. Commento*, in *Leg. pen.*, 2001, sub art. 3, 991 ss.; PERINI, *Reati tributari*, in *D. disc. pen.*, Aggiornamento, IV, t. 2, 2008, 911 ss.; Id., *La progressiva estensione del concetto di profitto del reato quale oggetto della confisca per equivalente*, in *Resp. amm. soc.*, 2010, 201 ss.; PICCIRILLO, in *Codice delle confische e dei sequestri* a cura di TARTAGLIA, Roma, 2012, sub art. 416-bis, 7 ss.; PIERGALLINI, *I reati presupposto della responsabilità dell'ente e l'apparato sanzionatorio*, in *Reati e responsabilità degli enti* a cura di LATTANZI, Milano, 2010, 211 ss.; POTETTI, *La disponibilità dei beni nella confisca per equivalente per i reati tributari*, in *Arch.*

n. proc. pen., 2012, 597 ss.; Id., *Sulla compatibilità della confisca tributaria (per equivalente) dei beni sociali con l'art. 27, comma 1, Cost.*, in *Cass. pen.*, 2013, 307 ss.; ROBERT, *L'instabilité des qualifications jurisprudentielles et doctrinales des peines secondaires*, in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean Larguier. Droit pénal, procédure pénale*, Grenoble, 1993, 241 ss.; SABATINI, *La confisca nel diritto processuale penale*, Napoli 1943; Id., *Sulla natura giuridica della confisca dei beni*, in *Giust. pen.*, 1946, II, 728 ss.; SANTORO, *Lavori preparatori del codice penale*, IV, lb. I, Roma, 1929; SCHMIDT, *Voraussetzungen der Anordnung des erweiterten Verfalls*, in *Jus*, 1995, 463 ss.; SERIANNI, *La confisca e le cause estintive del reato con particolare riguardo all'amnistia*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1969, 974 ss.; STEFANI, LEVASSEUR e BOULOC, *Droit pénal général*, Paris, 2005; TARTAGLIA, in *Codice delle confische e dei sequestri* a cura di TARTAGLIA, Roma, 2012, sub art. 240 c.p., 23 ss.; TRAPANI, *Confisca: II) Diritto penale*, in *Enc. giur.*, VIII, 1988; TURONE, *Problematiche giuridiche attinenti alla dimensione economica delle associazioni mafiose*, in *I delitti di criminalità organizzata*, I, Roma, 1998 (*Quaderni del Consiglio superiore della magistratura*, n. 99), 465 ss.; TUTINELLI, *Solidarietà fra ente e persona fisica in tema di sequestro per equivalente*, in *Resp. amm. soc.*, 2009, 87 ss.; VAN CLEAVE, "Death is Different", *Is Money Different? Criminal Punishment, Forfeitures, and Punitive Damages - Shifting Constitutional Paradigms*, in *12 Southern California Interdisciplinary Law Journal*, 2003, 217 ss.; VASSALLI, *La confisca dei beni*, Padova, 1951; VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Milano, 2009; WOLTERS, *Die Neufassung der strafrechtlichen Verfallsvorschrift*, Baden-Baden, 1995; ZAINI e TIANI, in *Codice penale commentato* a cura di DOLCINI e MARINUCCI, cit., I, 2011, sub art. 240, 2396 ss.