



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

Dottorato di ricerca in Diritti umani: evoluzione, tutela e limiti

Dipartimento di giurisprudenza

Settore Scientifico Disciplinare – IUS/17 – Diritto penale

CONFISCA E DIRITTI FONDAMENTALI: GARANZIE INDIVIDUALI ATTRAVERSO I PERCORSI ERMENEUTICI DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE E SOVRANAZIONALE

IL DOTTORE
FEDERICA VINCENTI

IL COORDINATORE
CH.MA PROF.SSA ISABEL TRUJILLO

IL TUTOR
CH.MO PROF. GIOVANNI FIANDACA

INDICE

Introduzione.....	1
-------------------	---

CAPITOLO I

LA CONFISCA NELLA SUA DIMENSIONE PLURALE: UN GENUS SOLO NOMINALE

1. Premessa.....	4
1.1. Cenni storici dell'istituto. Dalle origini alla codificazione pre-unitaria.....	6
1.2. La confisca nei codici Zanardelli e Rocco: il necessario nesso di pertinenzialità.....	10
2. La confisca ex art. 240 c.p.: una controversa natura giuridica?.....	17
2.1. La confisca facoltativa.....	22
2.2. La confisca obbligatoria.....	30
2.3. Il “limite” della confisca ex art. 240 c.p.: i diritti dei terzi estranei.....	34
3. Le “nuove” confische inserite nel corpo del codice penale. La confisca per equivalente.....	40
4. La confisca nella legislazione <i>extra codicem</i>	46

CAPITOLO II

LA CONFISCA NEL DIBATTITO DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE ED EUROPEA

1. Premessa. Il rapporto tra diritto interno e CEDU.....	53
2. Le condizioni legittimanti la limitazione del diritto di proprietà (art. 42 Cost. e art. 1 Prot. 1 CEDU)	60
3. La confisca e il principio di irretroattività nell'ordinamento interno.....	67
4. Il principio di legalità ex art. 7 CEDU: la nozione sostanzialistica di pena nella giurisprudenza europea.....	71

5. I riflessi della giurisprudenza europea sull'applicazione delle confische nazionali.....	77
5.1. La confisca del veicolo.....	77
5.2. La confisca per equivalente.....	80
5.3. La confisca allargata.....	88
6. Le confische senza condanna. La confisca urbanistica e la confisca di prevenzione (rinvio).....	96
6.1. La natura giuridica della confisca urbanistica. La sentenza Sud Fondi c. Italia sul caso Punta Perotti e il caso Varvara.....	96
6.2. Rimessione alla Corte Costituzionale: la sentenza n. 49/15.....	105
6.3. La confisca urbanistica in presenza di declaratoria di prescrizione: la rimessione alla Grande Camera della Corte EDU. Il responso della Corte di Strasburgo.....	114
Prime riflessioni.....	123

CAPITOLO III

LA CONFISCA DI PREVENZIONE

1. Le misure di prevenzione: origine e ratio applicativa. Cenni.....	125
2. Le misure di prevenzione patrimoniali: il sequestro e la confisca. Introduzione.....	129
3. L'origine storica della confisca antimafia e del sequestro: dalla Legge Rognoni- La Torre al Codice delle leggi antimafia.....	132
3.1. I presupposti soggettivi della confisca di prevenzione.....	140
3.2. I presupposti oggettivi.....	145
3.3. La compatibilità delle misure di prevenzione nel sistema costituzionale.....	153
4. La natura giuridica della confisca di prevenzione.....	161
5. Il punto di vista della Corte di Strasburgo sulla natura giuridica della confisca di prevenzione.....	172
6. Il principio di determinatezza delle fattispecie preventive: la sentenza De Tommaso.....	182
6.1. Il caso De Tommaso: gli effetti sulla giurisprudenza nazionale, di legittimità e di merito. La sentenza Paternò (S.U.).	188
6.2. I riflessi della pronuncia della Grande Camera sulla confisca di prevenzione.....	195

CAPITOLO IV

LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEL PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE

1. Aspetti procedurali.....	199
1.2. Il procedimento preventivo e il principio della pubblica udienza.....	203
1.3. Il codice antimafia e i profili di compatibilità con la CEDU.....	207
1.4. La riforma del codice antimafia.....	216
2. La tutela dei terzi.....	222
2.1. La nozione di terzo interessato.....	222
2.2. La confisca nei confronti degli eredi e successori a titolo particolare.....	225
2.3. La confisca di prevenzione e terzi titolari di diritti di credito.....	230

CAPITOLO V

UNA PROSPETTIVA INTEGRATA: VERSO UN MODELLO UNICO DI CONFISCA EUROPEA

1. Un'analisi comparatistica delle confische senza condanna. Cenni.....	241
2. Gli atti UE e il principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca.....	253
2.1. Nuovi sviluppi sulla confisca europea: la direttiva 2014/42/UE e la Proposta di regolamento europeo del 2016.....	264
Conclusioni.....	270
Bibliografia.....	277

INTRODUZIONE

Il presente studio, partendo da una ricognizione del panorama normativo degli strumenti di ablazione patrimoniale previsti dall'ordinamento, si propone di approfondire le più vistose criticità in tema di compatibilità con i principi di garanzia sanciti dalla Costituzione e dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

Ad oggi è ben possibile affermare, attraverso l'indagine dell'evoluzione legislativa e delle ricostruzioni della dottrina e della giurisprudenza in materia, il passaggio dalla "confisca", quale istituto di parte generale del codice penale, alle "confische", misure che a dispetto del *nomen juris* appaiono ben differenziate tra loro, quanto ad oggetto, finalità e natura giuridica, potendo assumere - come anche evidenziato dalla stessa Corte Costituzionale a partire dagli anni sessanta - le connotazioni proprie della pena principale, della pena accessoria, della misura di sicurezza o della sanzione amministrativa.

Il sistema normativo in tema di confisca si è arricchito nel corso degli ultimi anni, così da far ritenere in dottrina che non si possa ormai parlare di un istituto unitario, ma piuttosto di una galassia proteiforme, che non consente la individuazione di principi comuni.

La considerazione è di grande valenza per l'interprete, perché ogni "tipo" di confisca risponde a principi propri, sia ai fini della disciplina applicabile in caso di successione di leggi nel tempo, sia riguardo ai profili relativi alla tutela dei terzi.

Dopo aver operato una ricognizione del più significativo panorama normativo nazionale nel primo capitolo, e aver dato conto che già per la confisca di cui all'art. 240 c.p. sono state elaborate diversificate ricostruzioni sulla sua qualificazione giuridica, la ricerca prosegue esaminando il dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha interessato il camaleontico istituto in esame, specie alla luce della giurisprudenza europea e della nozione "sostanzialistica" di pena da

questa adottata, ponendo l'attenzione in particolare sulla confisca del veicolo prevista dal codice della strada, la confisca allargata, la confisca per equivalente e la confisca in assenza di condanna, quali la confisca urbanistica e quella di prevenzione.

La ricerca mira in particolare ad esaminare le ricadute che l'interpretazione fornita dai giudici europei di "materia penale" ha sortito sulla giurisprudenza nazionale, e ad ipotizzare, anche in conseguenza della recente pronuncia della Grande Camera in tema di confisca urbanistica, le prospettive future in termini di ripensamento dell'istituto in un'ottica maggiormente aderente alle garanzie proprie del sistema penale.

Il problema della natura giuridica della confisca si pone infatti in termini di rilevante importanza ai fini dell'operatività o meno dei principi garantistici propri della materia penale, quali il principio di colpevolezza, determinatezza, proporzione, presunzione di non colpevolezza, irretroattività, e degli *standard* probatori rigorosi tipici del processo penale.

Una questione che si nutre di nuova linfa grazie alle spinte garantistiche della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, e del legislatore europeo; il ricorso più largo e facile alla confisca come strumento di contrasto di alcune forme di criminalità, sia da parte del legislatore che della giurisprudenza, non ha mancato infatti di sollevare obiezioni e critiche sotto il profilo della tutela della sfera giuridica del singolo e dei diritti fondamentali, compresi il diritto di proprietà, la presunzione di innocenza, il diritto di difesa, nonché del rispetto dei principi penalistici di garanzia.

Rilievi in tal senso sono stati mossi negli ultimi decenni anche da organi di giustizia sovranazionale, come la Corte europea dei diritti dell'uomo.

Senza pretesa di esaustività, ma con un approccio che evidenzia come l'attenzione alle garanzie proprie del diritto penale si sta facendo sempre più pressante alla luce dei principi di derivazione europea, si volge l'attenzione ai

rapporti tra confisca e diritto di proprietà, con particolare riferimento al tema dei destinatari, ossia all'individuazione dei soggetti che possono essere legittimamente costretti a sopportare le conseguenze negative della confisca. E poi anche il problema dei terzi: i terzi proprietari potenziali destinatari della confisca; i terzi proprietari o acquirenti di cose coinvolte in specifici reati; i terzi proprietari di beni nella disponibilità "sostanziale" del soggetto "responsabile"; il problema dei destinatari fittizi o comunque soltanto "formali"; i terzi che hanno comunque tratto profitto dal reato.

Si è cercato in tal senso di adottare uno sguardo di insieme alle più significative tipologie di provvedimento ablatorio esistenti nel nostro ordinamento, evidenziando in che modo le principali criticità in punto di rispetto dei diritti fondamentali sono state affrontate dalla giurisprudenza, e quali rimangono ancora irrisolte.

Un approccio comparatistico viene rivolto alle confische degli altri ordinamenti, con particolare riferimento a quelle senza condanna, con riguardo anche agli interventi del legislatore europeo e alla tendenza verso modelli di *actio in rem*.

Viene inoltre dedicato un approfondimento alla confisca di prevenzione, con riguardo ai suoi presupposti applicativi, al dibattito involgente la natura giuridica, anche alla luce della giurisprudenza di Strasburgo, alla cittadinanza costituzionale del diritto della prevenzione, alla compatibilità del procedimento applicativo - come disciplinato dal recente intervento riformatore del Codice antimafia - con le garanzie CEDU, e ai profili di tutela dei terzi, evidenziando quali problemi restano ancora attuali.

CAPITOLO I

LA CONFISCA NELLA SUA DIMENSIONE PLURALE: UN GENUS SOLO NOMINALE

SOMMARIO: 1. Premessa. 1.1. Cenni storici dell'istituto. Dalle origini alla codificazione pre-unitaria. 1.2. La confisca nei codici Zanardelli e Rocco: il necessario nesso di pertinenzialità. 2. La confisca ex art. 240 c.p.: una controversa natura giuridica? 2.1. La confisca facoltativa. 2.2. La confisca obbligatoria. 2.3. Il "limite" della confisca ex art. 240 c.p.: i diritti dei terzi estranei. 3. Le "nuove" confische inserite nel corpo del codice penale. La confisca per equivalente. 4. La confisca nella legislazione *extra codicem*.

1. Premessa

La confisca costituisce uno dei più antichi istituti dell'ordinamento giuridico italiano¹. Per quanto sia arduo individuarne un'identità dai confini certi e definiti, nonché un'unica e costante struttura nel panorama legislativo passato e attuale, il legislatore nel corso del tempo ne ha intuito la funzione dissuasiva e deterrente rispetto alla commissione dell'illecito penale. Ed invero, la devoluzione dei beni appartenenti al privato al patrimonio dello Stato, si pone quale misura volta a disincentivare il reo dal commettere ulteriori reati, dal momento che non può avvalersi di quanto conseguito dall'attività criminosa intrapresa.

Non può, tuttavia, non rilevarsi che all'esito dell'indagine sull'*excursus* storico normativo dell'istituto in esame, emerge che sul piano applicativo la stessa non ha avuto costantemente un ruolo centrale².

In particolare, la confisca, seppure già prevista nell'ordinamento romano repubblicano³, si è posta storicamente quale misura sanzionatoria accessoria

¹ A. ALESSANDRI, Voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, III, 1989, Utet, Torino.

² E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, Giappichelli, pp. 5 ss.

³ U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1937, pp. 105 ss.

rispetto alle altre. Queste, infatti, venivano a incidere in maniera più penetrante sulla libertà e l'incolumità del soggetto, quali la pena detentiva e la pena di morte, allora vigente.

Fino al diritto penale pre-moderno, tuttavia, essa veniva applicata comunque a tutto l'asse patrimoniale⁴, così perseguendo la predetta funzione dissuasiva.

A partire dall'Illuminismo⁵, fino a proseguire alla codificazione codicistica del '900, invece, la portata applicativa della confisca ha visto un ridimensionamento, essendo la stessa stata limitata soltanto a quei beni del patrimonio del reo riconducibili direttamente alla commissione del fatto di reato.

A riprova di quanto detto si consideri la legislazione introdotta dal Codice Zanardelli del 1889, il quale non contemplava la confisca generale, ma introduceva una confisca speciale, applicata, cioè, soltanto ad alcune cose collegate alla commissione del reato⁶.

In maniera ancora più "drastica" in alcuni Stati dell'Italia preunitaria, alcuni sovrani arrivarono ad espungere del tutto la confisca dai propri ordinamenti.

Una siffatta scelta politico-criminale non può, certamente, non essere ricondotta alle istanze di garantismo che ispirano le codificazioni a partire dall'Illuminismo⁷: la funzione deterrente deve trovare un limite, o comunque essere temperata, con la tutela dei diritti inviolabili dell'uomo, o meglio del cittadino, non più concepito in termini di sudditanza con il potere statale.

Parimenti, va ricondotto alle nuove esigenze del sistema penale attuale il crescente interesse del legislatore rispetto all'istituto giuridico in esame. Diversi sono stati, infatti, gli interventi normativi sia a livello di legislazione ordinaria, sia speciale, introdotti per fare fronte a nuove forme di attività criminosa. Il riferimento è non solo ai reati di stampo mafioso, ma anche a quelli realizzati nello

⁴ Cfr. D. CAVALCA, *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medioevale*, pp. 260 ss

⁵ A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Milano, 1987, p. 44.

⁶ S. VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova 1999, pp. 273-274.

⁷ Cfr. C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. PISAPIA, Milano, 1973, pp. 66-67.

svolgimento delle attività economiche, e a quelli di più recente emersione, come quelli ambientali, di abuso edilizio, e informatici.

Ne è, tuttavia, derivato un sistema giuridico in cui l'identità e la funzione della confisca non possono essere individuate in maniera univoca, con tutte le problematiche che ciò determina sul piano applicativo.

Di qui il ruolo propulsivo della giurisprudenza nazionale ed europea, che è intervenuta anche in via quasi suppletiva rispetto a quanto previsto a livello normativo.

1.1. Cenni storici dell'istituto. Dalle origini alla codificazione pre-unitaria.

Le origini della confisca sono da ricondurre nell'ambito dell'ordinamento romano, e in particolare, di quello dell'era repubblicana.

Denominata *publicatio bonorum*⁸, essa veniva applicata una volta accertata la responsabilità penale e, quindi, “emessa” la condanna del soggetto. Tale applicazione, pertanto, non era rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, ma costituiva uno degli effetti giuridici della sentenza di condanna. Essa, tuttavia, non conseguiva alla commissione di qualunque fatto di reato, quanto piuttosto di quei delitti sentiti come particolarmente gravi a livello sociale⁹. Il riferimento è, in particolare, al parricidio e al delitto capitale politico¹⁰.

Successivamente trovò applicazione anche in conseguenza dell'avvenuta condanna all'esilio del soggetto (la c.d. *deportatio*). L'ablazione dei beni, quindi,

⁸ Cfr. U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Jovene, Napoli, 1937, pp. 105 ss. Tale espressione latina è da riconnettere al fatto che l'ablazione dei beni del soggetto condannato veniva effettuata a favore del popolo.

⁹ T. MOMMSEN, *Disegno del diritto pubblico romano*, pp. 276-277.

¹⁰ Il riferimento è al delitto di *puerdellio*, consistente nella condotta di ribellione e/o altro tradimento delle istituzioni statali, che esponeva il colpevole alla qualifica di nemico della patria.

costituiva uno strumento ulteriore con il quale il reo veniva estromesso dal tessuto sociale.

Durante l'età imperiale- invece - la confisca ordinaria investiva l'intero asse patrimoniale del condannato¹¹; tuttavia l'imperatore, spesso interveniva consentendo al reo la disponibilità di alcuni beni¹².

Successivamente, la reazione della *vis publica* si attenuò ulteriormente: la confisca fu soppressa del tutto in presenza di eredi¹³, eccezion fatta per il delitto di *puerdellio*.

Con il declino dell'impero romano¹⁴ la confisca mantenne i predetti caratteri.

Nel diritto germanico la confisca continuò infatti ad essere applicata quale pena accessoria della pena capitale, ossia della condanna a morte, o del bando (espulsione del soggetto reo dalla collettività)¹⁵.

La confisca era quindi una conseguenza automatica del bando, purché però fosse espressamente prevista dal provvedimento di espulsione¹⁶.

Ne derivava una condizione decisamente pregiudizievole per il bandito, il quale non solo veniva privato di ogni utile derivante dall'appartenenza alla comunità, ma doveva, altresì, continuare a subire tutti gli oneri, anche fiscali, come se continuasse ad appartenervi¹⁷. Sulla scorta di tale *ratio* il *bannitus* poteva anche essere chiamato in giudizio per i debiti contratti, ma non anche agire per far valere le pretese creditorie.

¹¹ Si estendeva anche alla dote.

¹² C. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, 1905, pp. 160 ss. Il riferimento è al *viaticum*, all'*annum*, e alle *portiones concessae*. Cfr. U. BRASIELLO, *La repressione*, cit., pp. 117 e ss.

¹³ Idem.

¹⁴ U. BRASIELLO, *La repressione*, cit.

¹⁵ A. ROSATE, *Dictionarium iuris tam civilis quam canonici*, Venezia 1573, sub voce "*bannum*", sostiene che *bannum* è "*largum, obscurum et ut plurimum determinatur per statuta vel consuetudinem civitatum*."

¹⁶ A. ROSATE, *De statutis*, IV, 12, n.10.

¹⁷ A. ROSATE, op.cit.

All'effetto ablativo, seguiva anche, nei casi più gravi, la distruzione materiale dei beni. Si trattava di una delle sanzioni molto diffuse e temute, alla quale soggiacevano anche i comproprietari, ancorché non direttamente coinvolti nel reato¹⁸. Ne derivava che la casa con ogni sua pertinenza appartenente al malfattore veniva rasa al suolo. Parte della dottrina cercava di mitigare tale prassi, ammettendo la separazione delle quote spettanti ai soggetti innocenti. Ad ogni modo si riteneva dovesse farsi salvo il diritto di regresso¹⁹.

Il diritto germanico, ancora, prevedeva, in ciò distinguendosi dalla disciplina classica, la confisca quale pena principale per taluni delitti²⁰.

Durante l'epoca comunale²¹, invece, l'applicazione della confisca non fu più soltanto strettamente connessa all'accertamento dello status di *bannitus*; essa doveva applicarsi sulla scorta delle disposizioni locali, le quali la prevedevano come pena anche per crimini diversi da quelli sanzionati con il bando, da sola o unitamente ad altre pene.

Anche l'ordinamento della Chiesa si orientò in tal senso, prevedendo l'applicazione della confisca per il crimine di eresia²².

Nel Ducato di Milano (1541) gli statuti locali contemplavano la confisca per i reati cui si applicava il bando (es. omicidio, incendio)²³.

Durante il 1600 il giurista umbro Sebastiano Guazzini²⁴ compì il primo tentativo di trattazione monografica dell'istituto in esame, sottolineandone nel suo "*tractatus de confiscatione bonorum*" gli effetti positivi per il fisco e la sua funzione preventiva.

¹⁸ D. CAVALCA, *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medievale*, Giuffrè, Milano, 1978, p. 47.

¹⁹ P. DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in E. PESSINA (a cura di) *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, 1905, p. 542.

²⁰ Il riferimento è all'incesto, il tradimento e il brigantaggio.

²¹ G. MILANI, *Banditi, malesardi e ribelli. L'evoluzione del nemico pubblico nell'Italia comunale (secoli XII- XIV)*, in Quaderni fiorentini XXXVIII, Giuffrè, Milano, p. 108 e ss.

²² O. RUFFINO, *Ricerche sulla condizione giuridica degli eretici nel pensiero dei glossatori*, in *Riv. Di storia del diritto italiano*, 1973.

²³ S. SALVI, *La confisca nella prassi lombarda del tardo antico regime*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, 83 (2010).

²⁴ S. GUAZZINI, *Tractatus de confiscatione bonorum*, Venetis 1611, c.1 nn. 1-2, p.1.

Ebbene, le caratteristiche che venivano a connotare la confisca mal potevano conciliarsi con i principi propugnati dal pensiero illuminista. Non è, dunque, un caso che proprio a tale periodo risale una particolare attenzione all'istituto giuridico in questione.

Non può non farsi riferimento alla riflessione del celebre Cesare Beccaria, il quale nell'opera *Dei delitti e delle pene* si esprime sulla necessità di riformare l'istituto della confisca, laddove propone di graduare la misura in relazione alla gravità del delitto e ne evidenzia la sua eccessiva afflittività, specie nei confronti dei terzi incolpevoli, quali i familiari del reo²⁵.

Le nuove istanze filosofico-giuridiche ispirarono alcuni progetti di riforma della legislazione penale nell'Italia pre-unitaria. Si consideri, a tal proposito, la riforma lombarda elaborata dall'imperatore austriaco Giuseppe II²⁶.

Con specifico riferimento all'istituto della confisca, esso venne concepito quale misura applicata sulla base di un principio personale, potendo trovare applicazione soltanto nei confronti del reo e non anche verso i suoi familiari.

Eccezione al principio personalistico, tuttavia, facevano i reati più gravi, quali quelli di lesa maestà o tradimento dello Stato: per tali crimini, infatti, veniva applicata la confisca dei beni e anche a danno di terzi incolpevoli (ad. es. gli eredi). Il progetto di riforma, tuttavia, non entrò mai in vigore.

Successivamente, verso la fine del 1700²⁷, i nuovi progetti di riforma in materia penale eliminarono la confisca sul rilievo della sua eccessiva afflittività, in conformità ai principi del pensiero illuminista. Si introdusse, così, un sistema delle pene ispirato ai principi di responsabilità e personalità.

Soltanto con Francesco II (1803) la confisca tornò ad essere introdotta: in alcuni casi²⁸ quale misura generale, in altri quale misura speciale²⁹, trovando la

²⁵ C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. PISAPIA, Milano, 1973, pp. 66-67.

²⁶ A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia*, Milano, 1987, p. 128.

²⁷ Il riferimento è a Leopoldo II d'Asburgo, successore di Giuseppe II.

²⁸ C. CIVOLI, *Confisca*, in *Dig.it.*, Utet, Torino, 1893.

²⁹ Cfr. S. VINCIGUERRA, *Codice Penale del Granducato di Toscana*, Cedam, Padova, 1995.

stessa applicazione soltanto per quei beni in qualche modo riconducibili alla commissione del fatto di reato.

Tra i diversi progetti di codice penale che interessarono il periodo successivo, un cenno merita il codice penale napoletano (1819)³⁰, il quale, oltre a limitare i casi di delitti puniti con la pena capitale, abolì il marchio, la gogna e la confisca generale dei beni.

In senso differente, invece, il codice penale promulgato nel 1859 dal Re di Sardegna prevedeva che a seguito di condanna a qualunque pena, trovava applicazione la confisca soltanto degli strumenti del reato e delle cose di cui la legge vieta “la ritenzione, l’uso o il porto”. In tale ultimo caso il provvedimento operava anche in assenza di condanna e poteva attingere beni dei terzi³¹.

Orbene, all’esito del procedimento dell’unificazione italiana, il codice sardo fu esteso a tutto il territorio della penisola. Come noto, seguirà l’entrata in vigore del codice Zanardelli e, infine, del codice Rocco.

1.2. La confisca nei codici Zanardelli e Rocco: il necessario nesso di pertinenzialità.

Come già anticipato, a partire dal XVIII sec., le nuove codificazioni furono ispirate ai principi propugnati dal pensiero illuminista, *in primis* quelli di legalità, certezza del diritto, e uguaglianza formale dei cittadini, concepiti non più in un rapporto di sudditanza con l’autorità pubblica ma come soggetti aventi uguali diritti e doveri. Conformemente a tale *trend* normativo, anche l’istituto della confisca fu rimodulato.

³⁰ S. VINCIGUERRA, *Codice dei delitti e delle pene pel regno d’Italia (1811)*, Cedam, Padova, 2001.

³¹ *Ibidem*.

Con l'entrata in vigore del codice Zanardelli, infatti, fu abolita la confisca generale del patrimonio e fu introdotta la confisca speciale, avente cioè, ad oggetto solo quei beni riconducibili alla commissione del reato. La sussistenza di un nesso di connessione tra i beni soggetti a confisca e uno specifico reato, faceva venire meno l'afflittività e la sproporzionalità³², caratteri che avevano connotato la misura fino a quel momento, con tutte le conseguenti critiche.

La norma³³ rispetto al passato introduceva, in modo innovativo, la distinzione tra la confisca obbligatoria e quella facoltativa. La prima trovava applicazione sulle res oggettivamente illecite³⁴, a prescindere da una intervenuta sentenza di condanna; la seconda invece aveva oggetto il prodotto e gli strumenti del reato e incontrava il limite dell'appartenenza della *res* a terzi estranei rispetto al reato.

Oltre alla confisca quale istituto generale, il codice prevedeva già delle forme di confisca speciale³⁵, la quale presentava dei caratteri *sui generis*, giacché trovava comunque sempre applicazione in via obbligatoria e i cui effetti potevano anche essere estesi alle cose appartenenti a terzi estranei al reato³⁶.

L'istituto della confisca così connotato dalla legislazione ottocentesca, fu ancora modificato durante il periodo fascista, nel quale, come noto, venne strumentalizzata per il conseguimento dei fini propri del regime politico. Furono, infatti, adottati una serie di provvedimenti *ad hoc*, ai quali fece anche seguito il codice Rocco, i quali potenziarono l'applicazione della misura in esame.

Ed invero, una volta insediatosi, il regime fascista emanò, con legge 31 gennaio 1926 n. 108, un articolo unico di modifica della legge 13 giugno 1912 n. 555 sulla cittadinanza, nel quale si stabilivano varie sanzioni a carico degli

³² Cfr. M. MASSA, *La confisca*, in *Enc.dir.*, VIII, Utet, Milano, p. 961.

³³ Art. 36.

³⁴ Ossia le cose la cui fabbricazione, vendita, uso, porto o detenzione costituiva reato.

³⁵ Fra le tante si riporta la confisca prevista dall'art. 174 c.p., il quale disponeva la confisca del prezzo della corruzione.

³⁶ C. CIVOLI, *Confisca (Diritto penale)*, in *Dig.disc.pen.*, Utet, Torino, 1893, p. 907.

antifascisti esuli all'estero³⁷. In base a quanto previsto dalla disposizione citata, veniva colpito con la perdita della cittadinanza e poteva essere colpito con il sequestro, e nei casi più gravi con la confisca, il cittadino che avesse commesso o concorso a commettere all'estero “un fatto diretto a turbare l'ordine pubblico del regno, o da cui possa derivare danno agli interessi italiani o diminuzione del buon nome o del prestigio dell'Italia, anche se il fatto non costituisca reato”. Le sanzioni previste, e nello specifico la confisca – per quanto rileva nella trattazione in esame – avevano carattere amministrativo³⁸, come si evince anche dalla circostanza che trovavano applicazione a prescindere dal fatto che la condotta posta in essere integrasse un'ipotesi di reato.

Tuttavia, quando a distanza di pochi mesi tutte le attività antifasciste furono elevate a reato con la l. 25 novembre 1926 n. 2008, anche la confisca fu applicata da un organo giurisdizionale. L'art. 5 di tale legge sanciva, per il cittadino condannato in contumacia per attività antifascista svolta all'estero, la perdita della cittadinanza e la confisca dei beni. La confisca veniva, quindi, disposta dal giudice ed era una vera e propria pena accessoria, seppure facoltativa, della condanna penale³⁹.

Natura amministrativa aveva, invece, la confisca prevista nei testi unici delle leggi di pubblica sicurezza del 1926 e del 1931, nei quali era prevista la potestà del prefetto di disporre, insieme allo “scioglimento delle associazioni, enti o istituti costituiti od operanti nel regno che svolgono un'attività contraria agli ordinamenti politici costituiti nello stato”, la confisca dei beni sociali.

Parimenti come pena accessoria era stata prevista la confisca generale dei beni, unitamente alla perdita della cittadinanza, nell'ambito del progetto preliminare del codice Rocco⁴⁰.

³⁷ G. VASSALLI, *La confisca dei beni, storia recente e profili dommatici*, Cedam, Padova, 1951.

³⁸ G. BERNIERI, *La confisca dei beni dei fascisti e dei collaborazionisti*, in *Arch. Pen.*, 1946, II, p. 444 ss; V. MANZINI, *Diritto penale italiano*, Torino, 1948, vol. III, p. 126.

³⁹ G. VASSALLI, *op.cit.*, p. 5.

⁴⁰ Artt. 29 e 31. G. VASSALLI, *op.cit.*

Infine, approvato nel 1930 il vigente codice Rocco, la nuova disciplina mantenne il carattere generale della confisca, potendo la stessa trovare applicazione indistintamente per tutti i tipi di reato, ma anche quello di specialità, per quanto concerne l'oggetto.

Essa, infatti, riguarda soltanto alcune specifiche cose collegate alla commissione del reato; più in particolare, si applica ai beni che servirono o furono destinati a commettere il delitto (i cd. *instrumenta delicti*), quelle che ne costituiscono profitto, prodotto o prezzo, e quelle oggettivamente illecite⁴¹.

Tuttavia, il codice Rocco introduce un importante elemento di novità sotto il profilo della collocazione sistematica dell'istituto giuridico in esame: la confisca, infatti, non viene annoverata dal legislatore tra le pene, bensì tra le misure di sicurezza, secondo la bipartizione propria del sistema del doppio binario⁴².

Viene quindi inserita tra le misure di sicurezza patrimoniale, sul presupposto secondo cui il suo fondamento risiederebbe nella pericolosità del bene, o meglio, nella pericolosità insita nel nesso sussistente tra il possesso della cosa e la commissione del reato.⁴³ Quanto asserito trova riscontro nella Relazione ministeriale al Codice, laddove si afferma espressamente che la confisca è finalizzata alla “*eliminazione di cose che, provenendo da fatti illeciti penali, o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, manterrebbero viva l'idea e l'attrattiva del delitto*”⁴⁴.

Invero, nonostante il dato normativo, negli anni 40 - '50 si è sviluppato un ampio dibattito giurisprudenziale concernente la natura giuridica della confisca,

⁴¹ Il riferimento è alle cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato. Cfr. E. NICOSIA, op. cit.

⁴² Esso, come noto, si caratterizza per la distinzione tra pene e misure di sicurezza: le prime trovano applicazione in conseguenza del fatto di reato e perseguono una finalità general-preventiva; le seconde, invece, si applicano sulla base della pericolosità sociale del soggetto agente e hanno una finalità special-preventiva.

⁴³ Cfr. G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Bologna, 2014, p. 846 ss.

⁴⁴ *Lavori preparatori del Codice Penale e del Codice di Procedura Penale*, Vol. V, *Progetto definitivo di un nuovo Codice Penale con la Relazione del Guardasigilli on. A. Rocco*, Roma, 1929, Libro I, Titolo VIII, n. 202, p.245.

soprattutto in considerazione della sua applicazione nel periodo post-fascista per i compiuti delitti di guerra. La misura *de qua*, infatti, fu prevista da una normativa speciale nell'ambito della legislazione contro il fascismo.

Il riferimento è, in particolare, al d.lgs. 27 luglio 1944 n. 159⁴⁵, che stabilì l'applicazione della confisca, a prescindere dalla instaurazione dell'azione penale, nei confronti dei collaborazionisti del regime.

Ebbene, in un primo momento la Corte di Cassazione ha considerato tale misura come una pena accessoria: *ex multis* con sentenza del novembre del 1945⁴⁶, si afferma la necessità di un rigoroso accertamento delle condizioni richieste dalla legge e di una adeguata motivazione, al fine dell'applicazione della confisca. Parimenti nella pronuncia della Cassazione con sentenza 9 luglio 1946, si affermò che nella nuova disciplina della confisca, conseguente alla condanna per i delitti fascisti, essa non aveva più natura di sanzione amministrativa e non era nemmeno assimilabile alla confisca preventiva di misura di sicurezza del codice penale, che, invece, "*riguarda le cose criminose e pericolose*".

La questione della natura giuridica della confisca fu maggiormente oggetto di attenzione all'esito dell'adozione della legge di amnistia del 22 luglio 1946 (decr. Pres. n. 4). La giurisprudenza di legittimità, infatti, continuando a considerare la confisca come vera e propria pena criminale, asseriva che la stessa venisse travolta dall'amnistia intervenuta prima della condanna. Si rese, pertanto, necessario un intervento delle Sezioni Unite⁴⁷, le quali aderirono alla qualificazione in termini di sanzione civile per determinati reati, e pertanto indipendentemente dall'azione penale e quindi anche in caso di estinzione per morte del reo e di amnistia, escludendo così che la confisca applicata per i crimini fascisti fosse assimilabile a quella del codice, "*in assenza di un legame tra la confisca e la pericolosità delle cose o delle persone*".

⁴⁵ Art. 9.

⁴⁶ Sez. speciale di Milano (pres. Giuliano dei Medici), in *Giust. Pen.*, 1946, III, pp. 252 e ss. G. VASSALLI, *La confisca dei beni nella legislazione italiana*, Unione arti grafiche, 1951, pp. 55 e ss.

⁴⁷ Cass. pen., Sez. Un., 23 novembre 1946, in *Giust. Pen.*, 1946, II, pp. 728 e ss.

Non era qualificabile nemmeno come sanzione amministrativa, in quanto applicata come conseguenza di un reato e da organi giurisdizionali, ma nemmeno come pena. Era, infatti, applicabile a prescindere dall'azione penale e dalla sua estinzione; poteva trovare applicazione anche nei confronti degli eredi. Ne derivò, in definitiva, l'ascrizione al *genus* sanzioni civili, configurabile come una sorta di obbligazione di compensare con il proprio patrimonio il danno cagionato alla collettività dei cittadini, rappresentata dallo Stato.

Soltanto a distanza di qualche anno intervenne un'altra pronuncia delle Sezioni Unite⁴⁸, che ribadì la natura penale della confisca, anche sotto i condizionamenti della dottrina che ne disconosceva l'applicazione agli eredi⁴⁹, e sul rilievo secondo il quale la sanzione civile trova fondamento in una legge civile e non penale, per cui l'unico danno patrimoniale rilevante giuridicamente e pertanto meritevole di risarcimento è quello di natura pubblicistica derivante dall'illecito penale, ristorabile pertanto attraverso la sanzione penale⁵⁰.

Ebbene, seppure a distanza di decenni, un analogo dibattito sulla natura giuridica della confisca ha acquistato recentemente nuova linfa. Esso è tornato al centro dell'attenzione della giurisprudenza, soprattutto a fronte dell'introduzione da parte del legislatore di nuove ipotesi di confisca, sia nell'ambito della disciplina del codice che con interventi ad opera della legislazione speciale.

La *ratio* di siffatto *trend* normativo è da rinvenire nell'esigenza di potenziare l'istituto e di ampliarne l'ambito applicativo a fronte della commissione di alcuni tipi di reato. È stata, in particolare, prevista per alcune fattispecie l'applicazione obbligatoria della confisca, che, invece, sulla base della disciplina codicistica, sarebbe stata a discrezione del giudice (in quanto appunto facoltativa), e se ne è ampliato considerevolmente l'ambito di operatività (si pensi ai beni che

⁴⁸ Cass. pen., Sez. Un., 14 febbraio 1948, in *Giust. Pen.*, 1948, II, 250 e ss., con nota di G. Sabatini.

⁴⁹ P. MIRTO, *Un "novum genus" di confisca?* In *Arch. Pen.*, 1947, I, pp. 381 e ss; G. BERNIERI, *op.cit.*, p. 446.

⁵⁰ G. VASSALLI, *La confisca dei beni*, *op. cit.*, p. 15.

costituiscono l'oggetto del reato, oppure l'impiego di prodotto, profitto e prezzo del reato).

Tuttavia, la *ratio legis* non ha trovato in un primo tempo grande attuazione: per quanto, infatti, le nuove confische si connotino in maniera differente rispetto a quella tradizionale (sono generalmente di applicazione obbligatoria), esse presuppongono comunque la sussistenza di un nesso di pertinenzialità rispetto al reato.

Tale elemento ha, da un lato, determinato rilevanti difficoltà applicative sul piano probatorio, non essendo semplice dare prova del legame diretto tra la cosa e la commissione del reato; e dall'altro ha determinato un *deficit* anche sotto il profilo dell'efficacia. Non può, infatti, non mettersi in evidenza come le cose direttamente collegate al reato, in particolare i proventi da reato, possano essere facilmente alienate, trasformate o reinvestite in tempi celeri in altri beni non facilmente rintracciabili e, quindi, confiscabili.

Alla luce di quanto prospettato, va considerata la più recente tendenza normativa con cui il legislatore ha connotato in maniera ancora differente l'istituto della confisca, così da far fronte ai limiti sopra evidenziati. Si è pervenuti così ad una vera e propria "*metamorfosi*" dello strumento ablativo, il quale ha subito nel corso del tempo un ampliamento, anche attraverso l'affrancamento del nesso di pertinenzialità tra il bene e la commissione di uno specifico reato.

Già a partire dagli anni Ottanta la legislazione italiana ha seguito tale evoluzione, anche per effetto delle nuove istanze di diritto comunitario. Di qui il dibattito emerso negli ultimi decenni, che ha affrontato la questione inerente la compatibilità dell'istituto, così come configurato a seguito degli interventi di riforma, con i principi di rilevanza costituzionale ed europea.

2. La confisca ex art. 240 c.p.: una controversa natura giuridica?

Il codice Rocco ha introdotto, come noto, il sistema sanzionatorio del doppio binario, il quale si caratterizza per la previsione non solo della pena tradizionale, ma anche della misura di sicurezza⁵¹. Si tratta, invero, di misure che si applicano sulla base di differenti presupposti: la prima viene applicata sul presupposto della colpevolezza, la seconda su quello della pericolosità sociale del reo. Specularmente, il legislatore demanda alla pena la funzione di repressione e di prevenzione speciale e generale, cioè deterrente, così da prevenire la commissione di ulteriori reati; alla misura di sicurezza, invece, quella di prevenzione speciale, essendo volta a neutralizzare la pericolosità⁵² del reo e, quindi, a evitare che il soggetto agente integri nuovamente una condotta di reato.

Alla luce di tale differente funzione e fondamento si spiega il regime giuridico previsto dal codice.

A norma dell'art. 202 c.p. *“le misure di sicurezza possono essere applicate soltanto alle persone socialmente pericolose che abbiano commesso un fatto previsto dalla legge come reato⁵³”*. Due, quindi, i presupposti richiesti dalla norma *de qua*: uno oggettivo, quale la commissione di un fatto previsto dalla legge come reato⁵⁴, uno soggettivo, come la pericolosità sociale. Tale presupposto viene valutato sulla scorta dei criteri di cui all'art. 133 c.p., all'esito di un giudizio prognostico in concreto.

⁵¹ La genesi storica di tale assetto è il frutto di una soluzione compromissoria tra istanze della Scuola classica e quelle della Scuola positiva.

⁵² La nozione di pericolosità è definita dall'art. 230 c.p. secondo cui *“agli effetti della legge penale, è socialmente pericolosa la persona, anche se non imputabile o non punibile, la quale ha commesso taluno dei fatti indicati nell'articolo precedente, quando è probabile che commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reati”*.

⁵³ L'art. 202, comma 2 c.p. prevede un'eccezione alla norma generale di cui al comma 1. La disposizione citata prevede, infatti, che *“La legge penale determina i casi in cui a persone socialmente pericolose possono essere applicate misure di sicurezza per un fatto non preveduto dalla legge come reato”*. La dottrina le qualifica come misure di prevenzione, trovando applicazione *ante o praeter delictum*.

⁵⁴ Salvo il caso di reato impossibile (art. 49 c.p.), di accordo criminoso non eseguito e di istigazione non accolta (art. 115 c.p.).

Nell'ambito della categoria delle misure di sicurezza si distinguono, ancora, quelle personali, le quali presuppongono la pericolosità dell'autore, e quelle patrimoniali, che, invece, presuppongono la pericolosità della cosa. Sono riconducibili a tale categoria la cauzione di buona condotta e la confisca.

Orbene, l'art. 240 c.p. prevede la confisca facoltativa degli strumenti del reato, del prodotto o 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 cui fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione e l'alienazione costituisce reato.

Il legislatore inquadra l'istituto tra le misure di sicurezza, sulla scorta di quanto affermato nella Relazione al progetto del codice penale⁵⁵. Tuttavia, nonostante tale collocazione sistematica, la sua finalità preventiva non è stata pacificamente condivisa nel panorama dottrinale.

L'orientamento tradizionale in dottrina⁵⁶ ne evidenzia il fine precipuamente preventivo, proprio delle misure di sicurezza, valorizzando l'inquadramento sistematico dell'istituto e il suo presupposto, ossia la pericolosità (anche solo presunta) della *res* in forza del suo collegamento con l'illecito e, per le cose obiettivamente illecite, la non necessità di una sentenza di condanna⁵⁷ e l'identità di funzione rispetto alle misure di sicurezza personali. Ed invero, se queste ultime hanno come presupposto la pericolosità della persona, la misura reale trova sì nella pericolosità della cosa il suo requisito, che tuttavia vive in una relazione bilaterale con il soggetto⁵⁸.

Anche la giurisprudenza ne ha sostenuto il carattere preventivo, collegando la confiscabilità alla necessità di prevenire nuovi reati, attraverso il riutilizzo delle cose già impiegate per la commissione del reato cui si riferisce la condanna⁵⁹.

⁵⁵ *Relazione ministeriale al progetto preliminare del codice penale*, I, Roma, 1930, p. 245.

⁵⁶ L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Cedam, Padova, 1997, p. 22.

⁵⁷ E. NICOSIA, *op.cit.*

⁵⁸ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, parte generale*, IX edizione 2013, Nel diritto, Roma, p. 1514.

⁵⁹ Cass. pen., Sez. Un., 22 gennaio 1983, in *Giust. Pen.*, 1984, II, c. 35.

Tuttavia, come emergerà dal prosieguo della trattazione, la confisca va sempre più assumendo una funzione general-preventiva dissuasiva, con caratteri più propri di una pena accessoria, quali quelli della sua alternatività o sostituibilità con altre pene accessorie o anche della stessa “*obbligatorietà della sua applicazione, rinunciando così ad un qualunque accertamento della cd. pericolosità della cosa*⁶⁰”.

Alcuni autori arrivano, pertanto, a negare del tutto natura di misura di sicurezza alla confisca, ritenendo che essa persegua un fine repressivo, al pari della pena tradizionale. Si è addirittura parlato di “*frode delle etichette*⁶¹”, per sottolineare che il legislatore ha cercato di riunire sotto l’unico *genus* della confisca, differenti modelli con diverse funzioni, col fine precipuo di potere applicare la disciplina meno garantista delle misure di sicurezza.

Gli argomenti posti a sostegno di tale impostazione evidenziano il carattere definitivo del provvedimento ablatorio, la necessità di una sentenza di condanna, e la sua applicazione da parte del giudice penale nell’ambito di un procedimento anch’esso penale.

A supporto di tale approdo, va rilevato che, già con riferimento alla confisca ex art. 240 c.p., si evince che la natura e la funzione politico-criminale della stessa sono strettamente connesse all’oggetto della sottrazione. Ed invero, appuntando l’attenzione sulla *res* attinta dal provvedimento ablatorio, la dottrina tende a distinguere tra le ipotesi di confisca con una maggiore finalità preventiva, nelle quali va annoverata la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato⁶², e le ipotesi con una connotazione repressiva più pregnante, quali la confisca del prodotto, del profitto e del prezzo del reato, nonché molte delle ipotesi contemplate dalla legislazione speciale.

⁶⁰ A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, cit. 50; cfr. anche A. MELCHIONDA, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di confisca*, in *Riv. Dir. proc. pen.*, 1977, p. 334.

⁶¹ Idem.

⁶² G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO e T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, sub art. 240, p. 610; cfr. anche Corte cost. 17 luglio 1974, n. 229, in *Giur. cost.*, 1974, 2297.

Un altro orientamento dottrinale⁶³, su posizioni ancora più estreme, invece, non riconosce una finalità preventiva nemmeno alla confisca facoltativa dello strumento del reato: ciò in quanto, anche in tale ipotesi la confisca assume una connotazione sanzionatoria in relazione alla perdita patrimoniale connessa all'ablazione, tanto più significativa quanto più è elevato il valore del bene aggredito.

Con riferimento specifico alla confisca del prodotto o del profitto del reato, invece, la tesi *de qua* individua quale funzione sua propria quella di compensazione o di riequilibrio dell'ordine economico violato. Essa riporterebbe, infatti, la situazione patrimoniale del reo allo stato antecedente a quello della commissione del fatto di reato, impedendogli di godere del frutto della sua attività criminosa. In tale ipotesi la confisca, in definitiva, si fonderebbe sul principio secondo cui l'attività criminosa non può determinare un accrescimento di ricchezza per l'interessato⁶⁴.

Parte della dottrina⁶⁵ ha, invece, attribuito alla confisca una differente funzione, disconoscendone la natura di misura di sicurezza. Ciò sul rilievo per cui la disciplina propria delle misure di sicurezza mal si attagierebbe alla confisca. Si sostiene, nello specifico, che come misura di sicurezza, essa dovrebbe conseguire una duplice finalità: da un lato quella di privare l'agente della cosa che, impiegata per commettere il reato, potrebbe alimentare *pro futuro* la spinta a commettere ulteriori reati; dall'altra quella di sottrarre il frutto del reato commesso, così da negargli quelle utilità derivanti dall'attività criminosa.

Secondo l'orientamento dottrinale in esame, già la valutazione del carattere di pericolosità della cosa evidenzia la peculiarità della confisca rispetto alle misure

⁶³ R. TARTAGLIA, *La confisca penale*, in *Codice delle confische e dei sequestri* a cura di R. Tartaglia, Roma, 2012, p. 49 ss.

⁶⁴ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 8 aprile 2013, n. 24277.

⁶⁵ A. DE MARSICO, *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, sotto la direzione di Conti, I, Milano, 1934, p. 963; SANTORO, *Manuale di diritto penale*, I, Torino, 1958, p. 622; V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, p. 384; D. LORENZO, *Dal procedimento di impugnazione alla natura giuridica della confisca*, in *Temi*, 1957, pp. 144-145.

di sicurezza *tout court*. Se per queste, infatti, presupposto soggettivo della loro applicazione è la pericolosità del soggetto, per la confisca esso si attegga in maniera differente. Ed infatti, essa sembra avere natura ibrida, potendo essere riferita sia alla *res* che alla persona, o meglio unitamente a entrambe, legate da un rapporto quasi di “osmosi”⁶⁶. La sottrazione del bene, infatti, interrompe tale relazione, facendo venire meno la situazione di pericolo⁶⁷. Diversamente, il bene lasciato nella disponibilità del soggetto agente, costituirebbe un incentivo per la commissione di ulteriori fattispecie criminose.

A confutare quanto prospettato, secondo la tesi ermeneutica in esame, non sarebbe decisivo nemmeno il dato normativo. Sul punto, si rileva come, a fronte di una definizione della confisca in termini di misura di sicurezza, lo stesso art. 236 c.p. detta per essa un differente regime giuridico rispetto alle misure di sicurezza personali. Si pensi ad esempio alla non applicabilità delle norme sulla pericolosità sociale (giacché afferenti alla persona e non alla *res*) e dell’istituto della revoca⁶⁸, proprio perché la confisca ha carattere permanente in quanto la pericolosità imprime alla *res* uno stigma definitivo.

Va ancora rilevato che, a differenza delle altre misure di sicurezza, la confisca potrà essere inflitta anche in sede di applicazione della pena su richiesta delle parti⁶⁹.

Orbene, in considerazione di quanto prospettato, la dottrina ha esplicitamente asserito che la confisca, così come concepita nel codice Rocco, appare come “*un ibrido istituto di repressione penale e di prevenzione amministrativa*”⁷⁰.

⁶⁶ L. FURNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, p. 23; M. MASSA, *Confisca (diritto e procedura penale)*, in *Enc.dir.*, VIII, 1961, p. 981.

⁶⁷ I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Milano, 1970, p. 148.

⁶⁸ A. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001.

⁶⁹ Con l’entrata in vigore della l. 12 giugno 2003, n. 134 tale disposto vale anche per la confisca facoltativa, fermo restando l’obbligo del giudice di motivazione. Cfr. Cass. pen., sez. VI, 27 febbraio 2013, n. 16253.

⁷⁰ Cfr. C. M. IACCARINO, *Confisca (Diritto amministrativo)*, in *Dig.it.*, IV, 1959, p. 36; M. TRAPANI, *Confisca: II) Diritto penale*, in *Enc. Giur.*, VIII, 1988, p. 4.

Il carattere ambivalente desunto dalle argomentazioni richiamate si riscontra anche, se non maggiormente, nell'ambito della legislazione speciale, in cui la disciplina della confisca presenta numerose differenziazioni.

Da tali considerazioni discende che la stessa distinzione tra pene e misure di sicurezza oggi può fondatamente essere messa in discussione⁷¹. Si sostiene, più in particolare, che alla luce dell'art. 27 della Costituzione tutte le pene, e più in generale tutto il sistema sanzionatorio, devono essere orientati verso la rieducazione. Il disposto costituzionale, in definitiva, "*annulla, o comunque scolorisce ogni possibile differenza tra pene e misure di sicurezza sul piano della finalità*⁷²".

Affermata una identità di funzione tra pene e misure di sicurezza, pertanto, non appare più giustificabile il differente trattamento giuridico previsto per le misure di sicurezza, con tutto ciò che ne consegue sul piano applicativo. Il riferimento è all'applicazione del principio di irretroattività, esplicitamente sancito per le pene, ma non anche per le misure di sicurezza.

Appare, quindi, evidente che la riconducibilità della confisca nell'ambito di un *genus* piuttosto che nell'altro non ha mere implicazioni di tipo teorico, avendo rilevanti conseguenze sul piano pratico-applicativo.

2.1. La confisca facoltativa.

L' art. 240 c.p. contempla al primo comma la confisca facoltativa degli strumenti del reato.

⁷¹ Cfr. G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO e T. PADOVANI, *Commento sistematico del codice penale, pre-art. 199*, pp. 419 ss.; v. anche F. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1978, p. 271 ss.; Id., *Misure di sicurezza*, in *Enc. Giur.*, XX, 1990, p.315.

⁷² Idem.

Presupposto per l'adozione di tale misura, enunciato sin dall'*incipit* della norma in esame, è la statuizione di condanna. In tale ipotesi, il giudice discrezionalmente può adottare la confisca, nell'esercizio di un potere legato alla valutazione di tutte le circostanze del caso. Alla sentenza di condanna è equiparata l'applicazione della pena su richiesta delle parti. Al contrario, nel decreto penale di condanna⁷³, è possibile ordinare la confisca solo nei casi di confisca obbligatoria.

Nell'esercizio del potere discrezionale, assume carattere centrale la valutazione della pericolosità "reale" del bene, nel senso della probabilità che sia utilizzato nella commissione di ulteriori reati⁷⁴.

Sulla definizione di pericolosità "reale" sono emersi orientamenti interpretativi diversi. È stato così individuato il presupposto dell'ablazione nel rapporto di necessaria strumentalità della cosa rispetto al reato (la res deve essere stata "*condicio sine qua non*" dello stesso); sul punto la Suprema Corte di Cassazione ha affermato che le cose che siano servite o destinate a commettere il reato, devono essere legate all'esecuzione dello stesso da un nesso "*strumentale, essenziale e non meramente occasionale*"⁷⁵, dovendo essere indispensabili per la sua esecuzione.

In altri casi, invece, è stato ritenuto sufficiente che la cosa abbia facilitato la realizzazione del reato, a prescindere dal requisito della indispensabilità della *res* per la commissione del reato⁷⁶, dovendosi in definitiva accertare "*uno stretto nesso strumentale che riveli effettivamente la possibilità futura del ripetersi di un'attività punibile*"⁷⁷.

⁷³ Art. 459 c.p.p.

⁷⁴ Ex multis, cfr. Cass. pen., Sez. Un., 22 gennaio 1983, in *Giust. Pen.*, 1984, II, p. 35.

⁷⁵ Cass. pen., sez. fer., 22 agosto 2013, n. 35519, in *Dir. giust.*, www.dirittoegiustizia.it; Cass. pen., 11 febbraio 1993, in *Mass. C.E.D.*, n. 193403; Cass. pen., 21 dicembre 1990, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 504.

⁷⁶ A. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001 p. 119.

⁷⁷ Cass. pen., 10 marzo 2008, n. 25793, in *Guida al diritto* 2009, fasc. 39, p. 100 ss.

L'orientamento in esame, quindi, pone il nesso di strumentalità quale parametro per l'accertamento della pericolosità, che si fonda sul rapporto tra il soggetto agente e la cosa. Esso è, infatti, "*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*"⁷⁸.

Orbene, in applicazione di tali rilievi, nella concreta prassi applicativa è stata esclusa la sussistenza del rapporto causale tra cosa e reato, rispetto all'auto utilizzata per giungere al luogo del delitto o per allontanarsi con la refurtiva⁷⁹, o per favorire la prostituzione⁸⁰ o per commettere il reato di atti osceni in luogo pubblico, trattandosi di uno strumento di agevolazione occasionale della condotta criminosa, nonché fungibile⁸¹.

La giurisprudenza ha comunque avuto modo di ribadire che la pericolosità della cosa può essere individuata allorché quest'ultima abbia natura tale da non essere facilmente sostituibile da parte dell'autore del reato per successivi impieghi⁸².

Non può tuttavia trascurarsi il fatto che in tale valutazione discrezionale, vada considerata anche *la pericolosità soggettiva* dell'autore del reato, che si riflette sulla pericolosità della cosa, nel senso che la pericolosità reale (attitudine dello strumento ad essere riutilizzato o prognosi di sua riutilizzazione) può essere ritenuta soltanto laddove si ravvisi la pericolosità di chi ne ha fatto uso (capacità di commettere ulteriori reati). Essendo evidente che se il reato è stato il frutto di una estemporanea decisione, appare improbabile che l'autore possa commettere ulteriori reati, ancorché lo strumento impiegato sia in astratto idoneo a nuove utilizzazioni illecite. Peraltro tale lettura interpretativa consente di riaffermare la natura di misura di sicurezza della confisca in esame che, in quanto tale, deve

⁷⁸ Cass. pen., 6 giugno 1994, in *Riv. Pen.*, 1995, p. 1096.

⁷⁹ Cass. pen., sez. feriale, 22 agosto 2013, n. 35519, cit.

⁸⁰ Cass. pen., 19 ottobre 1978, in *Riv. Pen.*, 1979, p. 161.

⁸¹ Cass. pen., 11 febbraio 1993, cit.

⁸² Ex. Multis Cass. pen., n. 1411 del 1988, Spampinato.

essere destinata ad evitare la commissione di ulteriori reati; in tal senso non si può prescindere da una prognosi di pericolosità soggettiva⁸³.

Ciò perché se è vero che il giudizio di pericolosità soggettiva rappresenta una condizione necessaria per l'applicazione di una misura di sicurezza personale (art. 202 c.p.), è altrettanto vero che anche la misura di sicurezza reale in argomento deve trovare la propria giustificazione causale in una prognosi analoga.

Non sembra pertanto compatibile l'applicazione dell'istituto in esame ai reati colposi, come si desume dall'espressione codicistica "*cose che servirono o furono destinate a commettere un reato*", che sembra presupporre la finalizzazione volontaria dello strumento rispetto al reato (necessariamente doloso)⁸⁴.

Ancora, la possibilità di una reiterazione della condotta criminosa derivante dalla detenzione del bene sequestrato è stata valutata sulla base di un giudizio generico di prognosi di recidiva. Ne è derivata, come messo in rilievo dalla dottrina⁸⁵, una maggiore accentuazione del carattere repressivo-punitivo della confisca⁸⁶. Alla luce di tale orientamento giurisprudenziale, è stata considerata confiscabile l'auto usata dallo spacciatore di stupefacenti, sul semplice rilievo secondo cui l'uso del veicolo rende più facile e più insidioso l'esercizio dell'attività criminosa⁸⁷.

In definitiva, è sufficiente che la cosa abbia rappresentato per l'agente uno stimolo alla reiterazione del reato.

Si è, infatti, ritenuto che le cose che servono a commettere il reato sono quelle "*impiegate nell'esplicazione dell'attività punibile, senza che siano richiesti requisiti di indispensabilità, ossia che debba sussistere un rapporto causale*

⁸³ Circa l'esigenza di una prognosi di recidiva che si affianchi alla prognosi di pericolosità reale, v. A. ALESSANDRI, op.cit.; L. FIORAVANTI, *Brevi riflessioni in tema di confisca facoltativa*, in *Giur. it.*, 1992, II, p. 505. Contra M. MASSA, voce *Confisca* (dir e proc. Pen.) in *Enc. dir.*, VIII, Milano, 1961.

⁸⁴ Contra A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, op.cit. p. 127.

⁸⁵ Cfr. G. SABATINI, *Sulla natura giuridica della confisca dei beni*, in *Giust. Pen.*, 1946, II, p. 728.

⁸⁶ Ed invero se la pericolosità non è legata al rapporto reo-cosa, la sottrazione della cosa non persegue alcuna finalità preventiva.

⁸⁷ Cass. pen., 12 gennaio 2001, in *Mass. C.E.D.*, n. 218425.

*diretto e immediato tra la cosa e il reato nel senso che la prima debba apparire come indispensabile per l'esecuzione del secondo*⁸⁸”.

Appare allora evidente che il primo dei suesposti orientamenti, in base al quale la cosa deve costituire lo strumento essenziale per il reato, valorizza la finalità preventiva della confisca misura di sicurezza. L'altro, invece, finisce con il conferire alla confisca una finalità repressiva, assimilandola a una pena accessoria.

Attenta dottrina⁸⁹ osserva che sarebbe preferibile la prima interpretazione, e dunque ritenere confiscabili solo le cose “necessarie” alla realizzazione della fattispecie tipica; in tal senso si valorizza la qualificazione esplicita ad opera del legislatore in termini di misura di sicurezza, le si riconosce dunque finalità preventiva e si evita di dilatarne eccessivamente l'ambito operativo.

Alla luce della diffusa prassi applicativa della confisca degli strumenti, si auspica un intervento legislativo che prenda atto della funzione punitiva della misura in esame nell'applicazione del *quantum* sanzionatorio⁹⁰.

La connotazione punitiva parrebbe confermata anche dalle fonti sovranazionali⁹¹, le quali evidenziano la necessità di informare la confisca degli strumenti al principio di proporzionalità⁹², mitigandone gli effetti⁹³.

In tal modo la sua applicazione risulterebbe più conforme ai principi costituzionalmente rilevanti di tassatività e di proporzione. Diversamente, questi potrebbero essere lesi, dal momento che il *quantum* confiscabile non è

⁸⁸ Cass. pen., sez. VI, 28 maggio 2009, in *Guida al diritto*, 2009, fasc. 29, p. 46; Cass. pen., sez. I, 18 settembre 2008, in *Mass. C.E.D.*, n. 241304, in cui si è ritenuta confiscabile una palestra in cui avveniva la distribuzione illecita di sostanze anabolizzanti.

⁸⁹ A. MAUGERI, op. cit.

⁹⁰ Come prevede l'art. 114 co. 3 del progetto di riforma elaborato dalla Commissione Grosso nel 2000.

⁹¹ Il riferimento è al considerando n. 17 della direttiva n. 2014/42/UE, in cui si dispone che la confisca 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”.

⁹² Il riferimento è alla clausola di onerosità, prevista dal considerando n. 18 della direttiva citata, che prevede la possibilità di non applicare o comunque mitigare gli effetti del provvedimento ablatorio qualora risulti sproporzionata.

⁹³ In tal senso prevede anche l'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.

predeterminato dalla legge. Si finirebbe, infatti, con l'applicare una pena accessoria scarsamente tassativa, determinata in base alle circostanze del caso concreto, con conseguente violazione del principio di parità del trattamento sanzionatorio.

Va, ancora, per completezza, richiamato il recente intervento del legislatore introdotto con la L. 15 febbraio 2012 n. 12⁹⁴, la quale ha riformulato l'art. 240 comma 2 c.p., introducendo la confisca obbligatoria degli strumenti dei reati informatici. Il nuovo disposto normativo depone anch'esso per una connotazione in senso repressivo-punitivo della confisca, fondandosi su una presunzione assoluta di pericolosità degli strumenti informatici⁹⁵.

La confisca degli *instrumenta delicti* è altresì prevista in ipotesi specifiche di fattispecie di reato, quali la confisca del denaro del giuoco d'azzardo e degli arnesi od oggetti ad esso destinati (art. 722 c.p.), la confisca delle cose utilizzate nei reati di contrabbando e in particolare dei mezzi di trasporto (art. 301 d.P.R. 43/73), la confisca del mezzo di trasporto utilizzato per il traffico illecito di rifiuti (art. 259 co. 2, dlgs. 152/06). Orbene, anche con riferimento a tali tipologie, parte della dottrina⁹⁶ ritiene che non sia sempre predicabile la natura preventiva di tale misura, quantomeno per il delinquente professionale, in quanto la privazione dello strumento del reato non sempre potrebbe disincentivarlo, stante la facilità⁹⁷ di reperire altri mezzi.

⁹⁴ La Legge 15 febbraio 2012, n. 12 ha aggiunto al comma 2 il n. 1bis), il quale fa riferimento ai “beni e strumenti informatici o telematici che risultino essere stati in tutto o in parte utilizzati per la commissione dei reati di cui agli articoli 615 ter, 625 quater, 615 quinquies, 617 bis, 617 ter, 617 quater, 617 quinquies, 617 sexies, 635 bis, 635 ter, 635 quater, 635 quinquies, 640 ter e 640 quinquies c.p.”.

⁹⁵ Cfr. R. TARTAGLIA, *La confisca penale*, in *Codice delle confische e dei sequestri*, a cura di R. TARTAGLIA, Nel diritto, Roma, 2012, p. 44.

⁹⁶ E. NICOSIA, op.cit.

⁹⁷ Il riferimento è al caso dell'uso del mezzo di trasporto.

Ulteriore ipotesi di confisca facoltativa contemplata dall'art. 240 c.p. è la confisca del prodotto o del profitto del reato⁹⁸.

Il legislatore si è mostrato inizialmente timido nei riguardi dell'aggressione patrimoniale, puntando l'attenzione sulle pene tradizionali.

Ed infatti, se la previsione di confisca facoltativa con riferimento agli "strumenti" appare frutto di una scelta ragionevole legata alla opportunità che si valuti la pericolosità del bene in sé e le sue potenzialità di utilizzo futuro, non appare certo improntata a criteri di rigore la scelta di contemplare come facoltativa la confisca del prodotto e del profitto del reato. Con la conseguenza che la possibilità che l'autore del reato mantenga gli effetti di arricchimento conseguiti attraverso la consumazione del reato si traduce in un incentivo alla commissione di reati a vocazione "patrimoniale".

Peraltro, tale approccio traeva alimento dalla impostazione tradizionale del diritto penale, tendente ad affidare in via pressoché esclusiva la repressione (e quindi anche la prevenzione speciale), alla comminatoria della pena personale.

Tale concetto viene progressivamente abbandonato, per affacciarsi ad una prospettiva più ampia della confisca del profitto, anche per equivalente, come sarà di seguito evidenziato.

Con riferimento al prodotto, rientrano in tale nozione quei beni derivanti dalla realizzazione del reato⁹⁹, il "*risultato empirico del reato*"¹⁰⁰.

È stata evidenziata la finalità preventiva della misura, giacché sottraendo all'autore dell'illecito il frutto della sua attività criminosa, lo si disincentiva verosimilmente dalla reiterazione di quest'ultima.

⁹⁸ Il Dlgs. 29 ottobre 2016, n. 202, attuativo della direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi del reato nell'Unione europea, ha introdotto una importante modifica all'art. 240 c.p. prevedendo come obbligatoria la confisca dei beni che costituiscono il profitto o il prodotto dei reati specificatamente indicati dal secondo comma, numero 1-bis), ovvero di somme di denaro, beni o altre utilità di cui il colpevole abbia la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto, se non è possibile eseguire la confisca del profitto o del prodotto diretti.

⁹⁹ A. ALESSANDRI, op.cit.; A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, I, Utet, Torino, 1958, p. 388.

¹⁰⁰ M. MASSA, op. cit.

Tuttavia, non è mancato chi ne ha evidenziato anche in tal caso il carattere afflittivo, sul rilievo che la stessa prospettazione della confisca del profitto costituisca contropunta alla commissione del reato e valido strumento di prevenzione generale e speciale¹⁰¹. Ed infatti, la nozione di profitto richiama quello di “arricchimento” (*id est* incremento patrimoniale) dell’autore del reato, che l’ordinamento mira a contrastare e, tendenzialmente, ad annullare del tutto.

Oggetto di ampi contrasti giurisprudenziali è stata, invece, la determinazione della nozione di profitto di cui alla predetta norma.

La questione ha particolare rilevanza, anche laddove si considera che la definizione di profitto vale a perimetrare specularmente anche l’oggetto della confisca per equivalente, che si avrà modo di analizzare in seguito: come evidenziato anche dalla giurisprudenza di legittimità¹⁰², infatti, ciò che non può essere ricondotto entro la nozione di profitto confiscabile ex art. 240 c.p. non potrà costituire oggetto di confisca per equivalente.

Secondo l’orientamento giurisprudenziale più rigoroso¹⁰³, il profitto del reato deve essere identificato come un “*beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*”, “*pertinente al reato*”, secondo un rapporto di causa-effetto, tale che il profitto deve essere “*una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato*”. Perché possa ritenersi sussistente esso 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*”¹⁰⁴.

Sul punto, sono anche intervenute le Sezioni Unite¹⁰⁵, le quali hanno confermato il consolidato orientamento secondo cui il profitto del reato

¹⁰¹ E. NICOSIA, op.cit

¹⁰² Cass. pen., Sez. Un., 6 marzo 2008, n. 10280, in *Mass. C.E.D.*, n. 23870.

¹⁰³ Cass. pen., Sez. Un., 24 maggio 2004, n. 29951, in *Il Fisco*, 2004, n. 43, p. 7355; Cass. pen., Sez. Un. 25 ottobre 2005, n. 41936, in *Guida al dir.*, 2005, n. 41936.

¹⁰⁴ Cass. pen., Sez. Un., 2 luglio 2008, n. 26654, F. BONELLI, *D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di profitto confiscabile/sequestrabile*, in *Dir.pen.cont., riv.trim.*, n. 1-2012 p. 133.

¹⁰⁵ Cass. pen., Sez. Un., 25 giugno 2009 n. 38691, in *Mass. C.E.D.*, n. 244189.

presuppone l'accertamento della sua diretta derivazione causale dalla condotta dell'agente. È quindi richiesta la pertinenzialità diretta rispetto al reato.

Progressivamente tuttavia si è fatta strada un'accezione più ampia, comprensiva anche dei surrogati¹⁰⁶, ovvero quei beni in cui l'originario profitto di diretta derivazione causale dal reato è stato investito. Sono stati, dunque, inclusi le ulteriori utilità e cioè gli importi provenienti da investimenti successivi delle somme in altre attività lecite o i proventi di altre attività estranee alla attività criminosa¹⁰⁷.

Tale interpretazione individua quale *ratio* dell'istituto quella di “*rendere l'illecito penale improduttivo e, quindi, scoraggiare la commissione di ulteriore illeciti*”: essa, dunque, riconosce alla confisca una funzione general-preventiva, quale misura di sicurezza.

2.3. La confisca obbligatoria.

L'art. 240 c.p. contempla al secondo comma la confisca obbligatoria del prezzo del reato e delle cose intrinsecamente criminose (delle quali la fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato).

La confisca obbligatoria in argomento si collega alla presunzione di pericolosità del “prezzo” e delle cose “oggettivamente illecite”, rispetto alla quale non è necessario alcun accertamento (ex art. 240 co. 2 “*è sempre ordinata la confisca...*”)¹⁰⁸.

Ciò premesso, va messa in evidenza la differenza ontologica tra la nozione di profitto e di prezzo.

¹⁰⁶ A. ALESSANDRI, op.cit; Cass. pen., Sez. Un. 24 maggio 2004, in *Cass.pen.* 2004, p. 3087.

¹⁰⁷ Cass. pen., 25 gennaio 1995, n. 4114, in *Riv. Pen.*, 1995, p. 1531.

¹⁰⁸ R. GAROFOLI, op.cit.

Il profitto rappresenta la conseguenza economica diretta e immediata del reato¹⁰⁹, mentre il prezzo costituisce un fattore che incide sulla motivazione a delinquere¹¹⁰, quale somma di denaro o qualsiasi altra utilità data o promessa come corrispettivo del reato. In considerazione di tale definizione, la Suprema Corte¹¹¹ ha escluso che in esso possano essere identificati beni incautamente acquistati, come anche le somme provenienti dalla vendita di terreni abusivamente lottizzati¹¹².

Una questione ampiamente dibattuta dalla giurisprudenza in tema di confisca del prezzo del reato, è quella relativa alla sua applicabilità a fronte dell'intervenuta prescrizione.

Un certo indirizzo¹¹³ riteneva infatti che con l'impiego dell'avverbio "sempre" di cui al comma secondo dell'art. 240, il legislatore avrebbe inteso rendere applicabile la confisca a prescindere dalla condanna, e quindi anche in caso di estinzione del reato per prescrizione; laddove invece la confisca facoltativa (primo comma) presupporrebbe necessariamente la condanna ("in caso di condanna"). Tale orientamento faceva altresì leva sull'esclusione, per la confisca, ad opera dell'art. 236 co. 2 c.p., della regola di cui all'art. 210 c.p., che richiede quale presupposto indispensabile per le misure di sicurezza personali la pronuncia di condanna.

In proposito si è avuto un primo intervento a Sezioni Unite¹¹⁴, in cui i giudici di legittimità hanno evidenziato che l'obbligatorietà della confisca, anche

¹⁰⁹ A. ALESSANDRI, *Confisca (Voce)*, in *Dig. disc. pen.*, Padova, 1989.

¹¹⁰ La giurisprudenza ha affrontato la questione soprattutto con riferimento alle somme di denaro derivanti dall'attività di spaccio di sostanze stupefacenti. Tradizionalmente sono considerate come profitto e quindi assoggettate a confisca facoltativa (Cass., 22 aprile 1992, in *Giur. pen.*, 1992, III, 522). In altre pronunce, invece, al fine di evitare che somme sequestrate come corrispettivo dello spaccio di droga debbano essere restituite al reo in esito all'applicazione della pena ex art. 444 c.p.p., che ammette solo la confisca obbligatoria, ha rivisitato il concetto di prezzo del reato, facendovi rientrare il denaro che il cedente riceve dall'acquirente della droga; cfr. Cass. pen., 9 luglio 1993, in *C.E.D.*, n. 195717.

¹¹¹ Cass. pen., sez. VI, 6 aprile 1998, n. 6644.

¹¹² In www.neldiritto.it.

¹¹³ Ex multis, Cass. pen., sez. I, 25 settembre 200, in *Cass. pen.*, 2002.

¹¹⁴ Cass. pen., Sez. Un., 25 marzo 1993, Carlea, in *Giur. it.*, 1994, II.

se non è stata pronunciata condanna, è valida soltanto per le ipotesi strettamente indicate nel n. 2 del comma 2 dell'art. 240 c.p.; e ciò sulla base di un rilievo di tipo processuale, perché mentre le cose intrinsecamente criminose non “*richiedono accertamenti anomali rispetto all'obbligo dell'immediata declaratoria di estinzione del reato*”, negli altri casi il giudice, al fine di accertare la pertinenzialità, dovrebbe svolgere delle verifiche che lo porterebbero a superare i limiti della cognizione connaturata alla particolare *sedes* processuale nella quale viene dichiarata la estinzione del reato.

Tale esito è stato confermato da una successiva pronuncia del Supremo Consesso¹¹⁵, in cui parimenti è stata esclusa l'applicabilità della confisca obbligatoria del prezzo *ex* art. 240, comma secondo, n. 1 c.p., in caso di estinzione del reato. Il *decisum* si fonda su argomentazioni strettamente letterali della norma; più in particolare, l'avverbio “sempre” di cui al comma secondo dell'art. 240 c.p. avrebbe solo la funzione di diversificare la confisca obbligatoria, sottratta alla discrezionalità del giudice, da quella facoltativa del primo comma (“*può ordinare*”); fermo restando, quindi, il presupposto della condanna.

Il pregio di tale pronuncia è l'aver segnalato l'evoluzione del sistema normativo¹¹⁶, ove si ravvisano sempre più frequenti casi in cui il giudice dispone di ampi poteri cognitori del reato ai fini della confisca, nonostante la prescrizione¹¹⁷.

Malgrado tali interventi, vivido è rimasto il contrasto in giurisprudenza, il che ha condotto le Sezioni Unite a pronunciarsi nuovamente sulla questione.

¹¹⁵ Cass. pen., Sez. Un., 15 ottobre 2008, n. 38834, De Maio, in *Guida al dir.*, 2008, p. 74 ss.

¹¹⁶ Il riferimento è all'appellabilità *ex* art. 576 c.p.p. della pronuncia di proscioglimento ai fini civili. In tale giudizio il giudice, per condannare al risarcimento, perviene ad un accertamento della responsabilità malgrado la prescrizione del reato.

¹¹⁷ Cfr. Corte cost. n. 85 del 2008, in cui si afferma che “*la categoria delle sentenze di proscioglimento comprende, accanto a quelle ampiamente liberatorie con formule in fatto, anche sentenze che, pur non applicando la pena comportano in diverse forme e gradazioni un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato, o, comunque, l'attribuzione del fatto all'imputato stesso*”; la Corte dopo aver evocato il proscioglimento per concessione del perdono giudiziale, il proscioglimento per cause di non punibilità legate a condotte o accadimenti *post factum*, afferma: “*ciò in particolare vale per le dichiarazioni di estinzione del reato per prescrizione*”; cfr. anche Corte cost. n. 49 del 2015, di cui si parlerà nel proseguo.

L'ordinanza di rimessione¹¹⁸ dava atto di un indirizzo che riconosceva al giudice il potere di disporre la confisca nonostante la prescrizione del reato, sul rilievo che la legge, nel subordinare la confisca al requisito della "condanna", non richiederebbe la necessità di un giudicato formale di condanna, ma ricomprende ogni provvedimento contenente un accertamento sostanziale del fatto di reato¹¹⁹.

Orbene, con una recente pronuncia le Sezioni Unite¹²⁰, dopo aver confermato la funzione preventiva della confisca diretta del prezzo, giacché la stessa assolve la funzione di sottrarre al reo quanto non poteva lecitamente entrare nel suo patrimonio, ne hanno ammesso la sua applicabilità¹²¹ anche nel caso di prescrizione del reato, purché sia stata disposta condanna, in un precedente grado di giudizio, e quindi il giudice abbia accertato la sussistenza degli elementi della fattispecie tipica, la loro riferibilità all'imputato, e la qualificazione della *res* confiscanda in termini di prezzo del reato.

La Corte osserva che sarebbe contrario ai valori costituzionali, antigiuridico e immorale precludere la confisca del prezzo solo perché è intervenuta la prescrizione, dopo aver accertato il reato, la responsabilità del suo autore, e la ricezione da parte di questi di una somma a titolo di prezzo del reato.

Il sistema quindi, nella progressiva elaborazione giurisprudenziale, si evolve verso l'estensione dei casi di confisca obbligatoria¹²², anche senza condanna, a condizione che, risulti comunque accertata la sussistenza del reato e la responsabilità del suo autore¹²³.

¹¹⁸ Cass. pen., sez. VI, 19 novembre 2014, n. 47907.

¹¹⁹ G. CIVELLO, *Le Sezioni unite "Lucci" sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della "condanna in senso sostanziale"*, nota a Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, Lucci, in *Arch. Pen.*, n. 2 del 2015.

¹²⁰ Cass., Sez. Un., 26 giugno 2015, Lucci.

¹²¹ Il *decisum* è esteso alla confisca del prezzo e del profitto del reato di cui all'art. 322 ter.

¹²² V. la nuova formulazione dell'art. 322 ter c.p. a seguito della l. 190/12.

¹²³ Tale aspetto involge anche la confisca urbanistica, come si analizzerà nel prosieguo.

2.4. Il “limite” della confisca ex art. 240 c.p.: i diritti dei terzi estranei.

L'art. 240 c.p., dopo avere enunciato le ipotesi di confisca facoltativa e obbligatoria, prevede infine che la misura “*non si applica se la cosa... appartiene a terzi estranei al reato*”. Stabilisce così un limite soggettivo all'adozione del provvedimento ablativo, all'evidente fine di scongiurare l'ipotesi che un terzo estraneo al fatto di reato possa subire conseguenze nella propria sfera patrimoniale. Si fa così carico di garantire la posizione del terzo titolare del bene, a condizione che effettivamente si tratti di un soggetto “estraneo” all'episodio criminoso.

Peraltro, la natura di misura di sicurezza della confisca in esame impone la verifica dei presupposti di pericolosità con riferimento alla posizione dell'imputato, oppure riguardo al rapporto biunivoco tra la cosa, suscettibile di confisca, e l'imputato; rapporto che evidentemente non sussiste nel caso in cui la cosa appartenga al terzo estraneo.

Le categorie dell'”appartenenza” e dell'”estraneità” sono state oggetto di ampia elaborazione pretoria. Ciò con riferimento agli *strumenti* del reato e al *profitto* dello stesso, essendo stato da più parti sottolineato come rispetto al *prezzo* o al *prodotto* del reato non si ponga un problema di tutela del terzo. Il prezzo infatti, non può essere certo rivendicato da un terzo che assuma di esserne divenuto legittimo proprietario¹²⁴. Allo stesso modo per il prodotto, il quale viene acquisito dall'autore del reato a titolo originario cosicché, anche in tal caso, non possono concepirsi diritti in capo a soggetti diversi rispetto a questi.

In ordine al concetto di *appartenenza*, da un lato si è ritenuto riferibile non solo al diritto di proprietà, ma anche ai diritti di godimento. Essendo evidente che

¹²⁴ L. CAPRARO, *Disponibilità della res e tutela del terzo estraneo*, in *Sequestro e confisca*, a cura di M. Montagna, Giappichelli, 2017, p. 321.

la confisca in ipotesi disposta su un bene di cui il terzo abbia un diritto reale parziario, determinerebbe un danno ingiustificato alla sua sfera patrimoniale¹²⁵.

Ma il concetto è stato esteso anche ai titolari di diritti reali di garanzia, con la conseguenza che si è ritenuto che la confisca eventualmente disposta su bene gravato da diritto reale di garanzia non sia opponibile al creditore ipotecario¹²⁶, o, quantomeno, che lo Stato subentrato nel diritto dominicale sulla cosa, debba rispettare i diritti reali insistenti sul bene.

È stato tuttavia osservato che il giusto bilanciamento tra finalità preventiva che la confisca persegue, ossia di evitare la circolazione di *res* pericolose, e tutela dei diritti dei terzi imporrebbe di restringere il concetto di estraneità ai soli titolari del diritto di proprietà, consentendo dunque l'ablazione in tutti quei casi in cui il bene è gravato da un vincolo reale¹²⁷.

Il concetto di appartenenza viene comunque interpretato dall'indirizzo maggioritario in senso ampio, comprensivo di ogni forma di disponibilità anche in via di fatto del bene, sul rilievo che il legislatore non a caso ha fatto uso di tale termine piuttosto che riferirsi alla formale intestazione. In definitiva, se il terzo sia titolare soltanto apparente, in quanto intestatario fittizio, la confisca potrà essere ugualmente pronunciata.

Altrettanto complesso è il concetto di *estraneità* al reato.

Tale condizione è stata ritenuta nel caso di soggetto che non abbia avuto alcun collegamento né in termini di concorso né in termini di relazione funzionale rispetto al reato. Parte della dottrina ha ritenuto quindi che non sia estraneo al reato il soggetto che comunque abbia tratto utilità dallo stesso¹²⁸.

¹²⁵ F. CHIAROTTI, *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca*, in *Giust.pen.*, 1956, II, c. 639; M. TRAPANI, voce *Confisca*, in *Enc.giur.Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988, p.3; M. MASSA, voce *Confisca*, cit.

¹²⁶ M. MASSA, op.cit.

¹²⁷ A. ALESSANDRI, voce *Confisca*, cit.

¹²⁸ Cass. pen., sez. III, 19 gennaio 1979, n. 141690; cfr. anche Cass., sez. III, 28 gennaio 2010, n. 3901 in cui è stata esclusa l'estraneità al reato per il comproprietario di un immobile su cui erano state realizzati interventi abusivi, avendo così tratto un vantaggio dal reato.

La stessa Corte Costituzionale¹²⁹ ha avuto modo di affermare tale principio, sia pure con riferimento ad una diversa ipotesi di confisca, dichiarando la incostituzionalità della disposizione censurata nella parte in cui consentiva la confisca di cose di interesse artistico o storico¹³⁰ anche in danno di un terzo assolutamente incolpevole, così ribadendo la necessità di individuare un nesso rispetto al reato, sia in termini di partecipazione (materiale o morale) sia in termini di utilità conseguita.

È stata pure esclusa l'estraneità nel caso di soggetto che, per omessa vigilanza abbia "consentito" l'utilizzo del bene strumentale da parte dell'autore del reato: potendosi sanzionare in capo al terzo non solo la partecipazione diretta al reato, ma anche un'attività comunque agevolatrice o favoreggiatrice della sua commissione.

Evidentemente si finisce con il restringere i margini di tutela del terzo, del quale si pretende quindi l'assoluta estraneità al reato¹³¹.

Occorre evidenziare poi che la giurisprudenza richiede altresì il requisito della buona fede del terzo, intesa in senso diverso dalla buona fede civilistica di cui all'art. 1147 c.c., giacché anche la colposa inosservanza del dovere di cautela consente di escludere tale requisito¹³². Inoltre, sul terzo non opera alcuna presunzione di buona fede, gravando su di lui un vero e proprio onere probatorio¹³³.

Orbene, è possibile rilevare che l'impianto normativo originario, diretto primariamente a contrastare fittizie intestazioni di beni o creazione di schermi

¹²⁹ Corte cost., 14 gennaio 1987, n. 2.

¹³⁰ Questione di legittimità costituzionale dell'art. 66 della l. 1 giugno 1939, n. 1089, nella parte in cui prevede la confisca obbligatoria delle cose di interesse artistico o storico nei confronti di soggetti estranei al reato, anche quando non emerga un difetto di vigilanza. È stata denunciata in particolare la violazione dell'art. 3 Cost., giacché la disposizione tratta irragionevolmente alla stessa maniera i titolari della *res* autori del reato e i soggetti totalmente estranei ad esso.

¹³¹ Cass. pen., sez. I, 3 maggio 2000, n. 3281, in *Cass.pen.*, 2001, p. 1926.

¹³² Cass. pen., Sez. Un., 25 settembre 2014, n. 11170.

¹³³ Cass.pen., Sez. Un., 28 aprile 1999, Bacherotti, cit.

giuridici finalizzati proprio ad evitare la confisca¹³⁴, è stato interpretato nel senso di consentire l'ablazione in danno del terzo in ipotesi sempre più estese. Da qui l'esigenza di assicurare comunque al terzo il diritto di difesa, approntando degli strumenti attraverso i quali egli possa dimostrare l'effettività dell'appartenenza e la estraneità al reato.

A tale proposito, è stato pacificamente riconosciuto il diritto del terzo a proporre incidente di esecuzione, in esito al passaggio in giudicato della pronuncia ablativa.

Non sono mancate tuttavia decisioni nel senso di riconoscere l'ammissibilità dell'istanza del terzo a proporre incidente di esecuzione avverso una pronuncia - ancorché non definitiva - emessa nel giudizio di cognizione, nel quale egli era rimasto estraneo, concluso con il provvedimento di confisca, davanti al giudice d'appello competente per l'impugnazione. Tale soluzione è stata predicata applicando analogicamente la procedura dell'incidente di esecuzione (art. 667, co. 4, c.p.p. richiamato dall'art. 676, co. 1 c.p.p.)¹³⁵.

Tale orientamento appare peraltro in linea con la pacifica ammissibilità della proposizione di un'istanza di dissequestro proposta da chiunque vi abbia interesse al giudice della cognizione, diretta al riconoscimento della carenza dei presupposti del mantenimento del provvedimento cautelare: ciò anche nel caso in cui sia stata già disposta, sia pure con provvedimento ancora non definitivo, la confisca del bene.

Tanto si desume dalla previsione dell'art. 321 co. 3 c.p.p. secondo il quale il sequestro può essere revocato quando *“risultino mancanti, anche per fatti sopravvenuti, le condizioni richieste dal comma 1”*. Il riferimento alla richiesta del P.M. o dell'interessato lascia infatti ritenere che l'istanza possa anche essere

¹³⁴ Si pensi al caso non infrequente di autoveicoli intestati a società e utilizzati per il trasporto di merce di contrabbando.

¹³⁵ Corte d'appello Napoli, ord. 25 maggio 2016, con la quale rigetta l'opposizione proposta dai titolari (moglie e figlia dell'imputato delle quote di una società confiscata), avverso il provvedimento reiettivo della istanza di restituzione delle quote. Nello stesso senso, cfr. Cass. n. 14146/2001, Coin s.n.c. in *proc.* Chiazzese, Rv. 218641.

presentata dal terzo che assume di essere l'effettivo titolare del bene e ne chiedi la restituzione. Tale conclusione tuttavia non sembra pacifica, avuto riguardo alla formulazione letterale della disposizione citata, secondo la quale la carenza dei presupposti attiene soltanto alle condizioni di cui al comma 1, e cioè *“al pericolo che la libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o prostrarre le conseguenze di esso ovvero agevolare la commissione di altri reati”*¹³⁶.

Sembra pacifico invece sostenere che il terzo, per ottenere il dissequestro, non sia legittimato a dedurre la carenza dei presupposti del disposto provvedimento ablativo attinenti alla posizione dell'indagato (*fumus commissi delicti* e suscettibilità di attingere il bene con provvedimento ablativo).

Al di là degli strumenti richiamati, deve pacificamente escludersi la legittimazione a proporre appello avverso la statuizione di confisca che lo riguarda¹³⁷.

Tale limitazione è apparsa tuttavia non compatibile con i principi costituzionali, con riferimento agli artt. 3, 24, 42, 111 e 117 Cost., 6 e 13 CEDU, tant'è che la Corte di Cassazione, in un caso riguardante l'applicazione della confisca allargata di cui all'art. 12 sexies L. n. 356/92 ha rimesso alla Consulta la relativa questione di legittimità delle norme sulle impugnazioni nella parte in cui non prevedono la facoltà di proporre appello da parte dei terzi incisi nel diritto di proprietà; ciò argomentando sulla tassatività delle impugnazioni (art. 568 c.p.p.), e quindi sulla non estensibilità in via analogica.

La Corte Costituzionale¹³⁸, nel dichiarare inammissibile la questione, ha valorizzato il risultato del diritto vivente secondo il quale il terzo può proporre incidente di esecuzione a far data dalla emissione della confisca di primo grado, e quindi gode di adeguati strumenti di tutela, a fronte dei quali la mancata legittimazione a proporre appello risponde a principi di ragionevolezza.

¹³⁶ Cass. pen, sez. V, 15 luglio 2008, n. 37695.

¹³⁷ Ex multis, cfr. Cass. pen., sez. I, 11 novembre 2011, n. 47312.

¹³⁸ Corte cost., 24 ottobre 2017 (dep. 6 dicembre 2017), n. 253.

Più di recente, comincia ad essere riconosciuto il diritto a ricorrere ad altri mezzi di impugnazione avverso pronunce non definitive, nel senso che il terzo, nei confronti del quale si ribadisce il difetto di legittimazione a proporre incidente di esecuzione prima del passaggio in giudicato della pronuncia di confisca, può proporre ricorso al Tribunale del riesame ex art. 322 bis c.p.p.¹³⁹

Il limite rispetto a qualunque delle soluzioni prospettate è rappresentato comunque dalla conoscenza o conoscibilità del provvedimento ablativo da parte del terzo che assume di essere l'effettivo proprietario o che comunque rappresenta l'interesse a dimostrare l'appartenenza del bene e l'estraneità al reato. In proposito, seppure il recente intervento legislativo¹⁴⁰ abbia previsto la citazione nel processo di cognizione del terzo formale intestatario del bene sequestrato, non è prevista una sanzione processuale della mancata notifica o comunicazione del provvedimento cautelare al terzo; salvo a ritenere –sulla base di una ricostruzione sistematica dell'istituto - che comunque nel caso di formale intestazione del bene al terzo, l'omessa citazione determini una nullità del procedimento, che si riflette sulla decisione.

¹³⁹ Cass. pen., Sez. Un. 19 ottobre 2017, n. 48126.

¹⁴⁰ L'art. 21 della l. 17 ottobre 2017, n. 161 ha introdotto il comma 4- quinquies nel corpo dell'art. 12 sexies del D.l. n. 306 del 1992, imponendo l'obbligo di citazione dei terzi estranei sin dal giudizio di primo grado, in tal modo omologando la disciplina a quella della confisca antimafia.

3. Le “nuove” confische inserite nel corpo del Codice penale. La confisca per equivalente.

La legislazione successiva all'entrata in vigore del codice Rocco si connota per l'ampliamento delle potenzialità dell'istituto, attraverso l'introduzione di ipotesi speciali di confisca per determinati reati.

Il legislatore speciale da un lato introduce ipotesi di confisca obbligatoria, legata ad una pericolosità presunta *iuris et de iure*, dall'altro amplia l'oggetto della misura (includendo ad es. anche l'impiego di prezzo, prodotto e profitto).

Significativa è poi l'introduzione di forme di confische per equivalente.

Attraverso tali strumenti si “fugge” così dagli stretti limiti dell'art. 240 c.p.; prevedendo sia ipotesi di confisca obbligatoria (anche in casi in cui, stante il disposto dell'art. 240 c.p. l'applicazione sarebbe stata facoltativa e quindi rimessa alla discrezionalità giudiziaria, come la confisca del prodotto o del profitto); sia prescindendo del tutto dal nesso di pertinenzialità, consentendo l'ablazione del *tantundem*.

L'introduzione nel corpus del codice penale di ipotesi di confisca obbligatoria ha riaperto il dibattito sulla sua natura giuridica; la stessa Corte Costituzionale¹⁴¹ ha avuto modo di sottolineare come *“l'applicazione dell'istituto della confisca obbligatoria... snatura il carattere della misura di sicurezza così come è strutturata e introdotta nel codice vigente e ne fa uno strumento anomalo di ambigua collocazione giuridica”*.

Una forma di confisca obbligatoria assai significati è quella prevista dal comma 7 dell'art. 416 bis c.p.¹⁴².

¹⁴¹ Corte cost., n. 229/1974.

¹⁴² Si ricordino anche, tra le altre: la confisca in materia di diritto d'autore (art. 171 *sexies*, co. 2, l. 22 aprile 1941, n. 633, introdotto dalla l. 18 agosto 2000, n. 248); la confisca per il reato di lottizzazione abusiva (oggi art. 44 o. 2 D.p.r. 6 giugno 2001, n. 380) e la confisca per il reato di guida in stato di ebbrezza e alterazione da stupefacenti, che verranno trattate nel capitolo successivo; la confisca del denaro e degli strumenti destinati al gioco d'azzardo ex art. 722 c.p.; la confisca nei confronti delle associazioni terroristiche ex art. 270 bis c.p.; la confisca nella legislazione sui rifiuti (dlgs. 152/06); la confisca in materia di immigrazione clandestina (art. 12, co. 4 dlgs. 22 gennaio 2004, n. 42).

La tipicizzazione del delitto di associazione mafiosa, operato con la L. 646/1982 attraverso l'inserimento nel codice dell'art. 416 bis si accompagna alla previsione di un nuovo caso di confisca obbligatoria. L'esperienza giudiziaria aveva infatti posto in evidenza i limiti applicativi dell'art. 416 c.p. (associazione semplice), poiché il fenomeno mafioso era difficilmente riconducibile alla generica formula descrittiva adottata da quest'ultima disposizione; si introduce così una fattispecie che valorizza le modalità tipiche dell'associazione mafiosa, assumendo elementi costitutivi connotati da una specifica offensività.

La nuova fattispecie incriminatrice ha, in particolare, individuato gli elementi del reato di associazione mafiosa, che lo pongono in rapporto di specialità con il reato ex art. 416 c.p. Essi sono costituiti dalla sussistenza di un vincolo associativo, dallo scopo dell'associazione, che non necessariamente ha come obiettivo la commissione di reati, potendo essere costituita al fine di acquisire potere estendendo la propria influenza, nonché dall'avvalersi della forza di intimidazione e della condizione di assoggettamento e di omertà che deriva dal vincolo associativo.

La consapevolezza che tale tipo di associazione dovesse essere colpita anche nella sua componente patrimoniale induce il legislatore della riforma ad introdurre la confisca obbligatoria, oltre che del prezzo del reato (atingibile già sulla base dell'art. 240 cpv. c.p.), anche degli strumenti del reato, del prodotto, del profitto o dell'impiego¹⁴³. Prevede così come obbligatoria la confisca anche nei casi in cui l'art. 240 c.p. la contempla come facoltativa (strumenti, prodotto e profitto). Introduce altresì la confisca obbligatoria dei beni che costituiscono l'impiego del prezzo, del prodotto o del profitto, al fine di consentire l'aggressione di beni, che seppure non direttamente scaturenti dal reato, costituiscano la sostituzione o la trasformazione dell'originario prezzo, prodotto o profitto.

¹⁴³ L'art. 416 bis c.p. comma 7 prevede, in particolare, che: "nei confronti del condannato è sempre obbligatoria la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e delle cose che ne sono il prezzo, il prodotto, o il profitto o che ne costituiscono l'impiego."

Tale ipotesi di ablazione presuppone quindi la condanna per il delitto associativo e richiede l'accertamento della pertinenzialità del bene da confiscare rispetto al delitto medesimo. A tale proposito è stato rilevato che il prezzo, il prodotto o il profitto si connette a reati-fine posti in essere dall'associato (come il delitto di estorsione) e non già al delitto associativo¹⁴⁴. In realtà, considerando la stretta correlazione teleologica tra il delitto associativo e i reati fine può fondatamente sostenersi che anche il prodotto, profitto o impiego dei reati-fine costituisca anche il prodotto, profitto o impiego del reato-mezzo¹⁴⁵, con conseguente piena operatività della confisca in esame.

Sulla scorta di analoga *ratio* furono introdotti, altresì, degli strumenti di prevenzione, quali il sequestro e la confisca di prevenzione, sempre volti a colpire le sostanze patrimoniali derivanti dall'attività criminosa di stampo mafioso, come si analizzerà nel prosieguo.

Ancora, la difficoltà di potere individuare e assoggettare a confisca obbligatoria il profitto diretto del reato ha determinato l'introduzione nel panorama normativo (anche *extra-codicem*) di una ulteriore forma di confisca: il riferimento è a quella per equivalente o di valore.

Tale misura riduce ulteriormente il nesso di pertinenzialità tra cosa e reato, essendo applicata, quando non sia possibile l'ablazione diretta del profitto, a quei beni per un valore corrispondente di cui il condannato ha la disponibilità diretta o indiretta. In definitiva, qualora non si rinvenga nella sfera patrimoniale del condannato l'originario bene o utilità economica derivante dal reato, la legge prevede l'ablazione obbligatoria dei beni o utilità per un valore corrispondente.

La prima forma di confisca per equivalente è stata introdotta nel codice dalla L. 7 marzo 1996, la quale, modificando l'art. 644 c.p. - rubricato reato di usura - prevede al comma 6 la confisca obbligatoria del prezzo o del profitto "ovvero di somme di denaro, beni ed utilità di cui il reo ha la disponibilità anche

¹⁴⁴ G. FIANDACA, *Commento all'art. 1 L. 13 settembre 1982, n. 646*, in *Leg.pen.*, 1982, p. 267.

¹⁴⁵ F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985, p. 233.

per interposta persona per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari”.

L'introduzione di una tale confisca deve essere certamente valutata alla luce della più ampia riforma introdotta dalla legge 7 marzo 1996 n. 108, la quale ha riformulato le fattispecie incriminatrici di cui alla norma ex art. 644 c.p.

Più in particolare, la norma attualmente vigente prevede due differenti ipotesi di reato, quali l'usura in senso stretto (comma 1) e la mediazione usuraria (comma 2). In entrambi i casi il legislatore sembra avere attribuito maggiore rilevanza a una dimensione, per così dire, oggettiva del reato, laddove fa riferimento all'usurarietà dei tassi, la cui soglia di liceità è predeterminata dalla legge. Il legislatore, in definitiva, preferisce colpire *in primis* quelle condotte considerate intrinsecamente lesive, senza che venga in rilievo l'elemento dell'approfittamento dello stato di bisogno al fine dell'integrazione del fatto di reato, il quale, tuttavia, non è del tutto eliminato, venendo in rilievo ex art. 644 comma 3 c.p.¹⁴⁶.

Orbene, l'elemento innovativo introdotto dalla novella del 1996 è costituito dal carattere obbligatorio della confisca del profitto.

Benché parte della dottrina¹⁴⁷ la qualifichi in termini di misura di sicurezza, è stato da altri evidenziato il carattere sostanzialmente afflittivo della misura, specie se si consideri che ormai la giurisprudenza propugna una nozione ampia di profitto, comprensivo non solo delle utilità economiche derivanti direttamente dal reato, ma anche di quelle indirette, come i surrogati.

La misura in esame trova applicazione sulla base della accertata responsabilità penale del soggetto per il reato di usura o mediazione usuraria con sentenza di condanna (o di applicazione della pena ex art. 444 c.p.p.). Inoltre, è

¹⁴⁶ La nuova formulazione della norma sembrerebbe privilegiare un nuovo bene giuridico rispetto a quanto previsto dalla precedente formulazione, posto a tutela dell'integrità patrimoniale dei consociati; mentre il testo novellato porrebbe al centro della tutela la protezione dell'economia pubblica e dell'ordinato svolgimento del mercato.

¹⁴⁷ A. NOCETI- M. PIERSIMONI, *Confisca e altre misure ablatorie patrimoniali*, Giappichelli, Torino, 2011, p. 27.

necessario che venga accertata la diretta ed immediata derivazione causale del profitto¹⁴⁸ (e del prezzo) dal reato. Tale onere di accertamento, tuttavia, risulta meno stringente, vista la confiscabilità di beni che costituiscono il reimpiego di quanto guadagnato dal reato¹⁴⁹.

L'introduzione della confisca per equivalente non si è limitata al predetto intervento normativo e negli ultimi anni, diversi sono stati gli interventi che hanno ampliato la portata dell'istituto.

Ed invero, anche a livello internazionale si è affermata l'esigenza di prevedere ed estendere l'ambito applicativo della confisca per equivalente, al fine di neutralizzazione quanto più possibile i vantaggi economici derivanti dall'attività criminosa. In conformità alle istanze di diritto internazionale¹⁵⁰ e comunitario¹⁵¹, pertanto, l'Italia ha introdotto nuove forme di confisca per equivalente.

Il riferimento è alla Legge 2000 n. 300¹⁵², la quale ha introdotto la confisca per equivalente nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione (artt. da 314 a 320 c.p.) e l'ha estesa anche ai delitti di truffa aggravata e frode informatica (artt. 640 comma 2, n. 1, 640-bis e 640-ter c.p.). Sono stati, pertanto, introdotti gli articoli 322 ter¹⁵³ c.p. e 640 quater¹⁵⁴ c.p.

¹⁴⁸ In tali casi l'accertamento del nesso di derivazione con il fatto di reato concerne il *quantum*, trovando la confisca applicazione all'importo corrispondente all'ammontare degli interessi e degli altri vantaggi o compensi usurari.

¹⁴⁹ M. BERTOLINO, *Le opzioni penali in tema di usura: dal codice Rocco alla riforma del 1996*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 1997, p. 774.

¹⁵⁰ L'Italia ha, in particolare, ratificato la Convenzione OCSE di Parigi del 17 dicembre 1997 sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali. L'art 3 prevede che *"ciascuna Parte deve adottare le misure necessarie affinché la tangente e i proventi derivanti dalla corruzione di un pubblico ufficiale straniero, o beni il cui valore corrisponde a quello di tali proventi, siano soggetti a sequestro o confisca o affinché sanzioni pecuniarie di simile effetto siano applicabili."*

¹⁵¹ L'art. 4 direttiva n. 2014/42/UE: *"Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca, totale o parziale, di beni strumentali e proventi da reato, o di beni di valore corrispondente a detti beni strumentali o proventi, in base a una condanna penale definitiva.."*

¹⁵² Legge di recepimento della Convenzione OCSE.

¹⁵³ Art. 322 ter c.p. – Confisca- *"Nel caso di condanna o applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 c.p.p., per uno dei delitti previsti dagli articoli da 314 a 320, anche se commessi da dai soggetti indicati nell'art. 322bis c.p., primo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a tale prezzo."*

Sulla falsariga di quanto già previsto dall'art. 644 c.p., l'art. 322 ter c.p. subordina l'applicazione della confisca alla pronuncia di una sentenza di condanna (o di un decreto penale di condanna) o di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 c.p.p. per uno dei delitti previsti dagli artt. 314-320 c.p. Per quanto concerne, ancora, il suo ambito applicativo, essa è disposta sulle cose che costituiscono il prezzo o il profitto del reato, salvo che appartengano a persona estranea al reato. Si tratta di una ipotesi di confisca obbligatoria¹⁵⁵(in deroga alla facoltatività della confisca del profitto ex art. 240 c.p.).

La confisca per equivalente trova, ad ogni modo, applicazione quando non sia possibile procedere all'ablazione del prezzo o profitto derivante dal reato, presentando la stessa carattere "sussidiario". Tale impossibilità deve essere sussistente al momento della sua irrogazione e deve emergere dalla motivazione del provvedimento che la dispone, anche quando la stessa sia soltanto temporanea¹⁵⁶. È quindi necessario accertare l'esistenza di un bene costituente profitto o prezzo del reato, *"la cui confisca sia impedita da un fatto sopravvenuto,*

Nel caso di condanna, o di applicazione della pena a norma dell'articolo 444 c.p.p., per il delitto previsto dall'articolo 321, anche se commesso ai sensi dell'art. 322bis c.p., secondo comma, è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicati nell'art. 322bis, secondo comma.

Nei casi di cui ai commi primo e secondo, il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di denaro o individua i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto o il prezzo del reato ovvero in quanto di valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato".

¹⁵⁴ Art. 640 quater c.p. – Applicabilità dell'art. 322 ter. *Nei casi di cui agli articoli 640, secondo comma, numero 1, 640bis e 640ter, secondo comma, con esclusione dell'ipotesi in cui il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nell'art. 322ter c.p."*

¹⁵⁵ Cfr. O. FORLENZA, *Confisca obbligatoria in caso di condanna definitiva*, In *Guida al diritto*, p. 52.

¹⁵⁶ In tal senso Cass. pen., sez. II, 10 dicembre 2008, n. 2823, in *C.E.D. Cass.*, 2008, secondo cui *"È legittimo il sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di beni costituenti profitto illecito anche quando l'impossibilità del loro reperimento sia transitoria e reversibile. Purché sussistente al momento della richiesta e dell'adozione della misura"*.

che non è indispensabile né abbia determinato la perdita od il trasferimento irrecuperabile¹⁵⁷”.

Come noto, l'art. 322 ter c.p. ha determinato un dibattito giurisprudenziale, che sarà richiamato nei suoi termini essenziali nel capitolo successivo¹⁵⁸.

4. La confisca nella legislazione *extra codicem*.

La connotazione dell'istituto giuridico della confisca non può essere desunta soltanto alla luce della disciplina codicistica vigente. Occorre, piuttosto, fare altresì riferimento ai vari interventi del legislatore che hanno inciso a livello di legislazione speciale, o comunque, extra-codicistica.

Non è agevole, né confacente con gli obiettivi del presente lavoro analizzare pedissequamente tutte le riforme normative che hanno inciso sulla confisca: pertanto, ci si soffermerà su fattispecie particolarmente significative, sulle quali è stata maggiormente intensa l'elaborazione dottrina e giurisprudenziale, specie con riguardo alla tutela del diritto di proprietà, del diritto di difesa, e dei diritti dei soggetti terzi incolpevoli.

Orbene, una prima ipotesi di confisca al di fuori del *corpus* del codice, si rinviene nella disciplina del codice civile. Il riferimento è al novellato art. 2641 c.c.¹⁵⁹, a seguito dell'entrata in vigore del D. Lgs. 11 aprile 2002 n. 61. La norma

¹⁵⁷ Cass. pen., sez. V, 3 luglio 2002, in *Riv.pen.*, 2003, pag. 669 e ss; Cass. pen., sez. VI, 12 marzo 2006, in *C.E.D. Cass. pen.*, n. 234505. Cfr. anche F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, Giuffrè, Milano, 2009.

¹⁵⁸ Il Dlgs. 29 ottobre 2016, n. 202., attuativo della direttiva 2014/42/UE relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato dell'Unione europea, ha modificato l'art. 240 c.p., prevedendo in modo generale la confisca per equivalente ove non sia possibile apprensione del profitto o prodotto dei reati specificatamente indicati nel secondo comma, n. 1-bis) della disposizione citata.

¹⁵⁹ La norma dispone che: “*in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti per uno dei reati previsti dal presente titolo è ordinata la confisca del prodotto o del profitto del reato e i beni utilizzati per commetterlo.*”

trova applicazione per tutti i reati previsti dagli articoli 2621 a 2640 del codice civile. Essa, rispetto alla pregressa normativa, prevede la confisca obbligatoria del prodotto, del profitto e degli strumenti del reato, e, nell'ipotesi in cui sia impossibile la loro individuazione e apprensione, la confisca per equivalente. Più in particolare, la norma in esame ha esteso l'obbligo della confisca, oltre che al profitto del reato, anche ai beni utilizzati per commetterlo.

Sul punto, va rilevato che la nuova norma si inserisce nel progetto del legislatore volto a reprimere e prevenire le nuove forme di criminalità di impresa¹⁶⁰.

Le confische in esame, infatti, costituiscono uno strumento dotato di una particolare efficacia deterrente: in forza del nuovo disposto ex art. 2641 c.c., in particolare, non solo il profitto, ma anche gli strumenti finanziari, impiegati nell'ambito dei reati societari, possono costituire oggetto di ablazione¹⁶¹.

Sempre alla luce delle esigenze di politica criminale, emerse all'esito della diffusione di fenomeni criminosi nell'ambito del settore economico-finanziario, va ancora considerata la confisca introdotta dal D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231¹⁶², il quale introduce una responsabilità di natura formalmente amministrativa delle persone giuridiche.

Per quanto rileva, il nuovo sistema introduce forme di confisca obbligatoria e per equivalente. La principale figura di confisca è quella prevista ex art. 19 del

Quando non è possibile l'individuazione o l'apprensione dei beni indicati nel comma primo, la confisca ha ad oggetto una somma di denaro o beni di valore equivalente.

Per quanto non stabilito nei commi precedenti si applicano le disposizioni dell'articolo 240 del codice penale".

¹⁶⁰ F. VERGINE, voce *Confisca*, in *Dig. disc.pen.*, IX, Agg., Utet, Torino, 2016, pp.179 ss.

¹⁶¹ Cfr. A. ALESSANDRI, *La confisca*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, Milano 2002, p. 106 ss.

¹⁶² La normativa prevede un criterio di imputazione oggettiva in capo agli enti per i reati commessi nel loro interesse, anche se non esclusivo o prevalente, o a loro vantaggio. Diversamente è esclusa ogni forma di responsabilità, se l'agente ha compiuto il reato nell'esclusivo interesse proprio o di terzi. Il sistema poi diversifica a seconda se il reato è stato commesso da un soggetto posto in posizione apicale o da un soggetto sottoposto. Nel primo caso l'ente si libera dalla responsabilità se dimostra l'adozione efficace di moduli organizzativi idonei a prevenire reati della specie di quello commesso. Se invece il reato è commesso da un soggetto sottoposto, la responsabilità dell'ente si fonda sull'accertamento che la commissione del reato sia stata resa possibile dall'inosservanza della violazione degli obblighi di direzione o vigilanza.

decreto¹⁶³, la quale necessita la condanna; tale disposizione, in continuità con quanto previsto per altre fattispecie, equipara la disciplina della confisca obbligatoria del profitto a quella del prezzo, “salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede”; Si tratta di una confisca che si atteggia come vera e propria pena principale, obbligatoria e autonoma, secondo quanto prospettato dalla giurisprudenza¹⁶⁴.

Sempre natura di sanzione principale riveste la misura prevista dal secondo comma dell’art. 23 della stessa legge, che si applica all’ente in caso di inosservanza della sanzione interdittiva commessa dalla persona fisica nell’interesse o a vantaggio dell’ente stesso.

Il decreto 231/2001 prevede, inoltre, altre due ipotesi di confisca del profitto, le quali trovano applicazione a prescindere dall’accertamento della responsabilità della persona giuridica.

Il riferimento è agli articoli 6 e 15: il primo prevede che “è comunque disposta la confisca del profitto che l’ente ha tratto dal reato, anche nella forma per equivalente”. Il comma 5 della disposizione citata prevede, poi, la confisca del profitto, anche nell’ipotesi in cui il reato sia stato commesso da soggetto in posizione apicale ma l’ente vada esente da responsabilità, per avere adottato validamente i necessari modelli organizzativi previsti dalla norma¹⁶⁵.

In tale ipotesi non sembra potersi affermare che la confisca abbia una funzione sanzionatoria, la quale differisce notevolmente da quella di cui all’art. 19, proprio perché difetta la responsabilità dell’ente. In proposito le Sezioni Unite della Corte di Cassazione¹⁶⁶ hanno sottolineato come, in mancanza del carattere di intrinseca pericolosità del bene oggetto di espropriazione, la confisca ha più la

¹⁶³ “Nei confronti dell’ente è sempre disposta, con la sentenza di condanna, la confisca del prezzo o del profitto del reato, salvo che per la parte che può essere restituita al danneggiato. Sono fatti salvi i diritti acquisiti dai terzi in buona fede.

Quando non è possibile eseguire la confisca a norma del comma 1, la stessa può avere ad oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o profitto del reato”.

¹⁶⁴ Cass. pen., Sez. Un., 2 luglio 2008, n. 26654, Fisia Italmobiliari.

¹⁶⁵ R. GAROFOLI, op.cit.

¹⁶⁶ Idem.

funzione di ristabilire l'equilibrio economico alterato dal reato presupposto. Gli effetti economici da questo derivanti, infatti, si producono comunque a vantaggio dell'ente collettivo, il quale, altrimenti, si troverebbe a conseguire, ancorché incolpevolmente, un profitto geneticamente illecito.

Per quanto concerne, poi, l'altra ipotesi prevista dall'art. 15¹⁶⁷, la norma, ove l'ente svolga un pubblico servizio o un'attività rilevante per la collettività o abbia, comunque, una dimensione tale da determinare ripercussioni sull'occupazione se l'attività fosse interrotta, consente al giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione interdittiva dell'interruzione temporanea dell'attività, di disporre la prosecuzione, previo commissariamento dell'ente. In tale ipotesi il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività deve essere confiscato.

Alla base della predetta disposizione, sta certamente l'esigenza di contemperare gli interessi tra l'esercizio della potestà punitiva dell'ordinamento giuridico e la necessità di evitare che dallo stesso possa derivare pregiudizio alla società.

Di qui la previsione della confisca del profitto derivante dall'esercizio dell'attività di impresa: l'ente non potrebbe, infatti, avvantaggiarsi della prosecuzione dell'attività. In tale ipotesi la confisca rileva, in definitiva, quale misura sostitutiva di quella interdittiva.

Ancora, tra gli interventi normativi che hanno sollevato problematiche in punto di applicazione dell'istituto della confisca, va richiamato il D.L. 23 maggio 2008 n. 92¹⁶⁸, il quale ha introdotto al comma 2 lett. c) e comma 7 dell'art. 186 e

¹⁶⁷ La norma prevede che: *“se sussistono i presupposti per l'applicazione di una sanzione interdittiva che determina l'interruzione dell'attività dell'ente, il giudice, in luogo dell'applicazione della sanzione, dispone la prosecuzione dell'attività dell'ente da parte di un commissario per un periodo pari alla durata della pena interdittiva che sarebbe stata applicata, quando ricorre almeno una delle seguenti condizioni: a) l'ente svolge un pubblico servizio o un servizio di pubblica necessità la cui interruzione può provocare un pregiudizio alla collettività; b) l'interruzione dell'attività dell'ente può provocare, tenuto conto delle sue dimensioni e delle condizioni economiche del territorio in cui è situato, rilevanti ripercussioni sull'occupazione.*

Il profitto derivante dalla prosecuzione dell'attività viene confiscato.

¹⁶⁸ Convertito in L. 24 luglio 2008, n. 125.

all'art. 187 d.lgs. n. 285 del 1992, per i reati di guida in stato di ebbrezza e di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti per la rilevazione del tasso alcolemico e di guida sotto l'influenza di sostanze stupefacenti, la confisca obbligatoria "*del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato*".

Ebbene, proprio il richiamo all'art. 240 c.p. ha sollevato dubbi in ordine all'applicazione intertemporale della misura *de qua*. Più in particolare, si è posta la questione dell'applicabilità della confisca in via retroattiva o meno, e quindi, la sua sussumibilità entro la *species* misura di sicurezza o pena, con ciò che ne deriva sul piano della garanzia del principio di legalità-irretroattività.

Il dibattito giurisprudenziale che è sorto sarà oggetto di approfondimento nel prosieguo: trovando una conclusione nel risolutivo intervento del legislatore, il quale con L. 2010 n. 120 ha eliminato ogni riferimento all'art. 240 c.p. e ha connotato la confisca quale sanzione amministrativa accessoria.

Fondamentali spunti di riflessione sono stati offerti anche dalla confisca urbanistica prevista in materia edilizia.

L'art. 44, comma 2 del T.U. n. 380/2001 prevede infatti per il giudice penale l'obbligo, ove accerti l'esistenza di una lottizzazione abusiva¹⁶⁹, di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati, nonché delle opere eventualmente realizzate sugli stessi. Con la confisca, il Comune, nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione abusiva, acquisisce di diritto e gratuitamente al suo patrimonio disponibile i terreni e le opere.

Su tale previsione, si innesta un dibattito, che sarà approfondito nel prosieguo.

¹⁶⁹ Senza che vi sia, dunque, alcun riferimento alla necessità della pronuncia di una sentenza di condanna.

Nell'apparato di contrasto al profitto da reato deve infine riconoscersi ruolo determinante alla confisca c.d. "allargata", introdotta dalla legge n. 356/92 quale misura conseguente alla condanna per diverse ipotesi di reato.

Tale misura colpisce obbligatoriamente il denaro, i beni o altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza, e di cui abbia la disponibilità, anche indiretta, in valore sproporzionato al proprio reddito dichiarato o alla propria attività economica. Lo strumento, ora richiamato all'interno del codice penale attraverso l'art. 240 bis¹⁷⁰, permette di apprendere beni non avvinti da un nesso di pertinenzialità con il reato, attingendo, piuttosto, a fronte della condanna per una delle fattispecie di reato previste dalla legge, i beni rientranti nella disponibilità del soggetto, anche per interposta persona. Inoltre, presuppone l'accertamento della sproporzione tra l'entità del patrimonio individuato in capo al soggetto ed i redditi dichiarati o comunque derivanti da attività lecite, e la mancata giustificazione della provenienza di tali entità patrimoniali¹⁷¹.

La giurisprudenza¹⁷², valorizzandone la natura di misura di sicurezza, ha specificato che non è necessario un collegamento tra la provenienza dei beni o delle utilità al singolo e specifico episodio criminoso, correlando la confisca all'accertamento in capo al soggetto condannato di una entità patrimoniale di cui non sappia giustificare la provenienza.

Ancora, al fine dell'applicazione della confisca, non rileva il fatto che l'acquisto dei beni sia avvenuto in epoca antecedente o successiva al reato per il quale si procede, o che il loro valore superi i proventi del delitto, rilevando, piuttosto, la pericolosità della detenzione attuale di quei beni, a prescindere dalla loro provenienza o derivazione, da parte del soggetto condannato.

Ebbene, le caratteristiche strutturali della confisca in esame rappresentano una novità assoluta rispetto alla confisca classica, e determinano la necessità di

¹⁷⁰ Introdotta dal dlgs. 1 marzo 2018, n. 21.

¹⁷¹ Essa è stata, poi, estesa dal legislatore ad ulteriori fattispecie di reato con la L. 45/2001, tra cui, senza pretesa di esaustività, si ricordano i reati con finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine pubblico, e, con l. finanziaria del 2007 anche ai reati contro la pubblica amministrazione.

¹⁷² Cass., Sez. Un., 19 gennaio 2004 n. 920.

una valutazione di compatibilità con il sistema di garanzie multilivello, come sarà approfondito nel prosieguo.

Alla luce di quanto finora prospettato, pare evidente che la “identità” dell’istituto della confisca non si attagli più perfettamente a quella tratteggiata dal legislatore del codice Rocco, aprendo una serie di problematiche in termini di garanzie sostanziali e processuali, che hanno alimentato il dibattito in dottrina e in giurisprudenza.

Il nuovo volto della confisca ha, infatti, aperto una serie di problematiche sul piano applicativo, come si avrà modo di mettere in evidenza nel prosieguo della trattazione.

Sulla scorta di quanto prospettato, appare evidente che, a seconda di come si connota la confisca in esame (in termini sanzionatori o di misura di sicurezza), diverso potrebbe essere il giudizio di legittimità della relativa normativa sul piano nazionale e sovranazionale.

Meriterà separata trattazione la confisca di prevenzione, per le sue peculiarità strutturali e per le rilevanti problematiche che essa pone, in termini di garanzie sostanziali e procedurali.

Orbene, analizzato l’*iter normativo* che ha, a grandi linee, interessato l’istituto giuridico in argomento, si porrà l’accento sul dibattito giurisprudenziale sia a livello nazionale che sovranazionale, che ne è derivato, impegnato negli anni nel trovare un difficile punto di equilibrio tra il rispetto dei diritti fondamentali e l’efficacia della lotta alle organizzazioni criminali.

Due saranno le direttive seguite: la questione della natura giuridica e, di conseguenza, la compatibilità della misura con il principio di legalità-irretroattività e con il sistema delle garanzie difensive del destinatario; il rapporto tra provvedimento ablatorio, il diritto di proprietà - riconosciuto quale diritto fondamentale alla luce delle fonti sovranazionali - e le esigenze di tutela dei soggetti terzi, non coinvolti nel fatto di reato.

CAPITOLO II

LA CONFISCA NEL DIBATTITO DELLA GIURISPRUDENZA NAZIONALE ED EUROPEA

SOMMARIO: 1. Premessa. Il rapporto tra diritto interno e CEDU e conseguenti implicazioni applicative. 2. Le condizioni legittimanti la limitazione del diritto di proprietà (art. 42 Cost. e art. 1 Prot. 1 CEDU). 3. La confisca e il principio di irretroattività nell'ordinamento interno. 4. Il principio di legalità ex art. 7 CEDU: la nozione sostanzialistica di pena nella giurisprudenza europea. 5. I riflessi della giurisprudenza europea sull'applicazione delle confische nazionali. 5.1. La confisca del veicolo. 5.2. La confisca per equivalente. 5.3. La confisca allargata. 6. Le confische senza condanna. La confisca urbanistica e la confisca di prevenzione. 6.1. La natura giuridica della confisca urbanistica. La sentenza Sud Fondi c. Italia sul caso Punta Perotti e il caso Varvara. 6.2. Rimessione alla Corte Costituzionale: la sentenza n. 49/15. 6.3. La confisca urbanistica in presenza di declaratoria di prescrizione: la rimessione alla Grande Camera della Corte EDU. Il responso della Corte di Strasburgo. Prime riflessioni.

1. Premessa. Il rapporto tra diritto interno e CEDU.

Nell'attuale panorama giuridico la tutela multilivello dei diritti fondamentali impone all'operatore di volgere lo sguardo verso le garanzie riconosciute a livello sovranazionale, e al modo in cui esse "vivono" nell'interpretazione delle Corti.

Orbene, l'individuazione dei rapporti intercorrenti tra ordinamento sovranazionale e nazionale e quindi tra le relative fonti, ha costituito oggetto di dibattito giurisprudenziale, non essendo una questione di semplice e immediata risoluzione. Essa ha, in particolare, investito il rapporto tra le norme e i principi previsti dalla Convenzione europea per i diritti dell'uomo e le norme di diritto nazionale.

Se, in passato, la Corte Costituzionale ha escluso che le norme CEDU potessero fungere da parametro per sindacare l'incostituzionalità di disposizioni legislative¹⁷³, il dibattito ha preso nuovo vigore in tempi relativamente recenti¹⁷⁴.

Come noto, sul punto si sono confrontati due diversi orientamenti.

Secondo quello prevalente seguito dalla Corte Costituzionale, a far data dalle celebri sentenze gemelle¹⁷⁵ nn. 347 e 348 del 24 ottobre 2007, la Convenzione Europea avrebbe valore di parametro costituzionale interposto, in quanto *"..il nuovo testo dell'art. 117 Cost. se, da una parte, rende inconfutabile la maggior forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale..."*.

La Corte, quindi, esclude che le norme della CEDU possano essere ricondotte nell'ambito applicativo dell'art. 10¹⁷⁶ della Costituzione, in quanto hanno natura pattizia. La disposizione costituzionale, invece, laddove impiega

¹⁷³ V. Corte cost. 29 gennaio 1996, n. 15.

¹⁷⁴ Il dibattito nasce dalla modifica dell'art. 117 a seguito dell'entrata in vigore della l. cost. 8 ottobre 2001 n. 3, la quale, seppure intervenuta sul sistema delle autonomie, *"può considerarsi come lo spartiacque che ha segnato in modo nuovo il rapporto tradizionale tra ordinamento interno e quello internazionale"* (cfr. A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 31; D. DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Giappichelli, Torino, 1906; T. PERASSI, *La Costituzione e l'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano, 1952).

¹⁷⁵ L'orientamento delle sentenze gemelle è stato ancora ribadito in più occasioni dalla Corte Costituzionale, come da ultimo con la sentenza 28 novembre 2012, n. 2649.

¹⁷⁶ L'art. 10 della Costituzione prevede che *"l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute"*.

l'espressione "*norme di diritto internazionale generalmente riconosciute*", fa riferimento alle norme consuetudinarie, rispetto alle quali prevede l'adattamento automatico dell'ordinamento giuridico italiano. Non vi rientrano, quindi, le norme pattizie contenute nei Trattati (come la CEDU), non avendo il predetto carattere consuetudinario; esse, ancora, non possono di per sé rilevare quali parametri del giudizio di legittimità costituzionale e quindi come parametri interposti ex art. 10 della Costituzione.

Parimenti i giudici costituzionali hanno escluso che si possa attribuire rilevanza costituzionale alle norme della CEDU ai sensi dell'art. 11¹⁷⁷ della Costituzione, non avendo lo Stato italiano accettato alcuna limitazione della propria sovranità mediante l'adesione alla Convenzione. Come osservato, se infatti è immaginabile una limitazione della sovranità rispetto all'ordinamento UE, dotato di proprie strutture e organi, ciò non è possibile rispetto alla CEDU, "difettando un'attribuzione di specifici poteri sia all'organizzazione che alla Corte di Strasburgo"¹⁷⁸. Dalla non operatività di tale disposizione costituzionale rispetto al rapporto tra CEDU e ordinamento nazionale, è derivato ancora che, nel caso di conflitto tra norma di diritto interno e CEDU, il giudice non può esercitare il potere di disapplicazione¹⁷⁹.

Il rimedio al predetto contrasto è, piuttosto, individuato all'esito di un altro percorso argomentativo. Ed invero, la Consulta ha ritenuto che il fondamento normativo alla luce del quale risolvere il conflitto tra norme interne e CEDU sia l'art. 117, laddove condiziona l'esercizio della potestà legislativa dello Stato e delle regioni al *rispetto degli obblighi internazionali*. In tali obblighi rientrano,

¹⁷⁷ L'art. 11 della Costituzione prevede al comma 2 che l'Italia "*consente, in condizioni di parità con gli altri Stati, alle limitazioni di sovranità necessarie ad un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le Nazioni; promuove e favorisce le organizzazioni internazionali rivolte a tale scopo*". La norma *de qua*, per costante orientamento giurisprudenziale, è da riferirsi all'organizzazione dell'ONU.

¹⁷⁸ A. DI STASI, *CEDU e ordinamento italiano, La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Cedam, Padova, 2016, p. 80.

¹⁷⁹ La disapplicazione opera invece nei casi di conflitto tra norme di diritto interno e ordinamento comunitario.

infatti, anche quelli derivanti dalla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

Secondo i giudici costituzionali, quindi, eventuali contrasti del diritto nazionale con la CEDU non pongono questioni di successioni di leggi nel tempo o valutazioni sulla collocazione gerarchica delle norme in contrasto nell'ambito delle fonti, bensì di legittimità costituzionale. Il giudice nazionale dovrà, pertanto, non disapplicare la norma legislativa ordinaria ritenuta contrastante con una norma CEDU, ma sollevare la questione di legittimità costituzionale, per violazione della norma asseritamente contrastante con la CEDU, dell'art. 117, comma 1 della Costituzione. Tuttavia, la rimessione da parte del giudice nazionale alla Consulta deve avvenire soltanto all'esito della valutazione di una possibile interpretazione della norma di diritto interno coerente con il principio sovranazionale, e quindi, di un'interpretazione convenzionalmente orientata, nel rispetto della "*funzione interpretativa eminente*" svolta dai giudici europei sulla norma interessata.

Orbene, la salvaguardia dei diritti fondamentali alla luce del *dictum* della Consulta sembra essere il prodotto di una "*combinazione virtuosa*"¹⁸⁰ tra il legislatore nazionale, che nella produzione normativa deve attenersi ai principi convenzionali, il giudice ordinario, al quale è rimessa l'interpretazione convenzionalmente orientata delle norme interne, e, in *extremis*, la Corte Costituzionale, che non può consentire il protrarsi della violazione¹⁸¹.

Ne deriva che i principi della CEDU rilevano non solo quali canoni alla luce dei quali valutare la legittimità costituzionale delle disposizioni di diritto interno, ma anche parametri di interpretazione delle stesse, nonché fattore di adeguamento dell'ordinamento interno¹⁸². Le stesse, si pongono infatti in una posizione intermedia tra le norme ordinarie e la Costituzione¹⁸³.

¹⁸⁰ Corte cost. cit.

¹⁸¹ V. MANES- V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 224.

¹⁸² Per le riserve espresse sul punto, cfr. P CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di costituzionalità delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *dir.um. e dir.int.*, 2/2008 e A. RANDAZZO secondo cui "*si potrebbe ritenere che al*

Da un lato, quindi, la Corte EDU gode di competenza esclusiva nella esegesi delle norme della Convenzione, che devono essere applicate in Italia nell'interpretazione fornita dalla stessa Corte; dall'altro le norme interne vanno interpretate, per quanto possibile, in modo conforme alle norme della Convenzione¹⁸⁴.

La giurisprudenza costituzionale successiva¹⁸⁵, oltre a ribadire con ancor più vigore la vigenza di una competenza assoluta dei giudici di Strasburgo nell'ermeneusi della portata delle norme CEDU, e dunque l'esistenza di un vincolo assoluto in tal senso per il giudice comune e la Corte Costituzionale, *“alla quale è precluso sindacare l'interpretazione della CEDU fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza opporre riserve¹⁸⁶”*, puntualizza però la necessità che per il viatico dell'art. 117 Cost. non si determini una tutela dei diritti inferiore a quella prevista nel diritto interno, ribadendo l'esistenza di un *“margine di apprezzamento”* da parte della Consulta nel verificare il potenziale contrasto tra la norma interna e quella europea, *“da determinare avuto riguardo soprattutto al complesso dei diritti fondamentali, la cui visione ravvicinata e integrata può essere opera del legislatore, del giudice delle leggi e del giudice comune, ciascuno nell'ambito delle proprie competenze”*.

L'obbligo di interpretazione conforme e la prevalenza della CEDU sulla norma ordinaria può valere solo se tale risultato conduca ad esiti compatibili con la Carta Costituzionale.

I giudici costituzionali, pertanto, pur essendo vincolati all'interpretazione fornita dalla Corte EDU, sono legittimati a verificare se la norma convenzionale - avente pur sempre rango *sub costituzionale* - si ponga in contrasto con le norme costituzionali, non essendo più idonea in tal caso a costituire parametro interposto

concetto di norma interposta non vi sia insita una gerarchizzazione tra fonti” e si manifestano perplessità” sulla riconduzione delle norme interposte a una “categoria unitaria”:

¹⁸³ V.MANES-V. ZAGREBELSKY, op. cit.

¹⁸⁴ V. MANES- V. ZAGREBELSKY, op.cit.

¹⁸⁵ Corte cost., 16 luglio 2009, n. 239; Corte cost., 30 novembre 2009, n. 317.

¹⁸⁶ Corte cost., 16 novembre 2009, n. 311.

di costituzionalità ex art. 117 primo comma Cost¹⁸⁷. *“Alla Corte europea spetta di decidere sul singolo caso e sul singolo diritto fondamentale, mentre appartiene alle autorità nazionali il dovere di evitare che la tutela di alcuni diritti fondamentali - compresi nella previsione unitaria e generale dell’art. 2 Cost. - si sviluppi in modo squilibrato con sacrificio di altri diritti ugualmente tutelati dalla Carta Costituzionale e dalla stessa Convenzione europea¹⁸⁸”*.

Siffatti principi saranno ribaditi e delimitati dalla giurisprudenza costituzionale successiva, tra cui emerge la pronuncia n. 49/2015¹⁸⁹ in tema di confisca urbanistica, come si vedrà nel prosieguo della trattazione.

Inoltre, va rilevato che, a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con il quale l’Unione europea ha aderito alla Convenzione europea per i diritti dell’uomo, un certo orientamento giurisprudenziale¹⁹⁰ ha avanzato la tesi di una comunitarizzazione della Convenzione EDU¹⁹¹.

L’interpretazione *de qua* si fonda sulle norme ex art. 6 commi 2 e 3, secondo i quali *“l’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”*, e *“i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali”*.

La giurisprudenza ha, infatti, ritenuto che il predetto riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell’Unione, ha delle conseguenze immediate sul piano giuridico. Per effetto di esso, cioè, le norme CEDU divengono immediatamente operanti sul piano

¹⁸⁷ Non potendosi incidere sulla Convenzione, l’eventuale dubbio di costituzionalità deve essere prospettato con riguardo alla legge di autorizzazione alla ratifica della CEDU.

¹⁸⁸ Corte cost. n. 317/09, dove si afferma che *“la Corte Costituzionale deve rispettare la competenza esclusiva della Corte EDU nella interpretazione delle norme della Convenzione, ma può valutare come e in che misura il prodotto dell’interpretazione della Corte europea si inserisca nell’ordinamento costituzionale italiano”*.

¹⁸⁹ In cui si distingue tra “diritto consolidato” e pronunce della Corte EDU che ancora non rappresentino “diritto vivente”, salvo che non si tratti di una sentenza “pilota”.

¹⁹⁰ Tar Lazio, sez. II bis, n. 11984/2010; Cons. di Stato, sez. IV, n. 1220/2010.

¹⁹¹ A. DI STASI, *CEDU e ordinamento italiano, op cit.*, Cedam, Padova, 2016, pag. 73 e ss.

dell'ordinamento nazionale degli Stati membri dell'Unione in forza del diritto comunitario. Ne deriverebbe che il giudice nazionale è tenuto a disapplicare la norma interna confliggente con i diritti fondamentali consacrata dalla CEDU.

Tale impostazione ermeneutica non è stata tuttavia condivisa dalla dottrina¹⁹² e dalla giurisprudenza costituzionale¹⁹³. La Consulta, infatti, ha distinto gli effetti derivanti dal par. 2 dell'art. 6 da quelli derivanti dal paragrafo 3 del Trattato sull'Unione. Per quanto concerne i primi, la Corte ha asserito che la loro identificazione effettiva dipenderà dalle specifiche modalità con cui avverrà l'adesione dell'Unione alla CEDU; con riferimento, invece, al richiamo alla CEDU contenuto nel par. 3 del medesimo art. 6, secondo cui i diritti fondamentali garantiti dalla Convenzione *“e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”*, i giudici hanno ritenuto che si tratta di una forma di protezione preesistente al Trattato di Lisbona, per di più circoscritta alle materie già rientranti nella competenza dell'Unione europea. In forza di tale *iter* argomentativo i giudici costituzionali hanno affermato che non è consentito nelle materie cui non sia applicabile il diritto dell'Unione ricondurre la sfera applicativa della CEDU all'art. 11 della Costituzione.

Secondo la Corte Costituzionale, in definitiva, le variazioni apportate al dettato normativo, e in particolare la sostituzione *“rispetta”*, di cui alla pregressa formulazione del testo dell'art. 6 del Trattato, con quella *“fanno parte”*, non sono

¹⁹² A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?* (in margine della sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato), in *www.neldiritto.it*. La dottrina mette in luce il differente valore giuridico che assumono la Carta di Nizza e la CEDU. Soltanto la prima acquisisce lo stesso valore giuridico dei Trattati, divenendo anch'essa diritto comunitario, con la conseguenza che una legge interna contrastante con una norma della Carta di Nizza potrà essere disapplicata dal legislatore; le seconda, invece, non è stata equiparata al diritto comunitario, avendo solamente consentito l'adesione dell'Unione alla CEDU e avendo soltanto riconosciuto che *“i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario”*.

¹⁹³ Corte cost., 7 marzo 2011, n. 80; Corte cost., 28 novembre 2012, n. 264; Corte cost., 12 ottobre 2012, n. 230; Corte cost., 5 aprile 2012, n. 7; A.d. Plenaria 14 luglio 2015, n. 7; Corte cost. n. 113 del 4 aprile 2011.

tali da conferire al giudice nazionale il potere di disapplicare una norma di diritto interno, in quanto direttamente confliggente con i principi sanciti dalla CEDU.

Pertanto, il giudice comune, non potendo disapplicare la norma interna e applicare direttamente quella CEDU (come avviene invece per il diritto UE dotato di efficacia diretta), è costretto a sollevare questione di costituzionalità con riguardo al parametro dell'art. 117, primo comma, Cost¹⁹⁴.

Da ultimo, anche la Corte di Giustizia¹⁹⁵ è giunta alle superiori conclusioni, affermando che il rinvio operato alla CEDU dall'art. 6 par. 3, TUE non obbliga *“il giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e la Convenzione europea per i diritti dell'uomo, ad applicare direttamente le sue disposizioni, disapplicando la norma nazionale di diritto interno con essa contrastante”*. Alla base di siffatto rilievo, la considerazione secondo cui l'art. 6 par. 3 del TUE *“non disciplina il rapporto tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che un giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti da tale convenzione ad una norma di diritto nazionale”*.

2. Le condizioni legittimanti la limitazione del diritto di proprietà (art. 42 Cost. e 1 Prot. 1 CEDU).

Fatte queste necessarie premesse sui meccanismi di interferenza tra CEDU e diritto interno, va approfondito l'esame del panorama di garanzie apprestate dalla CEDU con riguardo all'istituto della confisca.

Esso trova nella Convenzione stessa precisi parametri di legittimazione, che possono essere così individuati: l'art. 1 Prot. 1 CEDU (diritto al rispetto dei beni);

¹⁹⁴ Corte cost., 29 settembre 2009, n. 239.

¹⁹⁵ Corte di giust. UE, grande sezione, 4 aprile 2012, C-571/10, Servet Kaberaaj.

l'art. 6 par. 1 CEDU (diritto all'equo processo); nel caso in cui ad essa si riconosca natura di sanzione penale, va fatto riferimento all'art. 7, che consacra i principi di legalità, colpevolezza, proporzionalità e irretroattività della misura e all'art. 6 par. 2 (diritto alla presunzione di innocenza), nonché il divieto di *ne bis in idem* sancito dall'art. 4 Prot. 7 CEDU.

Orbene, l'art. 1 Prot. 1 CEDU riconosce il diritto fondamentale alla proprietà privata.

Si tratta dell'unico diritto di contenuto patrimoniale cui la CEDU dedichi una disposizione. Esso prevede che *“Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.*

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.”

La natura ambivalente dell'istituto - diritto patrimoniale/diritto della persona - ha infatti determinato il mancato inserimento dello stesso nel testo originario della Convenzione, e l'adozione di una soluzione di compromesso, attraverso il suo riconoscimento nel primo protocollo aggiunto della Convenzione¹⁹⁶.

La norma, come è possibile riscontrare nell'ermeneusi della giurisprudenza europea, non pone soltanto un obbligo negativo in capo agli Stati membri, in termini di astensione da ingerenze indebite nell'esercizio individuale del diritto *de quo*, ma anche un obbligo positivo, da intendersi come dovere degli Stati di dare

¹⁹⁶ V. POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenze di pubblica sicurezza e tutela del diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 113.

attuazione a leggi che consentano una riparazione dei danni causati all'esito di provvedimenti ablatori illegittimi¹⁹⁷.

Dalla disposizione citata è possibile trarre tre differenti principi¹⁹⁸:

- il primo, contenuto nella prima parte del primo comma, riconosce il pacifico godimento dei beni;

- la seconda parte della disposizione subordina invece la privazione di tale diritto al rispetto di tre precise condizioni: causa di pubblica utilità; condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale; rispetto del principio di proporzione;

- il terzo, contenuto nel secondo comma, riconosce invece il potere degli Stati membri di regolamentare l'uso dei beni "in conformità dell'interesse generale" (il pagamento delle imposte o di altri contributi o di sanzioni penali): anche qui si richiede la sussistenza di una base legale e la proporzionalità tra disciplina e scopo legittimo perseguito.

La Corte di Strasburgo, nell'ottica di ampliare la tutela apprestata dagli ordinamenti interni, interpreta la garanzia riconosciuta dalla disposizione citata in modo indipendente dalla qualificazione giuridica degli istituti in seno agli ordinamenti nazionali, accogliendo una nozione sostanziale e ampia di *possession*, includendovi ogni interesse o utilità patrimoniale¹⁹⁹.

La confisca, in quanto misura limitativa del diritto di proprietà e forma di regolamentazione dell'uso dei beni, deve subordinarsi a tre condizioni legittimanti²⁰⁰.

¹⁹⁷ S. FINOCCHIARO, *Art. 1 prot. Add. Protezione della proprietà*, In *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. UBERTIS e F. VIGANO', Giappichelli, Torino, 2017, p. 325 e ss.

¹⁹⁸ La disciplina sottesa alla disposizione in esame è stata esplicitata dalla Corte europea soprattutto a partire dalla pronuncia *Sporrong & Lonroth c. Svezia*, 23 settembre 1982, in materia espropriativa.

¹⁹⁹ B. CONFORTI, *La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di proprietà*, in M. COMPORTI (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea dei diritti fondamentali*, Milano, 2005, p. 107; sul concetto di bene comprensivo anche dei crediti, cfr. Corte eur. dir. dell'uomo, 27 novembre 2007, *Hamer c. Belgio*, n. 21861/03; *Agrati e altri c. Italia*, in www.echr.coe.int.

²⁰⁰ A. SCARPA, *Diritto di proprietà, espropriazione, occupazione sine titulo (art. 1 Prot. Add. CEDU)* in *CEDU e ordinamento italiano; La giurisprudenza della Corte europea dei diritti*

Tra queste, prima fra tutte è il rispetto del principio di legalità.

La CEDU pone una riserva di legge formale (giacché prevede che le condizioni siano stabilite dalla legge, oltre che dai principi di diritto internazionale) e richiede la sussistenza di uno scopo legittimo²⁰¹. Occorre dunque che vi sia una base legale, intendendosi per essa non solo la disposizione normativa scritta ma anche il diritto che vive nell'interpretazione e applicazione giurisprudenziale; e che questa rispetti dei canoni di "qualità", individuati dai giudici di Strasburgo nella *prevedibilità* e *accessibilità*²⁰². È necessario cioè che la legge riconosca al cittadino una piena libertà di autodeterminazione, consentendogli di prevedere le conseguenze sul versante penalistico della propria condotta.

Ciò impone la tipizzazione delle fattispecie di reato presupposto del provvedimento ablatorio²⁰³, e la precisa individuazione dei suoi potenziali destinatari.

La seconda condizione è individuabile nel rispetto del principio di proporzione²⁰⁴: la misura ablatoria può comprimere il diritto di proprietà solo nei limiti in cui ciò è reso necessario dal perseguimento dello scopo preso di mira dal legislatore²⁰⁵.

dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno, a cura di Angela Stasi, Cedam, Vicenza, 2016 pag. 3 e ss.; M. L. PADELLETTI. *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, 2004, pag. 115. e ss.

²⁰¹ Corte eur. dir. dell'uomo, 13 novembre 2007, Bocellari e Rizza c. Italia, in *Cass. pen.*, 2008, p. 828.

²⁰² Ex multis, Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, 5 gennaio 2000, Beyeler c. Italia.

²⁰³ Corte eur. dir. dell'uomo, 6 dicembre 2011, Rafig Aliyev c. Azerbaijan.

²⁰⁴ Corte eur. dir. dell'uomo, 23 settembre 1982, Sporrang e Lonroth c. Svezia; 8 luglio 1986, Lithgow e altri c. Regno Unito.

²⁰⁵ Corte eur.dir. dell'uomo, 22 febbraio 1994, Raimondo c. Italia in *Dir.uomo e lib.fond.*, 2006, 02, p. 260; Corte eur. dir. uomo, sez. I, 4 settembre 2001, Riela c. Italia; Corte eur. dir. uomo, sez. I, 5 luglio 2001, Arcuri c. Italia.

La proporzione a sua volta è verificata dalla Corte sia in ordine all'oggetto della misura²⁰⁶, sia in punto di rispetto delle garanzie procedurali, che sono anch'esse considerate implicite nell'art. 1 Prot. 1 CEDU (*test of proportionality*).

La portata di queste ultime è desumibile dalla interpretazione propugnata dai giudici di Strasburgo dell'art. 6 CEDU, che richiede, tra le sue varie declinazioni (che verranno approfondite nel prosieguo a proposito della confisca di prevenzione), la garanzia dell'esercizio del diritto di difesa da parte del destinatario del provvedimento ablatorio, la ragionevole durata del procedimento applicativo e la sua pubblicità, il diritto all'accesso a un tribunale, e all'imparzialità e indipendenza dell'organo giudicante.

Altro parametro in ordine al quale valutare la proporzionalità della misura viene individuato nella necessità che vi sia un collegamento tra il titolare della *res* e la condotta illecita; e, ove il provvedimento abbia ad oggetto beni appartenenti a terzi²⁰⁷, occorre consentire a questi ultimi di partecipare al procedimento e di far valere le proprie pretese restitutorie²⁰⁸.

I giudici europei ribadiscono che il sacrificio del diritto di proprietà deve essere proporzionato all'interesse perseguito; occorre cioè un “*fair balance*” (equo bilanciamento) tra l'interesse generale e il rispetto dei diritti fondamentali²⁰⁹.

La seconda parte del primo comma della disposizione citata consente la limitazione del diritto di proprietà purché vi sia un interesse pubblico: si nota quindi che la concezione “individualista” del diritto di proprietà accolta dalla CEDU cede il passo all'interesse generale dei consociati.

Nell'ottica della CEDU la definizione dell'interesse generale spetta alle autorità nazionali: la disposizione citata va quindi letta in chiave integrata con

²⁰⁶ Corte eur. dir. dell'uomo, 13 maggio 2014, Paulet c. Regno Unito in cui ha ravvisato la violazione del principio di sproporzione.

²⁰⁷ Corte eur. dir. dell'uomo, 10 aprile 2003, Yldirim c. Italia, n. 38602/02.

²⁰⁸ Corte eur. dir. dell'uomo, 27 giugno 2002, Butler c. Regno Unito; 10 febbraio 2004, Webb c. Regno Unito.

²⁰⁹ Corte eur. dir. dell'uomo, 3 giugno 2015, Dimitrovi v. Bulgaria, ric. n. 12655/09.

l'ordinamento nazionale di riferimento²¹⁰, sussistendo un *margin* di apprezzamento nella individuazione di tale interesse. Ciò che per esse non è disponibile è invece il rispetto dello *standard* minimo di garanzie imposto dalla Convenzione.

La Corte europea riserva dunque alla discrezionalità degli Stati l'individuazione dell'interesse pubblico che giustifica la compressione del diritto di proprietà; solo nelle ipotesi di irragionevolezza del bilanciamento tra scopo pubblico e tutela dei diritti fondamentali i giudici europei rivendicano il proprio sindacato, affermando una violazione della Convenzione.

Il comma secondo riconosce poi la potestà dei legislatori nazionali di disciplinare il regime della proprietà *nei termini in cui lo reputino necessario e nel rispetto dell'interesse generale*. Si tratta di una clausola di necessità o legittimità, che lascia agli Stati membri di porre dei limiti al diritto garantito nella disposizione citata, in forza della quale è riconosciuta loro la discrezionalità nel valutare la necessità di una ingerenza nel diritto del singolo a vantaggio di altre esigenze di tutela (c.d. *margin* di apprezzamento).

Come è stato osservato, l'elaborazione teorica del *margin* di apprezzamento nasce anche con l'obiettivo di non “*ridurre a grandezze omogenee alcune diversità dei sistemi legislativi e di valori sociali degli Stati membri*”²¹¹.

Non può infatti negarsi che “*il rispetto della Convenzione sia compatibile con il mantenimento delle garanzie proprie dei diversi sistemi costituzionali degli Stati membri*”²¹².

Tale *margin* di apprezzamento comunque non sfugge al sindacato della Corte europea, che può verificare che le misure nazionali adottate siano previste dalla legge, giustificate dall'interesse pubblico e rispondenti al canone della proporzionalità, come si avrà modo di evidenziare nel prosieguo.

²¹⁰ F. BILANCIA, *I Diritti fondamentali come conquiste sovranazionali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 93 e ss.

²¹¹ R. SAPIENZA, op.cit.

²¹² F. BILANCIA, op.cit.

Venendo quindi all'esame di come il legislatore nazionale abbia modulato la possibilità di incidere sul diritto di proprietà, deve innanzitutto rilevarsi che il parametro di riferimento fondamentale è costituito dall'art. 42 Cost. La sua collocazione nel titolo relativo ai rapporti economici (III) piuttosto che nel titolo I della parte I dedicata ai diritti fondamentali, risponde ad una scelta del legislatore costituente, nel senso di "degradare" il diritto di proprietà ad un diritto comunque non inviolabile, valorizzandone la sua funzione sociale. Il punto di equilibrio tra istanze liberali ed istanze solidaristiche è quindi rappresentato dalla possibilità di comprimere tale diritto in funzione di interessi sociali superiori²¹³.

Il limite previsto dalla Costituzione è legato allo "scopo di assicurare la funzione sociale" di tale diritto, cosicché appare utile definire i contorni di tale finalità come sono stati elaborati dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

In una interpretazione integrata dell'art. 42 Cost. e dell'art. 1 Prot. 1 CEDU il diritto di proprietà può essere inciso, quindi, allo "scopo di assicurarne la funzione sociale" (ex art. 42 Cost.), o per motivi "di interesse generale" (ex art. 1 Prot. 1 CEDU).

Alla luce dei principi così delineati, può sostenersi la piena legittimità costituzionale di un provvedimento ablativo connesso alla commissione di reati, sul rilievo che lo stesso si pone come "strumento di contrasto alla proprietà antisociale e di ripristino della legalità tra proprietà tutelabile e necessità di controllo reale di circuiti economici non legittimati²¹⁴. Per converso, la confisca in argomento risponde ad un interesse generale, così risultando compatibile con la richiamata previsione dell'art. 1 Prot. 1 CEDU. Il provvedimento ablativo, infatti, risponde all'esigenza di sottrarre dal circuito economico beni di provenienza

²¹³ Vale la pena di sottolineare che il testo elaborato dalla I Sottocommissione in sede di lavori preparatori qualificava la proprietà come "garanzia per la libertà e lo sviluppo della persona", così finendo con l'assimilarla ad un diritto fondamentale. Nel testo approvato dall'Assemblea plenaria tale richiamo è venuto meno, consentendo quindi al legislatore ordinario una maggiore capacità di manovra in termini di delimitazione del contenuto di tale diritto, e di eventuale sua compressione in presenza di certe condizioni.

²¹⁴ V. POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenze di sicurezza pubblica e tutela del diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano, 2013, p. 138.

illecita, in quanto si tratta di ricchezza che potrebbe essere impiegata per attività delittuose, e quindi, con evidenza, contrariamente all'interesse generale alla tutela del mercato e alla libera concorrenza. Come ha affermato anche la Corte Costituzionale²¹⁵, la confisca, “*tendendo a far conseguire ai soggetti privati l'unico possibile corretto significato del diritto di proprietà, invocato con il riferimento alla norma parametro*”, diventa un mezzo di attuazione della funzione sociale di cui all'art. 42 Cost.

Se il tema dei rapporti tra confisca e diritto di proprietà non è stato affrontato di frequente in letteratura e nella giurisprudenza nazionale, lo stesso non può dirsi per le pronunce della Corte di Strasburgo, la quale è intervenuta frequentamene sulla questione²¹⁶. In particolare, i giudici europei ritengono la misura “una forma di regolamentazione dell'uso dei beni”, verificandone, in un approccio pragmatico, la proporzionalità al fine perseguito (di repressione e prevenzione dei reati).

3. La confisca e il principio di irretroattività nell'ordinamento interno.

Principio cardine sia dell'ordinamento penale interno che dell'ordinamento convenzionale è quello di legalità.

Esso è sancito agli articoli 1²¹⁷ e 199 c.p. rispettivamente per le pene e per le misure di sicurezza. Con la nascita dell'ordinamento repubblicano –

²¹⁵ Corte cost., 19 novembre 1992, n. 464, in *Cass.pen.*, 1993, p. 1632.

²¹⁶ Corte eur. dir. uomo, 24 febbraio 1994, Raimondo c. Italia, n. 12954/87, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1994, serie A, vo. 281 p. 7; Commissione eur., 15 aprile 1991, Marandino, n. 12386, in *Decisions and Rapports* (DR); Corte eur. dir. uo, 4 settembre 2001, Riela e altri c. Italia; Corte eur dir. uomo, 17 giugno 2011, Capitani e Campanella c. Italia; Corte eur. dir. uomo, 5 gennaio 2010, Bongiorno e altri c. Italia.

²¹⁷ L'art. 1 c.p. prevede che “*nessuno può essere punito per un fatto che non sia espressamente preveduto come reato dalla legge, né con pene che non siano da essa stabilite*”.

democratico, esso ha assunto rilevanza costituzionale, sulla scorta di quanto stabilito dall'art. 25 Cost., secondo cui “nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso. Nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge”.

Il disposto costituzionale sancisce esplicitamente uno dei corollari del principio di legalità, quale è il principio di irretroattività, soltanto per le pene. Tale principio si pone a garanzia del cittadino, sia da potenziali arbitri del legislatore che del giudice; dovendosi liberamente autodeterminare, conoscendo in anticipo le conseguenze penali della propria condotta²¹⁸.

Si ritiene che tale principio, pur non espressamente previsto per le misure di sicurezza, sia comunque implicito nell'art. 25 della Costituzione.

Secondo l'orientamento maggioritario²¹⁹, tuttavia, il principio di irretroattività si atteggierebbe comunque in maniera differente rispetto a quanto previsto per le pene. Esso preclude l'applicabilità della misura di sicurezza ad un fatto che al momento in cui è stato commesso non costituiva reato; è possibile invece applicare la misura in danno del soggetto agente, ancorché all'epoca della commissione del fatto, pur sussistendo la norma volta a prevedere il fatto stesso come reato, non era prevista la norma che sancisse per quella tipologia di reato l'applicabilità della misura.

In altri termini, è ammessa l'applicazione retroattiva, ancorché sfavorevole per l'agente, della norma che prevedeva il reato al momento della commissione dello stesso, ma che preveda per la prima volta con riguardo a quella data fattispecie, una misura di sicurezza non contemplata dalla vigente normativa al momento del *commissi delicti*, ovvero di una misura di sicurezza più grave rispetto a quella prevista dalla stessa disciplina.

²¹⁸ M. D'AMICO, *Sub art. 25 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. Bifulco- A. Celotto- M. Olivetti, Giappichelli, Torino, 2006, p. 545.

²¹⁹ Cfr. R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IX Ed., 2013, pag. 1491 e ss.

Tale interpretazione²²⁰ si fonda sulla lettera della norma di cui all' art. 25 della Costituzione, che mette in luce la differente formulazione tra il secondo e il terzo comma. Si sottolinea, in particolare, che mentre il comma 2 costituzionalizza esplicitamente il principio di irretroattività per le pene²²¹, il comma 3, invece, con riferimento alle misure di sicurezza sancisce soltanto il principio di riserva di legge, ma non anche quello di irretroattività. Ulteriori argomenti sono tratti dalla formulazione dell'art. 200 c.p., che, dopo avere disposto che *“le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro esecuzione”*, al comma 2 prevede che *“se la legge del tempo in cui deve eseguirsi la misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo della sua esecuzione”*.

Tale soluzione ermeneutica viene ancora giustificata alla luce della funzione propria delle misure di sicurezza: l'applicazione retroattiva della normativa riguardante le misure di sicurezza va giustificata in considerazione del fatto che esse sono rivolte al futuro, essendo finalizzate a neutralizzare la pericolosità sociale del soggetto e non anche a retribuire e sanzionare il reato commesso.

In definitiva, ai fini dell'applicazione della misura di sicurezza, occorre fare riferimento al momento in cui sussiste la pericolosità sociale.

Pertanto, è anche improprio ritenere che la misura di sicurezza trovi applicazione retroattiva: essa è, piuttosto, retta dal principio del *tempus regit actum*. Siffatta prospettazione è stata avallata anche dalla giurisprudenza costituzionale²²², la quale ha ritenuto conforme la regola di cui all'art. 200 c.p. con l'art. 25 della Costituzione. I giudici costituzionali hanno, infatti, sottolineato il necessario collegamento sussistente tra la misura di sicurezza e la condizione di pericolosità, la quale si fonda su una situazione che non può che essere attuale.

²²⁰ Cfr. Cass. pen., 17 maggio 1984, in *Riv. Pen.*, 1985, p. 209.

²²¹ *“Nessuno può essere punito se non in forza di una legge entrata in vigore prima del fatto commesso.”*

²²² Corte cost., 29 maggio 1968, n. 53, in *Giur. cost.*, 1968, p. 802.

Ancora, a sostegno di quanto prospettato, l'orientamento in esame sottolinea il dato letterale della norma ex art. 2 c.p.: la disposizione, infatti, impiega il termine "punire", il quale non può che riferirsi alle pene in senso stretto. Infine, si richiama l'art. 55 disp. coord. c.p. il quale dispone espressamente l'applicazione delle misure di sicurezza previste dal codice ai soggetti condannati dopo la sua entrata in vigore "per fatti anteriormente commessi".

Di contrario avviso è, tuttavia, autorevole dottrina²²³, che sostiene l'applicazione *tout court* del principio di irretroattività in materia di misure di sicurezza, e dunque l'impossibilità di applicare una misura di sicurezza ad un reato per il quale originariamente non era prevista. Tale lettura si fonda su un'interpretazione restrittiva dell'art. 200 c.p., e ciò al fine di evitare che il legislatore qualifichi una pena nella sostanza come misura di sicurezza, onde consentirne l'applicazione retroattiva.

Chiara appare la *ratio* della tesi in esame, che mira ad ampliare quanto più possibile le istanze garantiste del diritto penale.

Fatte tali considerazioni, è fuor di dubbio che l'esatto inquadramento della natura giudica della confisca ha certamente delle conseguenze sul piano applicativo.

A seconda dell'orientamento che si accoglie, infatti, potrà applicarsi o meno il regime normativo di cui all'art. 200 c.p. con possibilità o meno di un meccanismo applicativo di retroazione sfavorevole della misura.

La questione si è posta al centro del dibattito giurisprudenziale e dottrinale soprattutto a seguito della evoluzione normativa, che a far data dagli anni '80 ha interessato l'istituto della confisca. Come evidenziato nel primo capitolo, essa non è più concepibile come un istituto giuridico unitario. A dispetto dello stesso *nomen iuris*, infatti, al suo interno sono riconducibili misure ablatorie, che presentano caratteristiche e funzione ben lontane da quella della confisca quale misura di

²²³ G. FIANDACA, G. MUSCO, *Diritto penale, Parte generale*, Ed. VII, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 810 e ss.

sicurezza. Esse, infatti, spesso vengono a incidere su beni non avvinati al reato da alcun legame, e non sono volte quindi a neutralizzare la pericolosità insita nella cosa espropriata, assumendo più una funzione afflittivo-sanzionatoria propria delle pene. Di qui il problema dell'applicabilità alla confisca del regime di retroazione sfavorevole di cui all'art. 200 c.p., oppure di quello ex art. 25 comma 2 della Costituzione, tenuto conto della connotazione sostanzialmente sanzionatoria della stessa; dibattito alimentato, come si evidenzierà nel prosieguo, anche dalle spinte garantistiche fornite dalla giurisprudenza di Strasburgo.

4. Il principio di legalità nell'ordinamento europeo ex art. 7 CEDU: la nozione *sostanzialistica di materia penale* nella giurisprudenza europea.

Al fine di verificare la tenuta delle garanzie individuali riconosciute a livello CEDU rispetto all'istituto in esame, centralità nell'evoluzione del sistema penale assume l'art. 7 della Convenzione europea; infatti, l'interpretazione che di tale norma è stata offerta dalla giurisprudenza di Strasburgo ha inciso sulla qualificazione della confisca in termini di pena o di misura di sicurezza, e le conseguenti ricadute applicative in termini di garanzie sostanziali e processuali.

La disposizione citata prevede che i cittadini dei Paesi membri della Convenzione non possono essere condannati per un fatto non previamente previsto come reato dal diritto vigente (divieto di incriminazione retroattiva), ovvero non possono essere assoggettati a pene più gravi di quelle applicabili al momento della commissione del fatto (divieto di applicazione di pene più sfavorevoli rispetto al *tempus commissi delicti*). Essa, quindi, come confermato dalla stessa giurisprudenza europea²²⁴ "non si limita a proibire l'applicazione retroattiva del diritto penale a detrimento dell'imputato, ma consacra, altresì, in modo più

²²⁴ Corte eur. dir. dell'uomo, 25 maggio 1993, *Kokkinakis c. Grecia*.

*generale, il principio di legalità in ordine ai delitti e alle pene, e quello che impone la non applicazione estensiva o analogica della legge penale a detrimento dell'imputato: ne deriva che un illecito deve essere definito dalla legge in modo chiaro*²²⁵”.

Orbene, è stato sostenuto che la disposizione della CEDU non ha sortito una notevole portata innovativa, recependo principi comuni e propri già delle tradizioni giuridiche degli Stati membri²²⁶. Il principio di legalità-irretroattività delle norme penali era già sancito negli ordinamenti giuridici degli Stati membri firmatari al momento della formulazione della Convenzione, ed era applicato nelle più importanti Corti internazionali dei diritti. Esso era ed è tuttora previsto con modalità differenti nei vari ordinamenti, stante anche la differenza tra sistemi di *civil law* e *common law*.

La sua codificazione a livello europeo è stata tuttavia dettata dall'esigenza di garantire la positivizzazione di un minimo di tutela comune, proprio dello Stato di diritto, ma senza proporre un modello penale che si imponga unilateralmente sul patrimonio giuridico degli Stati nazionali.

L'orientamento dottrinale richiamato tuttavia, mette in luce le importanti implicazioni²²⁷ applicative che sono derivate dall'art. 7 della CEDU, così come interpretato dalla giurisprudenza europea. Essa ha perimetrato l'ambito applicativo della disposizione, secondo un'ottica più garantistica possibile. Ne è derivato un “*indubbio potenziamento delle garanzie*”²²⁸, alimentando una rinnovata portata dei principi di legalità e di irretroattività, seppure già codificati nei sistemi giuridici nazionali. È stato, infatti, esteso l'ambito applicativo dei predetti principi al di là degli illeciti e delle sanzioni qualificati come penali dal diritto interno, e

²²⁵ Idem.

²²⁶ R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale, Parte generale*, IX Ed. 2013, pp. 22 ss.

²²⁷ F. VIGANO' *Il nullum crimen conteso: legalità “costituzionale” vs. legalità convenzionale?* In *Dir.pen.cont.*, riv. trim., 5 aprile 2017 e in S. Tordini (a cura di), *Il rapporto problematico tra giurisprudenza e legalità*, Bononia University Press, 2017, pp. 9-39.

²²⁸ F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva nel nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in V. MANES-V. ZAGREBELSY, op.cit.

ancora, il principio di legalità non è stato circoscritto al corollario della determinatezza, ma è stato inteso²²⁹ anche come accessibilità e prevedibilità delle fonti legali e della relativa giurisprudenza.

Più in particolare, la Corte europea ha accolto una nozione sostanziale²³⁰ autonoma di materia penale (*criminal offence*), la quale, ai fini del rispetto della CEDU, deve prescindere dalla definizione del diritto nazionale, cui si attribuisce mero valore interno²³¹. Vengono così ricondotte nell'ambito del diritto penale "quelle infrazioni i cui autori si espongono a pene destinate ad esercitare un effetto dissuasivo e che consistono generalmente in misure privative della libertà e ammende".

Si perviene a tale definizione sulla base dell'applicazione di parametri di natura sostanziale²³², quali la natura dell'illecito²³³, la gravità²³⁴ e lo scopo della misura²³⁵: in tale prospettiva, la sua denominazione giuridico-formale sancita dal diritto nazionale è solo un elemento tendenziale e di partenza dell'accertamento²³⁶. L'illecito può essere qualificato come penale all'esito della valutazione del tipo di comportamento sanzionato dalla norma, del procedimento che applica la sanzione, nonché della qualifica dei soggetti attivi; la gravità della sanzione, invece, non viene valutata soltanto tenuto conto della pena edittale normativamente prevista, ma di quella in concreto applicata. La riconducibilità della stessa nel concetto di

²²⁹ Cfr. A. BERNARDI, *Commento sub art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE- B. CONFORTI- G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001, pp. 252-253.

²³⁰ V. MANES-V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè 2011.

²³¹ Ex multis cfr. Corte eur. dir. dell'uomo, 28 novembre 1999, Escoubet c. Belgio, nella quale è stato asserito che "in ogni caso la nozione di pena contenuta nell'art. 7 della Convenzione, come quella di accusa in materia penale che figura nell'art. 6 hanno portata autonoma, la Corte non è vincolata dalle qualificazioni del diritto interno, che hanno valore relativo".

²³² Per la tesi della natura sostanziale della pena cfr. anche Corte europea, 2 settembre 1998, *Lauko c. Slovenia*, in *Raccolta*, 1998, par. 53.

²³³ "(...) *The very nature of the offense is a factor of greater import*".

²³⁴ "(...) *The degree of severity of the penalty that the person concerned risks incurring*".

²³⁵ Corte eur. dir. dell'uomo, 21 febbraio 1984, Ozturk c. Germania.

²³⁶ "(...) *It is first necessary to know whether the provision defining the offence charged belong, according to the legal system of the respondent State, to criminal law, disciplinary law or both currently*".

“*penalty*” prescinde, dunque, dalla sua qualificazione ad opera degli Stati membri (sanzione amministrativa, disciplinare etc.)²³⁷.

La giurisprudenza europea desume, pertanto, la natura penale della sanzione dalle caratteristiche intrinseche alla stessa: dal *quantum* e dalle finalità preventive e repressive-afflittive perseguite²³⁸. Questi i principi sanciti dalla celebre sentenza *Engel*²³⁹ (e poi in seguito sviluppati), la quale si pone nel *trend* giurisprudenziale²⁴⁰ che ha sempre più chiarito in che termini devono trovare applicazione le garanzie di cui all’art. 7 della CEDU. Sul punto, si è affermato²⁴¹ che i criteri richiamati possono trovare applicazione con effetti *in bonam partem* per il soggetto agente: essi, cioè, possono estendere le garanzie ex art. 7 CEDU ad illeciti non qualificati come penali dall’ordinamento interno, ma non possono essere invocati per escluderle, invece, rispetto a quegli illeciti che, ancorché qualificati come penali dall’ordinamento interno, sono di carattere bagatellare e privi di effettiva forza afflittiva, e, quindi, non rientrerebbero nella nozione di *penalty* ex art. 7 della CEDU.

La Corte, con un approccio ermeneutico di tipo pragmatico, elabora quindi una nozione “sostanziale” di materia penale, inclusiva dei relativi illeciti e

²³⁷ BARTOLE-DE SENA-ZAGRELBESKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Cedam, Padova, 2012, pag. 7.

²³⁸ Corte eur. dir. dell’uomo. 21 febbraio 1984, *Ozturk*, cit. 894; Id., 3 maggio 2001, *J.B.v Switzerland*, n. 31827/96.

²³⁹ Corte eur. dir. dell’uomo, 8 giugno 1976 *Engel e altri vs Paesi Bassi*, in *Foro.it.*, IV, 1981, p.1; Corte eur. di dell’uomo, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, in www.echr.coe.int: *La tutela offerta dall’art. 7... deve essere libera di andare oltre le apparenze e valutare essa stessa se una determinata misura costituisca una “pena” ai sensi di tale norma. punto di partenza di ogni valutazione sull’esistenza di una pena consiste nello stabilire se la misura in questione sia stata irrogata in seguito ad una condanna per un reato...altri elementi possono essere pertinenti in proposito: la natura e lo scopo della misura in contestazione, la sua qualificazione in diritto interno, i procedimenti connessi alla sua adozione ed esecuzione, nonché la sua severità. La funzione preventiva assolta dalla confisca non è incompatibile con quella repressiva, perché non può escludersi che una legge che conferisce ai tribunali poteri di confisca così ampi persegua lo scopo di punire il delinquente. Gli scopi della prevenzione e riparazione si conciliano con quello repressivo e possono essere considerati elementi costitutivi della stessa nozione di pena”.*

²⁴⁰ S. BARTOLE- P.DE SENA-V. ZAGRELBESKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Cedam, Padova, 2011, pp.7 e ss.

²⁴¹ A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea del diritto: problemi e prospettive*, in *Riv. It. Pubbl. comunit.*, 2002, 04, p. 674.

sanzioni, al fine di evitare un aggiramento delle garanzie individuali da parte dei legislatori nazionali (artt. 6 e 7 CEDU). Si vuole in altri termini scongiurare, il rischio di *“frode delle etichette”*.

La stessa ha valorizzato, poi, ai fini della qualificazione in via autonoma della sanzione come penale, altri elementi oltre a quelli di tipo sostanziale, attribuendo rilevanza anche ad aspetti di tipo processuale, quali le modalità di applicazione ed esecuzione della stessa²⁴².

Inoltre, ad avviso dei giudici di Strasburgo, la funzione preventiva assolta da una misura non è incompatibile con quella repressiva, propria della *“penalty”*: funzione preventiva e riparatoria possono convivere con quella punitiva, rappresentando gli elementi costitutivi propri della pena. Il coesistere di finalità diverse, accanto a quella repressiva, come quella preventiva o risarcitoria, non fa venire meno il carattere *“penale”* della misura: *“..la pena si intende compatibile anche con lo scopo preventivo...”*.

Ancora, sempre alla giurisprudenza della Corte europea si deve la consacrazione del principio di colpevolezza quale corollario del principio di legalità-irretroattività di cui all’art. 7 CEDU²⁴³.

Il riconoscimento di una concezione sostanzialistica della *“materia penale”* assume particolare rilievo non soltanto ai fini dell’operatività del principio di legalità, ma anche ai fini del rispetto di altre garanzie proprie del sistema penalistico, quali quelle previste dall’art. 6 CEDU, che impone il rispetto delle garanzie dell’equo processo e il diritto alla presunzione di innocenza; l’art. 2 Prot. n. 7, che sancisce per chiunque sia condannato per un illecito penale il diritto di

²⁴² Il riferimento è alla celebre sentenza in tema di confisca estesa *Welch c. Regno Unito*, cit., la quale, oltre ad estendere i criteri individuati dalla giurisprudenza, ai fini della qualificazione del concetto di pena, anche alla sanzione accessoria, ha aggiunto rispetto agli *Engel criteria*, indici di qualificazione di natura processuale. Nel caso specifico ha riconosciuto la violazione dell’art. 7 CEDU in un caso di applicazione retroattiva della confisca nei riguardi di un condannato per il reato di traffico di stupefacenti.

²⁴³ Tale principio è stato affermato nella sentenza *Sud Fondi*, la quale, come si vedrà nel prosieguo, ha avuto notevoli implicazioni nel diritto interno italiano con riferimento alla confisca urbanistica.

revisione della condanna da parte di un giudice superiore; e l'art. 4 Prot. 7, che sancisce il divieto di *bis in idem* processuale.

Ebbene, applicando i principi in esame all'ordinamento interno²⁴⁴, si arriva ad attribuire natura penale anche a talune sanzioni e misure nazionali che non sarebbero, secondo il diritto nazionale, pene in senso stretto. Chiaro appare il riferimento alle misure di sicurezza, e nello specifico alla confisca, rispetto alla quale il dibattito sull'effettiva funzione preventiva o punitiva e quindi sulla sua qualificabilità in termini di pena, va riconsiderato anche alla luce della giurisprudenza europea.

In realtà la questione non può essere affrontata in termini generali, dal momento che, come già messo prima in evidenza, la confisca nel panorama normativo vigente non ha un'unica identità: essendo previste diverse ipotesi di confisca, ognuna connotata in base alle esigenze di politica criminale che ne hanno determinato l'introduzione.

Ad ogni modo, una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 200 c.p. e delle singole disposizioni interne che disciplinano l'istituto in esame sembra imporre l'applicazione dell'art. 7 della CEDU a quelle misure di sicurezza, confisca *in primis*, che hanno indubbiamente un contenuto afflittivo, così perseguendo non solo finalità di prevenzione speciale ma generale. Diversamente, si porrà una questione di legittimità costituzionale della norma interna per violazione dell'art. 117 della Costituzione, in quanto contrastante con il parametro interposto di cui all'art. 7 della CEDU.

²⁴⁴ Cfr. A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, vol. I, Torino 1997, p. 176.

5. I riflessi della giurisprudenza europea sull'applicazione delle confische nazionali.

5.1. La confisca del veicolo.

Nel panorama dell'impatto che i principi sanciti in chiave garantista dalla giurisprudenza europea hanno avuto rispetto all'applicazione dell'istituto della confisca, non può non farsi menzione della confisca obbligatoria del veicolo.

Essa, come già anticipato, è prevista per i reati di cui agli artt. 186 comma 2, lett. c) e comma 7, e all'art. 187 del Codice della strada. La prima disposizione citata stabiliva la confisca obbligatoria del veicolo *“ai sensi dell'art. 240 secondo comma c.p.”*.

Sulla scorta di tale disposizione normativa, l'orientamento maggioritario della giurisprudenza²⁴⁵ riteneva applicabile il principio del *tempus regit actum* di cui all'art. 200 c.p., considerandola una misura di sicurezza patrimoniale, con conseguente applicazione della stessa in via retroattiva, per i fatti commessi prima dell'entrata in vigore della novella introdotta con l'art. 4 comma 1 lett. b), del d.l. 23 maggio 2008 n. 92.

Ebbene, sulla legittimità costituzionale della predetta interpretazione è stata chiamata a pronunciarsi la Corte Costituzionale²⁴⁶.

È stata, in particolare, sollevata la questione del contrasto della predetta soluzione ermeneutica adottata dalla giurisprudenza con l'art. 7 della CEDU, quale parametro interposto a norma dell'art. 117 della Costituzione. Il responso dei

²⁴⁵ Cass. pen. sez. IV, 4 giugno 2009, n. 32932, in *C.E.D.*, Rv. n. 413251; Id. 3 aprile 2009, n. 38179; Id. 27 gennaio 2009, n. 9986 in *C.E.D.*, Rv. n. 239156.

²⁴⁶ Il giudizio di legittimità costituzionale è stato proposto dal GIP presso il Tribunale di Lecce degli articoli 200 e 236 c.p. e degli articoli 186, comma 2, lettera c), e 187, comma 1, ultimo periodo, del decreto legislativo 30 aprile 1992, n. 283 (Nuovo codice della strada), come modificati, rispettivamente, dall'art. 4, commi 1, lett. b), e 2, lett. b), del decreto-legge 23 maggio 2008, n. 92 (Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica), convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 24 luglio 2008, n. 125.

giudici costituzionali è arrivato con la sentenza 4 giugno 2010 n. 196²⁴⁷, con la quale, dichiarando l'incostituzionalità della disposizione censurata, limitatamente alle parole “*ai sensi dell'art. 240 II c. c.p.*” ha riconosciuto natura sanzionatoria alla confisca esaminata, riconducendola all'applicazione del regime della irretroattività.

È possibile ritenere che la Corte in tale interpretazione abbia mostrato un approccio più sostanzialistico - funzionale della misura in esame.

Il *decisum* mette in rilievo la portata vincolante del disposto di cui all'art. 117, primo comma, della Costituzione, sulla scorta di quanto già asserito con le celebri sentenze gemelle nn. 347 e 348²⁴⁸. La Corte ha, infatti, ricordato che le norme della Convenzione non solo costituiscono parametro interposto, ma fanno sorgere in capo al giudice interno uno specifico potere-dovere di interpretazione conforme alla CEDU, in quanto custode diffuso della legalità convenzionale.

La Consulta sembra adottare un approccio sostanzialistico proprio della Corte di Strasburgo, evidenziandone la sua necessità al fine di impedire che “*risposte di segno repressivo, e quindi con i caratteri propri delle pene in senso stretto, si prestino ad essere qualificate come misure di sicurezza, con la conseguenza di eludere il principio di irretroattività valido per le pene.*”

Nel merito, il riconoscimento da parte dei giudici costituzionali del carattere afflittivo della confisca in esame è stato desunto da una duplice considerazione. In primis, si è rilevato che la misura *de qua* era applicabile anche quando il veicolo risultasse incidentato e temporaneamente inutilizzabile²⁴⁹, e poi

²⁴⁷ In www.giurcost.org. Sul punto si veda anche G. ABBADESSA, *Guida in stato di ebbrezza e divieto di applicazione retroattiva della confisca*, 8 dicembre 2010, in *Dir.pen.cont.*, *riv.trim.*; V. MANES, *La confisca “punitiva” tra corte costituzionale e CEDU: sipario sulla “truffa delle etichette”*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 534 ss.; F. VIGANO' – G. L. GATTA, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? Riflessi sostanziali e processuali*, in *Dir.pen.cont.*, *riv.trim.*, 9 dicembre 2010.

²⁴⁸ V. MAIELLO, *Confisca, CEDU, e diritto dell'Unione tra questioni risolte e altre ancora aperte*, in *Dir.pen. cont. n.* 3-4-2012.

²⁴⁹ È dunque privo del carattere dell'attuale pericolosità oggettiva, presupposto tipico della misura di sicurezza e non anche della pena, la quale ha più carattere retributivo, nonché preventivo generale.

che la sua operatività non escludeva di per sé l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, e quindi, un rischio di recidiva. La Corte Costituzionale, pertanto, individua quale *ratio* sottesa all'istituto in argomento non quella propria del sistema delle misure di sicurezza di cui all'art. 240 c.p., bensì una finalità sanzionatoria. Le caratteristiche messe in luce dai giudici costituzionali, infatti, confermano la non idoneità della confisca ad assolvere a una funzione preventiva, non potendo incidere sulla condotta del soggetto, né sulla sua personalità, bensì soltanto sulla *res*.

Anche la giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite²⁵⁰ è giunta ad escludere l'applicazione retroattiva tanto della confisca di cui all'art. 186 quanto di quella prevista all'art. 187 del Codice della strada, sul rilievo secondo cui, valorizzando anch'essa una lettura più sostanziale-funzionale, tali misure sono qualificabili come sanzione penale accessoria.

Nell'ambito di tale dibattito è intervenuto il legislatore, il quale con L. 29 luglio 2010 n. 120 ha esplicitamente conferito la natura di sanzione amministrativa accessoria alla confisca del veicolo prevista per i reati del Codice della strada. Il nuovo testo normativo dell'art. 186 rinvia a quanto previsto dall'art. 224 ter c.p.²⁵¹, a sua volta introdotto dalla stessa novella legislativa, in cui si afferma che la relativa disciplina trova applicazione nelle ipotesi di reati per cui è prevista la sanzione amministrativa accessoria della confisca del veicolo.

Orbene, le novità normative introdotte hanno riaperto la questione della natura giuridica della confisca del veicolo. La giurisprudenza di legittimità²⁵², attenendosi a una interpretazione letterale della norma, ha affermato la natura di sanzione amministrativa accessoria alla confisca in esame, sconfessando, così, la precedente impostazione.

²⁵⁰ Cass. pen., Sez. Un., 18 giugno 2010, n. 23428.

²⁵¹ La norma individua il procedimento di applicazione delle sanzioni amministrative accessorie della confisca amministrativa e del fermo amministrativo in conseguenza di ipotesi di reato.

²⁵² Cass. pen., sez. IV, 6 ottobre 2010, n. 41080; Cass. pen., sez. IV, 4 novembre 2010, n. 40523.

Nuova linfa ha, pertanto, assunto il dibattito concernente il profilo intertemporale di applicazione della misura in esame, essendo controverso se sia ravvisabile una continuità normativa tra la vecchia e la nuova normativa, e di conseguenza applicabile l'art. 2 comma 4 c.p.

In proposito i giudici di legittimità²⁵³ hanno ritenuto che la depenalizzazione introdotta non concerne l'illecito in sé, ma unicamente la sanzione accessoria, e che *“la nuova sanzione amministrativa risulta omogenea e di fatto indistinguibile da quella penale”*, deducendo così *“una continuità tra le due sanzioni accessorie, con la conseguenza che l'omogenea nuova sanzione può trovare applicazione anche per i fatti anteriori all'entrata in vigore della novella”*. Tale soluzione ermeneutica, secondo l'iter logico argomentativo dei giudici, non confligge nemmeno con il principio di irretroattività delle sanzioni amministrative sancito dall'art. 1 l. 689/1981, proprio perché non viene in rilievo un'ipotesi di depenalizzazione del reato e quindi di introduzione di un corrispondente illecito amministrativo, ma di depenalizzazione della sanzione accessoria.

Ne deriva che il giudice deve applicare la disciplina vigente in materia di confisca anche ai fatti commessi precedentemente alla sua entrata in vigore, in quanto la nuova confisca amministrativa soggiace a un regime giuridico più favorevole di quello relativo alla confisca qualificata come pena accessoria.

5.2. La confisca per equivalente.

Ancora, la questione della compatibilità tra sistema applicativo della confisca e art. 7 CEDU deve porsi anche per l'istituto della confisca per equivalente.

²⁵³ Ex multis cfr. Cass. pen., sez. IV, 21 settembre 2010, n. 38561.

Con riferimento ad essa è, in particolare, ravvisabile da anni un cambio di rotta da parte della giurisprudenza, anche a seguito della definizione di matrice sovranazionale di “*penalty*”.

In un primo momento la giurisprudenza nazionale aveva escluso la riconducibilità della stessa entro il *genus* della pena, mantenendo ferma la sua qualificazione in termini di misura di sicurezza e quindi l’applicazione del regime intertemporale di cui all’art. 200 c.p.²⁵⁴

A fronte, anche, delle nuove istanze garantistiche di diritto europeo e, quindi, dell’interpretazione data dalla Corte europea dei diritti dell’uomo dell’art. 7 della CEDU, la giurisprudenza nazionale ha finito con il riconoscere natura eminentemente sanzionatoria alla confisca per equivalente, definita quale “*forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti*”²⁵⁵.

Si è infatti sottolineato che tale misura ablativa sconosce la funzione preventiva propria delle misure di sicurezza, prescindendo dal nesso di pertinenzialità tra la *res* oggetto di ablazione e il reato; risponde alla *ratio* di ripristinare la situazione economica alterata dal reo per effetto dell’illecito, assumendo carattere affittivo ed essendo avvinta al reato da un nesso consequenziale proprio della sanzione penale²⁵⁶.

Da qui la qualificazione in termini di sanzione penale accessoria.

Il *revirement* giurisprudenziale ha trovato conforto anche nella giurisprudenza costituzionale. Ed invero, la Consulta ha messo in evidenza come “*la mancanza di pericolosità dei beni che sono oggetto della confisca per equivalente, unitamente all’assenza di un rapporto di pertinenzialità (inteso come nesso diretto, attuale e strumentale) tra il reato e detti beni, conferiscono all’indicata confisca una connotazione prevalentemente affittiva attribuendole, così, una natura “eminente” sanzionatoria, che impedisce l’applicabilità a*

²⁵⁴ Cass. pen., sez. II, 5 aprile 2002 in tema di usura; cfr. Cass. pen., sez. VI, 9 maggio 2001, Curtò, in tema di confisca ex art. 322 ter c.p.

²⁵⁵ Cass. pen., Sez. Un., 25 ottobre 2005, n. 41936, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1382.

²⁵⁶ Ex multis, cfr. Cass., Sez.Un., 21 luglio 2015, Lucci.

tale misura patrimoniale del principio generale dell'art. 200 c.p.,²⁵⁷”, dovendosi, invece, applicare l'art. 25 comma 2 della Costituzione, nonché dell'art. 7 della Convenzione Europea. Ne deriva, pertanto, l'inapplicabilità dell'ablazione per equivalente a fatti commessi anteriormente alla sua previsione normativa.

Come anticipato, una figura di confisca per equivalente che ha posto questioni interpretative in giurisprudenza è quella prevista dall'art. 322 ter c.p.

È in particolare sorto un dibattito a causa della differente formulazione del primo e del secondo comma della disposizione citata.

Il primo comma infatti prevedeva la confisca obbligatoria diretta di profitto e prezzo, e per equivalente del solo *prezzo* del reato, in caso di condanna per uno dei delitti di cui agli artt. 314-320 c.p.; mentre il secondo comma contemplava, relativamente al delitto di corruzione attiva di cui all'art. 321 c.p.²⁵⁸, la confisca obbligatoria diretta o per equivalente soltanto limitatamente al *profitto* del reato e non al prezzo.

In considerazione di tale formulazione, si affermarono due distinti orientamenti giurisprudenziali.

Secondo un'interpretazione restrittiva e letterale della norma di cui all'art. 322 ter comma 1 c.p., ultima parte, si è ritenuta applicabile la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente soltanto al prezzo del reato; evidenziando come tale scelta fosse non irrazionale, giacché espressione dell'esercizio della potestà discrezionale del legislatore²⁵⁹.

Secondo altro indirizzo, invece, la norma andava interpretata ragionevolmente sulla base di un criterio di sistematicità, tale per cui doveva ritenersi che l'ultima parte del primo comma dell'art. 322 ter c.p. ricomprendesse non soltanto il prezzo ma anche *il profitto*: limitare la confisca di valore al solo prezzo del reato ne avrebbe infatti comportato la sostanziale disapplicazione nella

²⁵⁷ Ord. n. 97 del 22 aprile 2009, in *Corr. Trib.*, 2009, pp. 1775 ss, con nota di P. M. CORSO, *La confisca per equivalente non è retroattiva*, in cui la Corte ha escluso l'applicabilità retroattiva della confisca per equivalente ex art. 322 ter ai reati tributari.

²⁵⁸ Delitto di corruzione attiva del privato.

²⁵⁹ Cass. pen., sez. II, 1 marzo 2005, n. 10875; Cass. pen., sez. II, 15 febbraio 2005, n. 9717.

maggior parte delle fattispecie contro la P.A., stante la difficile configurabilità, salvo in caso di corruzione, di un “prezzo” del reato. Di qui la possibilità di estendere in via interpretativa l’applicazione della confisca per equivalente anche al profitto²⁶⁰.

Tale conclusione è stata criticata dalla dottrina, che ne ha evidenziato inaccettabili conseguenze in *malam partem*²⁶¹. Il passo per un ribaltamento del *decisum* è stato breve: le Sezioni Unite della Cassazione²⁶², infatti, hanno aderito all’interpretazione restrittiva della norma, anche perché le nozioni di prezzo e profitto sono già ben distinte nell’art. 240 c.p., opinando così per l’esclusione della confiscabilità per equivalente del profitto del reato²⁶³. Nell’impianto motivazionale dei giudici di legittimità si afferma che tra i principi generali dell’ordinamento giuridico vi è senza dubbio quello “*della legalità della pena, che appartiene ai principi generali del diritto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri e che è sancito anche dall’art. 7 della CEDU; dall’art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici; nonché dall’art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*”. Anche se la decisione quadro 2005/212/GAI²⁶⁴ accoglie una nozione ampia di “provento” da reato, inclusiva di qualunque vantaggio economico da questa derivante, l’obbligo di interpretazione conforme al diritto comunitario incontra il limite della possibilità di integrare gli elementi normativi della fattispecie incriminatrice con la normativa sovranazionale, quando una siffatta operazione ermeneutica determini una

²⁶⁰ Cass. pen., sez. VI, 25 marzo 2005, in *Cass. pen.*, 2006, p. 2851.

²⁶¹ V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, p. 104.

²⁶² Cass. pen., Sez. Un., 6 ottobre 2009, n. 38691.

²⁶³ R. GAROFOLI, *op.cit.*, p. 1500.

²⁶⁴ Art. 2 della decisione quadro 2005/212/ GAI impone a ciascuno Stato membro “*l’adozione delle misure necessarie per potere procedere alla confisca totale o parziale di strumenti o proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi*”. L’art. 1 accoglie una nozione ampia di “provento” del reato, stabilendo che per esso deve intendersi “*ogni vantaggio economico derivante da reato*”.

interpretazione in *malam partem* per il reo. Tale principio è del resto stato ribadito dalla stessa giurisprudenza comunitaria²⁶⁵.

Va segnalato infine l'intervento normativo del legislatore, che con L. 2012 n. 190 ha esplicitamente inserito nel primo comma dell'art. 322 ter c.p., dopo le parole "a tale prezzo" quelle "o profitto", così introducendo la confisca per equivalente anche con riguardo al *profitto*. Tale formulazione, mettendo un punto alla controversa questione, appare più in linea con le istanze promananti dalla normativa sovranazionale.

Altra questione interpretativa riguarda l'irrogabilità della confisca di valore al *profitto* della truffa aggravata ex art. 640 bis c.p., in ordine alla quale, prima dell'intervento chiarificatore delle Sezioni Unite, era sorto un contrasto giurisprudenziale.

La questione più precisamente involge l'estensione ad opera dell'art. 640 quater c.p. delle disposizioni previste dall'art. 322 ter c.p., in quanto compatibili, ai delitti di truffa aggravata e frode informatica²⁶⁶.

Ed invero, secondo un primo orientamento maggioritario²⁶⁷, il rinvio di cui all'art. 640 quater c.p. doveva essere interpretato restrittivamente, limitandolo alle sole ipotesi previste dall'art. 322 ter comma 1 c.p., che prevede la confisca per equivalente del *prezzo* del reato. L'interpretazione giurisprudenziale in esame escludeva, quindi, un'interpretazione estensiva dell'art. 322 ter comma 2 c.p., non

²⁶⁵ E' quanto è stato affermato dalla stessa Corte di Giustizia europea nella sentenza Pupino (Corte di giustizia, 16 giugno 2005, C-105/03), la quale, dopo avere asserito che "*applicando il diritto nazionale, il giudice del rinvio è chiamato ad interpretare quest'ultimo alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa*", precisava, tuttavia, che un siffatto vincolo di conformazione "*trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività*", i quali "*ostano a che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l'attuazione di quest'ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni*".

²⁶⁶ Artt. 640 comma 2 n. 1, 640-bis e 640 ter c.p. Il testo dell'art. 640 quater recita: "nei casi di cui agli articoli 640, secondo comma, numero 1, 640 bis e 640 ter, secondo comma, con esclusione delle ipotesi in cui il fatto è commesso con abuso della qualità di operatore del sistema, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nell'art. 322-ter c.p."

²⁶⁷ Cass. pen., sez. II, 28 aprile 2004 nn. 4852, 4853.

ammettendone l'applicabilità anche alle fattispecie di truffa, e limitandola al reato ex art. 321 comma 1 c.p.

A differenti conclusioni, invece, giungeva un altro indirizzo ermeneutico²⁶⁸, il quale valorizzava la *ratio legis* della norma di cui all'art. 640 quater c.p., volta a colpire quanto più possibile l'indebita percezione di denaro. Alla luce, quindi, della finalità repressiva perseguita dal legislatore, si ammetteva il rinvio della predetta norma anche all'art. 322 ter comma 2 c.p., e quindi, la confiscabilità per equivalente anche del *profitto* del reato.

Sul punto sono intervenute le Sezioni Unite²⁶⁹, le quali hanno infine ritenuto che il rinvio di cui all'art. 640 quater c.p. all'art. 322 ter c.p. non vada inteso come limitato al primo comma della predetta disposizione (la quale ammetterebbe l'applicazione della confisca al solo *prezzo* del reato), bensì riferibile all'intera norma, con conseguente confiscabilità anche del *profitto* del reato. È stato, pertanto, sconfessato il primo dei citati orientamenti, in quanto “*non può sostenersi che il primo comma dell'art. 322 ter c.p., rappresenterebbe la norma di carattere generale, disciplinante la confisca per equivalente, mentre il secondo comma riguarderebbe solo una fattispecie delittuosa specifica*”²⁷⁰. È inoltre stato valorizzato il rinvio generalizzato (“in quanto applicabili”) che la norma opera all'art. 322 ter, senza distinguere tra il primo e il secondo comma di questa disposizione.

I giudici nazionali giungono a tale soluzione ermeneutica additiva del dettato normativo, sulla scorta di un'interpretazione conforme alle decisioni quadro emesse in materia e recepite nel nostro ordinamento²⁷¹ ma che, tuttavia, finisce con il produrre effetti *in malam partem*²⁷².

²⁶⁸ Cass. pen., sez. I, 12 gennaio 2005 n. 9395.

²⁶⁹ Cass. pen., Sez. Un., 25 ottobre 2005, n. 41936, Muci, in *Cass. pen.*, 2006, p. 1382.

²⁷⁰ Ossia solo per il delitto di cui all'art. 321 c.p.

²⁷¹ Decisione quadro 2001/500 GAI del 26.06.01 – art. 3 -; 2005/212 GAI del 24.02.05 – art. 2.

²⁷² V. MAIELLO, *Confisca CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Dir.pen.cont., riv.trim.*, 3-4-2012, pag. 12.

Invero, sul punto si è rilevato²⁷³ che “*il giudice (...) è tenuto ad applicare il diritto nazionale per quanto possibile alla luce della lettera e dello scopo della decisione-quadro (...), fin dove però il diritto interno consente un’interpretazione conforme a tale decisione, in quanto, come nel caso dell’art. 640quater c.p., le disposizioni pertinenti contengono clausole generali o concetti giuridici indefiniti, che consentono al giudice nazionale di utilizzare l’intero spazio valutativo ad esso concesso in favore del diritto dell’Unione Europea*”.

Autorevole dottrina²⁷⁴ ha sottolineato come l’obbligo della interpretazione comunitariamente orientata non costituisce in realtà un principio assoluto, in quanto trova un limite nei principi generali dell’ordinamento nazionale di rilevanza costituzionale.

Parimenti la questione dell’esatta individuazione della sfera applicativa della confisca per equivalente, si è posta anche nel settore penal-tributario, nell’ambito del quale il legislatore ha previsto l’operatività della confisca mediante il mero rinvio contenuto nell’art. 1 comma 143 l. n. 244 del 2007 all’art. 322 ter c.p., “*in quanto applicabile*”²⁷⁵.

Più in particolare, la questione si è posta perché, rispetto ai reati tributari, non è ipotizzabile la categoria del prezzo, ma soltanto quella del profitto. Di qui la prospettazione di due soluzioni ermeneutiche percorribili: da un lato prediligere un’interpretazione strettamente letterale della disposizione, che rischia di svuotare il significato della citata novella legislativa, in contrasto con la volontà dello stesso legislatore; oppure, dall’altro, proporre un’interpretazione estensiva, così ammettendo l’applicazione del secondo comma dell’art. 322 ter c.p., con la conseguente confiscabilità per equivalente del *profitto* del reato.

²⁷³ Cfr. V. MANES, *L’incidenza delle “decisioni quadro” sull’interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 1150 ss.

²⁷⁴ V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell’Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*”, in *Dir. pen. contemp.*, 3-4-2012.

²⁷⁵ L’art. 1 co. 143 L. n. 244/07 (“Finanziaria 2008”) ha esteso l’istituto ai reati tributari, disponendo che “*nei casi di cui agli artt. 2,3,4,5,8, 10 bis, 10-ter, 10-quater e 11 D.lgs.74/00, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all’art. 322-ter c.p.*”

Invero, l'indirizzo maggioritario della giurisprudenza di legittimità²⁷⁶ ha prediletto la predetta soluzione ermeneutica, affermando, con riferimento alla materia dei reati tributari che deve trovare applicazione l'intera disciplina prevista dall'art. 322 ter c.p. e non solo il suo primo comma, proprio nell'ottica della valorizzazione dell'obbligo di interpretazione conforme alle istanze di diritto comunitario, fino ad ammettere un'interpretazione *in malam partem*: un approdo quindi che sembra difficilmente compatibile con le garanzie sottese al principio di legalità-irretroattività della pena.

La circostanza per cui la confisca per equivalente non attinge uno specifico bene ma può indirizzarsi verso qualunque cespite presente nel patrimonio dell'autore del reato (sia pure nei limiti del *tantundem*), prescindendo del tutto dal rapporto di pertinenzialità e/o di derivazione dal reato (cui si riconnette la riconosciuta natura sostanzialmente sanzionatoria), ha animato in giurisprudenza il dibattito circa le sue modalità di applicazione nella ipotesi di concorso di persone nel reato.

Sul punto un certo orientamento giurisprudenziale²⁷⁷, partendo proprio dal carattere affittivo della misura, sostiene che ove sia impossibile stabilire la quota di profitto spettante a ciascuno dei concorrenti, è ammissibile la confisca per equivalente dell'intero valore, fermo restando il regime di solidarietà tra i concorrenti e la necessità che in sede di confisca sia determinata la quota di profitto suscettibile di ablazione nei confronti di ciascuno di essi.

Tale conclusione ha tuttavia suscitato perplessità in dottrina²⁷⁸, sul rilievo secondo cui si porrebbe in contrasto con i parametri di cui all'art. 3 e 27 Cost., giacché imporrebbe l'applicazione di una confisca-sanzione sproporzionata e a

²⁷⁶ Cfr. ex multis Cass. pen., sez. III, 6 ottobre 2010, n. 35807, in *C.E.D.*, Rv. 213983; Cass. pen., sez. VI, 15 gennaio 2001, Profeta; Cass. pen., sez. II, 29 maggio 2002.

²⁷⁷ Cfr. ex mutis Cass. pen., sez. II, 14 giugno 2006, n. 31988, in *Giur.it.*, 2009, p. 966; Cass. pen., Sez. Un., n. 41936/2005; v. anche Cass. pen., sez. V, 16 gennaio 2004, n. 15445; Cass. pen., 11 dicembre 2012, n. 30140.

²⁷⁸ P. BALDUCCI, *Confisca per "equivalente" e concorso di persone nel reato*, in *Cass.pen.*, 2010, p. 3104.

prescindere dall'effettivo contributo fornito da ciascuno dei concorrenti alla realizzazione del reato. Se è vero infatti che ciascuno dei concorrenti soggiace alla pena stabilita per il reato ai sensi dell'art. 110 c.p., è anche vero che il trattamento sanzionatorio di ciascuno dipende dal suo apporto nella realizzazione dell'illecito (art. 114 c.p.), per cui aderire a tale soluzione ermeneutica significherebbe violare il principio di proporzionalità della pena (art. 3 e 27 co. 1 e co. 3 Cost) e l'esigenza della sua personalizzazione.

A diversa soluzione è giunto l'altro indirizzo giurisprudenziale²⁷⁹, secondo cui nel caso di più concorrenti nel reato ciascuno può subire la confisca soltanto *pro quota*, nei limiti quindi del profitto da ciascuno effettivamente ricavato dal reato.

5.3. La confisca allargata.

Il dibattito in chiave garantista della giurisprudenza sovranazionale non sembra abbia inciso sulla confisca allargata di cui all'art. 12 *sexies*, l. n. 356/92²⁸⁰.

Tale misura, infatti, benché la dottrina maggioritaria la consideri una pena accessoria²⁸¹ – per la mancanza del nesso di pertinenzialità rispetto al reato e il carattere obbligatorio - viene ancora definita dalla giurisprudenza²⁸² come misura di sicurezza patrimoniale, in quanto “*verrebbe a incidere sulla pericolosità dei beni i quali, se lasciati nella libera disponibilità dei rei, potrebbero incentivare questi a reiterare i reati*”.

²⁷⁹ Cass. pen., sez. VI, 5 giugno 2007, n. 31690, in *C.E.D. Cass. pen.*, n. 2036900.

²⁸⁰ V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione*, op. cit.

²⁸¹ E. SQUILLACI, *La confisca “allargata” quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, in *Dir.pen.proc.*, 2009, p. 1525.

²⁸² Cfr. Cass. pen., sez. VI, 28 febbraio 1995, n. 775, in *Cass. pen.*, 1996, pp. 251 ss.

Da tale considerazione deriva che tale misura ha natura preventiva e soggiace, quindi, all'applicazione del principio del *tempus regit actum* di cui all'art. 200 c.p., e non a quello di irretroattività.

La giurisprudenza, anche costituzionale²⁸³, ha negato ripetutamente l'incompatibilità della confisca ex art. 12 *sexies* - fondata sulla presunzione di origine illecita dei beni di valore sproporzionato - con la presunzione di innocenza e con il rispetto del diritto di proprietà.

A partire dalla nota sentenza Montella²⁸⁴ esige però che il requisito della sproporzione non vada riferito al patrimonio come complesso unitario, ma ad ogni singolo bene al momento dell'acquisto. Viene così delimitato l'ambito di applicazione della misura in modo da renderla compatibile con il principio di proporzione e con la presunzione di innocenza, e consente un più efficace esercizio del diritto di difesa²⁸⁵.

Alla luce di tale lettura ermeneutica, la giurisprudenza della Suprema Corte ha ravvisato la compatibilità della confisca allargata con il diritto di proprietà e il diritto di difesa, giacché essa è basata su *“una fondamentale scelta di politica criminale del legislatore, operata con l'individuare delitti particolarmente allarmanti, idonei a creare una accumulazione economica, a sua volta possibile strumento di ulteriori delitti, e quindi con trarne una presunzione, iuris tantum, di origine illecita del patrimonio “sproporzionato” a disposizione del condannato di tali delitti²⁸⁶”*.

Si sottolinea come la misura svolga una funzione preventiva e dissuasiva, e dunque persegua un rilevante interesse pubblico, il quale alla luce del dettato costituzionale giustifica il legislatore nel limitare il diritto di proprietà.

²⁸³ Corte cost., 22 gennaio 1996, n. 18 in www.cortecostituzionale.it

²⁸⁴ Cass. pen., Sez. Un., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004) Montella, in *Cass. Pen.*, 2004, 1188.

²⁸⁵ A. M. MAUGERI, *I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato* in www.csm.it

²⁸⁶ Cass. Sez. Un., 17 dicembre 2003 (19 gennaio 2004), Monella, cit., n. 1182. Così, anche, Cass., 26 aprile 2007, n. 21250; Cass., 28 novembre 2006, n. 92.

Nella citata pronuncia le Sezioni Unite²⁸⁷, inoltre, hanno 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”*. Come è stato osservato dalla dottrina²⁸⁸, si accoglie così quell'orientamento che ritiene che la presunzione di innocenza, in virtù del nesso teleologico tra l'art. 27 co. 2 e l'art. 13 della Costituzione, rappresenti una garanzia solo nei confronti della libertà personale e non del patrimonio²⁸⁹.

La Corte, inoltre, evidenzia che non può predicarsi una violazione del diritto di difesa giacché la presunzione è *iuris tantum* ed opera *“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”*.

Una volta dunque fornita la prova della sproporzione, scatta una presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale che può essere superata solo da specifiche e verificate allegazioni dell'interessato²⁹⁰.

La Suprema Corte dunque nega che si tratti di una vera e propria inversione dell'onere della prova e fa riferimento ad un *“onere di allegazione”*: l'accusa deve provare la sproporzione in relazione ad ogni singolo bene e alla situazione

²⁸⁷ Cass., Sez. Un. Montella, cit.

²⁸⁸ A. M. MAUGERI, *I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato*, in www.csm.it

²⁸⁹ L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale “moderno”* Cedam, Padova, 1997, pag. 102.

²⁹⁰ A. M. MAUGERI, op. cit.

economica e patrimoniale al momento dell'acquisto di quest'ultimo, con relativa delimitazione temporale anche per il correlato onere di allegazione della difesa.

Tale approccio tuttavia ha alimentato molte riserve in dottrina²⁹¹.

È stato infatti osservato che benché l'onere di allegazione non venga inteso in senso meramente formale, in senso quindi incrementativo dell'onere probatorio gravante sull'accusa, si finisce comunque per violare il diritto al silenzio dell'imputato, il quale, in realtà non parrebbe godere pienamente della presunzione di innocenza. Infatti, in presenza del mero indizio della sproporzione, dovrà dimostrare l'origine lecita dei suoi beni se non vuole subire il provvedimento ablatorio, venendo il silenzio ad assumere una valenza *contra reum* perché darebbe conforto ad indizi altrimenti insufficienti²⁹².

Come osservato²⁹³ e ribadito dalla giurisprudenza di legittimità successiva²⁹⁴, le Sezioni Unite nella citata pronuncia hanno fatto leva sull'elemento della sproporzione, ma per consentire l'effettivo rispetto del diritto di difesa senza trasmodare in una inversione dell'onere della prova, occorreva ribadire il dovere della pubblica accusa di dimostrare il carattere sproporzionato di ogni singolo acquisto; con conseguente operatività, nel caso in cui la prova raggiunta non risulti sufficiente, del principio in *dubio pro reo*, non potendosi disporre la confisca solo sulla base di una mera presunzione.

In tale direzione si è del resto espressa la Corte europea dei diritti dell'uomo, che ha riconosciuto alle forme di confisca allargata fondate su presunzioni - di fatto e di diritto - la compatibilità con la CEDU, sia sotto il

²⁹¹ A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, pag. 885; O. MAZZA, *Commento al d.l. 20/6/94, conv. con modificazioni dalla l. 8/8/1994 n. 501- Disposizioni urgenti in materia di confisca di valori ingiustificati*, in *Leg. Pen.*, 1995, pag. 23; E. SQUILLACI, *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, in *Dir.pen.proc.*, 2009, p. 1534.

²⁹² P. BERNASCONI, *La "speciale" confisca introdotta dal d.l. 20 giugno 1994 n. 399 conv. dalla l. 8 agosto 1994, n. 501*, in *Dir. Pen. E proc.* 1996, p. 1421.

²⁹³ R. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Dike, 2012. A. MAUGERI, *op.cit.*

²⁹⁴ Cass. pen., 2003, Scuto e altri, in *Foro it* 2003, II, 514; Cass. 24 ottobre 2000, Boglioni, in *Foro it. Rep.* 2001, voce Confisca n. 53.

profilo della presunzione di innocenza che quello del diritto all'equo processo (art. 6 co. 1 e 2 CEDU), purché siano apprestate effettive garanzie ai diritti di difesa dell'interessato²⁹⁵.

Parte della giurisprudenza di legittimità²⁹⁶ ha affermato altresì la compatibilità della confisca allargata ex art. 12 *sexies* con l'art. 24 co. 2, e con l'art. 27 co. 2 e co. 3 Cost., nella parte in cui se ne consente l'applicazione da parte del giudice dell'esecuzione. Il procedimento esecutivo garantisce infatti ex art. 666 c.p. il rispetto del principio del contraddittorio e la completa acquisizione probatoria; inoltre non viola la presunzione di innocenza perché il diritto al silenzio attiene al momento dell'accertamento della responsabilità penale, sicché non assumerebbe rilievo in presenza di una condanna²⁹⁷.

Tale forma di confisca non si sottrae comunque a seri dubbi di compatibilità con le garanzie interne e sovranazionali²⁹⁸.

Sul punto si osserva²⁹⁹ che la stessa giurisprudenza nazionale³⁰⁰ ha individuato i presupposti di applicabilità della confisca in esame, alla luce dei quali non sembra sostenibile la natura preventiva della stessa, specie se condizionati dalla lettura funzionalistica dell'art. 7 CEDU. A tal proposito, basti considerare che è stata esclusa la necessità di un nesso di pertinenzialità cronologica tra beni confiscabili e reato, e ancora, che viene correlato l'onere di una credibile giustificazione *“alla positiva liceità della provenienza e non si risolve nella prova negativa della non provenienza dal reato per cui si è condannati”*.

²⁹⁵ Corte eur. dir. uomo, Phillips c. Royaume-Uni, 12 dicembre 2001 (Ric. n. 41087/08).

²⁹⁶ Cass. pen., Sez. Un., 30 maggio 2001.

²⁹⁷ Di avviso contrario in dottrina è invece S. DI LENA, *Giudice dell'esecuzione e confisca di valori ingiustificati: un principio di diritto non “innocuo” dal punto di vista costituzionale*, in *Ind. Pen.* 2005, pp. 1205 ss.

²⁹⁸ Per quanto la Corte di Strasburgo ha ritenuto compatibili alla CEDU forme di confisca allargata previste da altri ordinamenti: cfr. Corte eur. dir. uomo, 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito; Corte eur. dir. uomo, 4 novembre 2014, Aboiffada c. Francia, in www.echr.coe.int.

²⁹⁹ V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam pertem*, in *Cass. pen.* 2010, pp. 112 ss.

³⁰⁰ Cass. pen., S.U., 19 gennaio 2004, n. 920, in *Cass. pen.* 2004, p. 1182.

L'istituto della confisca allargata, così come delineato, sembra quindi entrare in rotta di collisione con gli obblighi di conformazione del diritto sovranazionale³⁰¹. Più in particolare, potrebbe venire in rilievo la violazione dell'art. 49 della Carta fondamentale dei diritti dell'Unione europea³⁰², laddove prevede che *“l'intensità delle pene non deve essere sproporzionato rispetto al reato”*. Un'interpretazione dell'art 12 *sexies* conforme alla norma *de qua* dovrebbe, infatti, condurre a una rivisitazione dei presupposti applicativi della confisca allargata e a limitarne l'ambito di applicazione soltanto a quei beni posti in relazione cronologica con il reato contestato. Tornerebbe ad acquisire, così, rilevanza il nesso di pertinenzialità tra beni confiscati e attività illecita, conformemente al *trend* giurisprudenziale³⁰³ antecedente all'intervento delle Sezioni Unite, secondo il quale la presunzione di illegittima acquisizione dei beni da parte dell'imputato andrebbe circoscritta ad un ambito di ragionevolezza temporale, privando così dall'ambito oggettivo del provvedimento ablatorio i beni acquisiti in un'epoca risalente rispetto all'illecito, tale da escludere il legame di pertinenzialità³⁰⁴.

È dunque ben possibile aspettarsi una rilettura da parte della giurisprudenza nazionale in senso convenzionalmente conforme, non consentendosene l'applicazione retroattiva, ovvero esiti ancora più “drastici”, quali una declaratoria di illegittimità costituzionale.

Ulteriori profili di frizione dell'istituto con i principi di garanzia si collegano alla tutela dei soggetti terzi intestatari del bene.

³⁰¹ V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Dir.pen.cont, riv.trim.*, 3-4-2012.

³⁰² In proposito cfr. C. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione Europea dopo Lisbona*, 4 ottobre 2001, in *Diritto penale contemporaneo*; F. VIGANO', *Il diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc., speciale Europa*, 2001, pp. 22 ss.

³⁰³ Cfr. Cass. pen., sez. V, 23 aprile 2001, n. 25378; Cass. pen. sez. I, 5 febbraio 2001, n. 11049; Cass. pen., sez. V, 23 aprile 1998, n. 2469, tutte in *C.E.D. Cass. pen.* n. 1435.

³⁰⁴ V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 112 ss.; G. D. SALCUNI, *L'europeizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Milano, 2011, p. 345.

Invero, l'art. 12 *sexies* l. 356/92 non prevedeva alcuna tutela nei confronti di tali soggetti, a differenza di quanto previsto dal Codice Antimafia in tema di confisca di prevenzione³⁰⁵, che, come verrà evidenziato nel prosieguo, assicura al terzo la possibilità di svolgere le sue deduzioni in camera di consiglio e chiedere l'acquisizione di ogni elemento utile ai fini della decisione sulla confisca.

Tradizionalmente, è stata esclusa³⁰⁶ l'applicabilità della predetta disciplina alla confisca allargata, alla quale si applicavano, invece, le norme del codice di procedura penale che riguardano la confisca penale.

Ne derivava che il terzo estraneo poteva far valere i propri diritti sulle cose confiscate, attraverso l'incidente di esecuzione ai sensi degli artt. 665 c.p.p. e ss. L'art. 676, comma 1, c.p.p. prevede infatti che il giudice dell'esecuzione è competente anche sulla confisca penale, e, al comma 2, dispone che, qualora vi sia controversia sulla proprietà delle cose confiscate si applica l'art. 263, comma 3, c.p.p., in virtù del quale il giudice rimette la risoluzione della controversia al giudice civile del luogo competente in primo grado, mantenendo nel frattempo il sequestro.

Al di là dello strumento dell'incidente di esecuzione, la giurisprudenza di legittimità³⁰⁷ aveva individuato un'ulteriore forma di tutela prevista per il soggetto terzo, creditore ipotecario, il quale vanta una garanzia sul bene confiscato, ritenendo applicabile la normativa del Codice antimafia, in punto di tutela dei terzi creditori, anche alla confisca allargata. Ha ricostruito l'impianto normativo risultante dal coordinamento della legge di stabilità 2013 (n. 228/12, articolo 1, comma 194) e del nuovo Codice Antimafia (D. Lgs. 159/2011), ed ha superato il dubbio di legittimità costituzionale prospettato dalla parte ricorrente. L'argomento centrale della decisione consiste nel rilievo che il legislatore, accordando tutela al

³⁰⁵ Dlgs. 6 settembre 2011, n. 159, artt. 55 e ss.

³⁰⁶ *Le altre ipotesi di confisca nell'ordinamento italiano*, in www.altrodiritto.unifi.it.

³⁰⁷ Cass. pen., sez. I, 19 giugno 2014, n. 26527. Nel caso di specie i giudici di merito avevano negato tutela al creditore istante, sulla base di una interpretazione letterale della disciplina in materia, ovvero la legge di stabilità 2013 (n. 228/12, articolo 1, comma 194) e il nuovo Codice Antimafia (D. Lgs. 159/2011), riservata esclusivamente al procedimento di prevenzione.

creditore solo relativamente al procedimento di prevenzione, avrebbe realizzato un'irragionevole disparità di trattamento rispetto alle ipotesi in cui il creditore abbia avanzato richiesta di pagamento in relazione ai beni sottoposti alla cd. confisca allargata, nell'ambito di un procedimento penale concluso.

Non hanno quindi condiviso le conclusioni del giudice di primo grado, accedendo in via analogica ad una soluzione più garantista.

Nel caso in esame doveva quindi applicarsi la normativa del Codice Antimafia - oggetto del successivo capitolo - secondo cui l'estinzione di diritto delle garanzie reali al momento dell'adozione del provvedimento ablatorio è possibile, in quanto venga contestualmente fornita dal titolare del diritto di credito una adeguata tutela delle sue ragioni. In tali termini, quindi, la Corte di Cassazione ha contemperato il pubblico interesse con il diritto del terzo creditore.

Il dibattito è stato per lungo tempo in corso, sebbene l'indirizzo prevalente in giurisprudenza ha opinato per una estensibilità della disciplina in tema di prevenzione ai terzi rispetto alla confisca ex art. 12 *sexies*³⁰⁸.

La questione è stata infine risolta in via legislativa, in quanto la recente riforma del Codice Antimafia³⁰⁹ ha esteso le disposizioni in materia di tutela dei terzi anche all'ipotesi di confisca allargata³¹⁰.

³⁰⁸ S. CALVIGNONI, *Confisca (ex art. 12 sexies d.l.306/92) e tutela dei creditori*, in *Foro.it.*, 2015, II, 235 e ss.

³⁰⁹ L. 17 ottobre 2017, n. 161.

³¹⁰ Art. 4 bis: "*Le disposizioni in materia di amministrazione e destinazione dei beni sequestrati e confiscati nonché quelle in materia di tutela dei terzi e di esecuzione del sequestro previste dal codice di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, si applicano ai casi di sequestro e confisca previsti dai commi 1 e 2 ter del presente articolo, nonché agli altri casi di sequestro e confisca di beni adottati nei procedimenti relativi ai delitti di cui all'art. 51, comma 3-bis, del codice di procedura penale*".

6. Le confische senza condanna: la confisca urbanistica e la confisca di prevenzione (Rinvio).

6.1. La natura giuridica della confisca urbanistica. La sentenza Sud Fondi C. Italia sul caso Punta Perotti e il caso Varvara.

Sul tema delle istanze garantistiche aventi fondamento nella CEDU, assume un rilievo decisivo l'istituto della confisca urbanistica, prevista dal nostro ordinamento.

Il riferimento è, in particolare, all'art. 44 comma secondo del d. P.R. 5 giugno 2001, n. 380, che impone al giudice penale, laddove accerti l'esistenza di una lottizzazione abusiva, l'obbligo di disporre la confisca dei terreni abusivamente lottizzati, nonché delle opere eventualmente realizzate sugli stessi. A norma di tale disposizione, per effetto della confisca, i terreni e le opere sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio disponibile del Comune nel cui territorio è avvenuta la lottizzazione abusiva.

La formulazione della disposizione nei termini riportati lasciava intendere che la misura in esame prescindesse dall'affermazione di una responsabilità penale, potendo quindi essa derivare oltre che da una sentenza di patteggiamento, anche da una sentenza di proscioglimento, purché sia accertato il fatto di lottizzazione abusiva.

Orbene, la natura giuridica della confisca urbanistica non è stata configurata in maniera unanime dalla dottrina e dalla giurisprudenza³¹¹. Ed infatti, secondo alcuni autori³¹² è da considerare come una vera e propria misura di sicurezza

³¹¹ A. FIALE, *Diritto Urbanistico*, Simone, Napoli, 2015, pp. 1152 e ss.

³¹² O. DI GIOVINE, in *Commento all'art. 19 della legge n. 47/1985*, in *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, a cura di A. Predieri, Roma, 1985, p. 224.

patrimoniale, secondo altri³¹³, invece, come sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale di carattere ripristinatorio.

A tale tesi ha aderito la giurisprudenza³¹⁴, la quale ha escluso che la confisca urbanistica possa essere assimilata a quella di cui al codice penale. Più in particolare, viene esclusa la sua riconducibilità alla confisca facoltativa ex art. 240, comma 1, c.p., in quanto la sanzione è obbligatoria e viene irrogata indipendentemente da una sentenza di condanna, e i terreni vengono destinati al patrimonio comunale invece che a quello statale; e ancora, viene esclusa la sua configurabilità quale confisca obbligatoria di cui all'art. 240 n. 2 c.p., in quanto il terreno abusivamente frazionato non reca di per sé delle caratteristiche intrinseche di pericolosità, mentre viene sanzionata soltanto una specifica destinazione di esso, la cui antigiusuridicità dipende soltanto dall'assenza di un'autorizzazione.

Ne è derivata la qualificazione della confisca urbanistica come sanzione amministrativa irrogata dal giudice penale, a prescindere da una sentenza di condanna. Il T.U. edilizia, infatti, fa riferimento a una "sentenza definitiva" e non a una sentenza di condanna, diversamente da quanto accade nell'ambito della stessa normativa per altre fattispecie, quale, ad esempio, l'ordine di demolizione di cui all'art. 31 DPR 380/2001. Tale dato esegetico sarebbe espressione della *voluntas legis* che tale misura venga applicata anche nei confronti dell'imputato prosciolto dall'accusa, con l'unico limite dell'insussistenza del fatto di reato.

Tale posizione giurisprudenziale è stata avallata anche dalla giurisprudenza costituzionale³¹⁵, la quale ha affermato che la confisca dei terreni, in tema di lottizzazione abusiva, avrebbe carattere di sanzione amministrativa e non di misura di sicurezza reale come affermava una parte della giurisprudenza e della dottrina. Di qui la possibilità di applicare la confisca urbanistica, all'esito di una sentenza di mero accertamento della lottizzazione abusiva, a prescindere da una

³¹³ F. VERGINE, in AA. Vv., *Condono edilizio ed innovazioni alla disciplina urbanistica nella legge 28 febbraio 1985, n. 47*, Rimini, 1985, p. 260; R. MONALDI, in *Commentario alla legge 28 febbraio 1985, n. 47*, Rimini, 1985, n. 47, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1985, p. 1096.

³¹⁴ Cass., sez. III, 20.12.1995, n. 12471.

³¹⁵ Corte cost., 1998 n. 187, in giur.cost.org.

condanna e anche nei confronti dei terzi. Veniva infatti disposta anche nel caso di proscioglimento dell'imputato per difetto dell'elemento soggettivo e in caso di declaratoria di estinzione del reato per intervenuta prescrizione.

Orbene, la questione ha trovato rinnovato interesse in occasione del celebre caso Punta Perotti, che ha esposto l'Italia alla condanna da parte della Corte europea dei diritti dell'uomo³¹⁶ per violazione dell'art. 7 della CEDU.

Prima di analizzare i rilievi su cui si fonda la predetta asserita violazione, è necessario soffermarsi sulla vicenda del caso in esame. Esso concerneva una lottizzazione abusiva, ma di cui i proprietari dei terreni e dei manufatti abusivi non erano stati ritenuti penalmente responsabili. Ed infatti, le società coinvolte avevano stipulato un piano di lottizzazione con il Comune di Bari, dal quale avevano ottenuto un permesso di costruire sui terreni lottizzati. All'esito di tre gradi di giudizio³¹⁷, veniva accertato che l'intero piano di lottizzazione, ancorché autorizzato, era, in realtà illegale, in quanto i terreni interessati erano soggetti a vincolo paesaggistico³¹⁸. La Corte di Cassazione, tuttavia, assolveva gli imputati, in quanto non riscontrava la colpa, essendo incorsi in un errore scusabile nell'interpretare la legge regionale, poco chiara nella sua portata. Ciononostante, i giudici disponevano la confisca di tutti i beni, sul rilievo secondo cui per procedere all'ablazione in favore del patrimonio comunale dei terreni e delle opere in argomento fosse sufficiente l'accertamento del fatto tipico del reato di lottizzazione abusiva, a prescindere dall'accertamento dell'elemento subiettivo della condotta e quindi di una sentenza di condanna, conformemente a quanto asserito dal consolidato orientamento giurisprudenziale³¹⁹.

All'esito di tale *decisum*, le società interessate presentavano ricorso innanzi alla Corte europea di Strasburgo, lamentando la violazione dell'art. 7 della

³¹⁶ Corte eur. dir. Uomo, sez. II, 20 gennaio 2009, Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia, n. 75909/01; id. Corte eur. dir. uomo, sez. II, 25 settembre 2008, Paraponiaris c. Grecia.

³¹⁷ Cass. pen., 26 marzo 2001, n. 11716.

³¹⁸ Ai sensi della legge n. 431 del 1985, art. 19, che tutela le zone costiere situate a meno di trecento metri dal mare.

³¹⁹ Cass. pen., sez. III, 13 luglio 1995, n. 12471.

Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'art. 1 Protocollo 1 della Convenzione, denunciando l'illegalità della pena e la sproporzionalità della confisca nei loro confronti. Il Governo italiano, in difesa delle Corti italiane, aveva sostenuto che il principio *nulla poena sine lege* trovava applicazione soltanto con riguardo alle sanzioni penali e non anche a quelle ritenute da sempre di carattere amministrativo, come la confisca urbanistica.

La Corte di Strasburgo, tuttavia, non accoglieva tale prospettazione, ritenendo che la confisca in esame avesse natura di "pena". Si tratta infatti di una risposta "sanzionatoria" alla violazione urbanistica, comminata dal giudice penale sul presupposto della commissione di un reato. Essa inoltre incide non solo sui manufatti abusivamente realizzati ma anche sui terreni non ancora edificati: ha quindi una funzione non meramente compensativo-riparatoria ma preventiva e punitiva³²⁰.

I giudici avevano, infatti, ribadito che la nozione di pena di cui all'art. 7 della CEDU risulta del tutto autonoma e indipendente da quella data dall'ordinamento interno. Ebbene, tale norma garantisce il rispetto del principio di legalità dei delitti e delle pene, presidio essenziale nell'ambito dell'ordinamento sovranazionale, e quindi, inderogabile. Secondo i giudici europei, in particolare, l'art. 7 non può essere interpretato soltanto come divieto di un'applicazione retroattiva della pena, ma soprattutto come rispetto del principio di legalità nella previsione astratta del trattamento sanzionatorio. La norma penale, quindi, deve prevedere tassativamente i delitti e le pene per essi comminati, e possedere "*le due condizioni di accessibilità e prevedibilità*". Secondo il ragionamento giuridico

³²⁰ "Non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma mira nella sua essenza a punire per impedire la reiterazione di trasgressioni a prescrizioni stabilite dalla legge". Cfr. E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 5, secondo cui la confisca del terreno oggetto della lottizzazione "appare evidentemente dotata di un forte potenziale affittivo (il terreno potrebbe infatti essere acquistato in modo del tutto legittimo), dal momento che essa va al di là della mera funzione compensativo/riparatoria e di reintegrazione dell'ordine giuridico violato (per la quale basterebbe la confisca e la demolizione del solo fabbricato abusivo), senza peraltro apparire necessariamente giustificabile con considerazioni special-preventive legate al rischio di reiterazione del reato".

della Corte, la normativa asseritamente violata non rispettava tali condizioni, in quanto non vi era prevedibilità né del carattere abusivo della lottizzazione né della conseguente confisca, giacché la normativa regionale non era chiara nel definire il vincolo paesaggistico che insisteva sull'area interessata.

La questione che, tuttavia, rileva maggiormente nell'*iter* logico seguito dalla Corte Europea è quella concernente l'applicazione della confisca in assenza di responsabilità penale, in violazione dei principi costituzionali in materia penale.

Si è messo in rilievo, infatti, che ancorché l'art. 7 della CEDU non lo preveda espressamente, è comunque necessario che l'applicazione della pena sia connessa all'accertamento della responsabilità dell'autore della condotta illecita³²¹. Il principio di colpevolezza viene, così, ricondotto entro l'ambito applicativo dell'art. 7 ed assunto a ulteriore corollario del principio di legalità. Ne deriva che la pena, intesa nell'accezione sovranazionale, non può essere sganciata dall'elemento della colpevolezza.

Ancora, la Corte ha ritenuto violato anche l'art. 1 del Protocollo Addizionale, alla luce del quale l'ingerenza della pubblica autorità nel diritto di proprietà deve rispettare il principio di legalità e non risultare arbitraria³²². Dal momento che la sanzione applicata ai ricorrenti viene ritenuta dai giudici arbitraria, in quanto lesiva dell'art. 7 CEDU, l'ingerenza nel loro diritto di proprietà è considerata contrastante con l'art. 1 del Protocollo Addizionale.

Ed ancora, secondo la giurisprudenza di Strasburgo, perché sia conseguito un equilibrio tra interesse generale della comunità e protezione del diritto individuale di proprietà, è necessaria una certa proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. Nel caso in esame, tuttavia, tale principio di proporzionalità non risulta rispettato, dal momento che non solo non è stata riscontrata alcuna colpa in capo ai ricorrenti, ma la confisca ha anche interessato la parte del terreno non edificata e non è stato riconosciuto alcun indennizzo.

³²¹ A. DI PERNA, *Il caso di Punta Perotti di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti civili e politici*, pp. 438-439.

³²² L. MARRONE, *Diritti civili e politici*, in *Osservatorio dei diritti umani*, pag. 184.

Sul punto, è stato evidenziato³²³ come l'approccio delle Corti interne e dei giudici di Strasburgo rispetto ai rapporti tra diritto individuale di proprietà e interessi pubblici sia differente.

Le Corti interne, infatti, nel giudicare la superiorità dell'interesse collettivo sulla proprietà privata, hanno come parametro di riferimento quello della funzione sociale di quest'ultima, come previsto dall'art. 42 della Costituzione, laddove la Corte consente agli Stati la compressione del diritto in questione in un'ottica di proporzionato bilanciamento rispetto all'interesse generale (art. 1 par. 2 Prot. add. CEDU).

Autorevole dottrina³²⁴, poi, sulla scia delle pronunce nazionali, non concorda sul *decisum* emesso all'esito del caso Punta Perotti, evidenziando che nel contrasto tra l'interesse collettivo rappresentato dal corretto assetto urbanistico del territorio, e quello del singolo proprietario al godimento dei suoi beni, debba avere maggiore rilevanza il primo, seppure con un congruo indennizzo del danno patrimoniale subito dal soggetto privato. Tale soluzione ermeneutica troverebbe, oltretutto, fondamento nell'art. 1 del Protocollo n. 1 della Convenzione, sulla scorta del quale gli Stati dispongono di un notevole margine di apprezzamento sia nella individuazione degli strumenti volti a realizzare gli obiettivi di politica legislativa, sia nel ponderarne la loro necessità e congruità. Orbene, l'Italia ha attribuito rilevanza all'interesse a un corretto assetto del territorio e alla politica urbanistica. Più in particolare, a salvaguardia delle zone di particolare interesse naturale, il legislatore ha introdotto l'imposizione di vincoli paesaggistici ed ambientali sin dal 1939³²⁵. Lo Stato italiano non avrebbe fatto altro che applicare una misura attuativa dell'interesse al rispetto della normativa in materia urbanistica, e dunque in senso compatibile alla Costituzione italiana, la quale

³²³ A. MOSCARINI, *Il caso "Punta Perotti" tra la Corte europea dei Diritti dell'Uomo e la Corte italiana di Cassazione*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2009, p. 1282 ss.; G. TUCCI, *Confisca urbanista e circolazione dei beni dopo la sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, p. 609 ss.

³²⁴ A. DI PERNA, cit.; cfr. ex multis Cass. pen., sez. III, 29 maggio 2007, n. 21125.

³²⁵ Legge n. 1497 e l. n. 431 del 1985.

tutela il paesaggio all'art. 9, elevandolo a bene oggetto della massima e suprema tutela.

Non può dubitarsi quindi della portata innovativa dell'intervento della Corte europea³²⁶, la quale con riferimento al caso Punta Perotti, ha invece ritenuto l'intervento statale sproporzionato, privilegiando l'interesse privato dei ricorrenti. La decisione della Corte matura, dunque, all'esito di un differente bilanciamento degli interessi in gioco, e non ha mancato di suscitare ampie perplessità³²⁷.

Qualche anno più tardi, ampliando l'ottica espansiva della tutela dei diritti fondamentali, la Corte EDU ha esteso quanto asserito nella sentenza *Sud Fondi*, ritenendo illegittima, in quanto contrastante con la Convenzione, anche l'applicazione della confisca urbanistica sulla base di una sentenza che dichiara estinto il reato per prescrizione, e quindi, in assenza di una effettiva condanna.

Più in particolare, la sentenza *Varvara c. Italia*³²⁸, del 29 ottobre 2013, ha ritenuto che l'applicazione della confisca nelle ipotesi di proscioglimento per estinzione del reato costituisce una violazione del principio di legalità di cui all'art. 7 della CEDU³²⁹.

Tale *decisum* è stato adottato all'esito, ancora una volta, della risoluzione della preliminare questione sulla qualificazione giuridica della confisca urbanistica prevista dall'art. 44 del d.lgs. n. 380/2001. Essa viene affrontata dai giudici, richiamando la pronuncia sul caso *Sud Fondi*, che aveva affermato la natura penale della confisca urbanistica, sul rilievo secondo cui *“la sanzione prevista dall'art. 19 della legge n. 47/1985 non tende alla riparazione pecuniaria di un danno, ma mira essenzialmente a punire al fine di impedire la reiterazione delle*

³²⁶ A. LARONGA, *La confisca urbanistica in assenza di condanna, dopo C. Cost. 49/15*, in *Questione giustizia*, pp. 6 ss.

³²⁷ Cfr. B. CONFORTI, *Quelque reflexions sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber Amicorum Lucius Caflish*, M.G. Kohen, Leiden, 2007, p. 171 ss.

³²⁸ Corte eur. dir. uomo, sez. II, 29 ottobre 2013, *Varvara c. Italia*, ric. n. 17475/09, in www.echr.coe.int.

³²⁹ Cfr. D. GIANNELLI, *Confisca urbanistica: luci e ombre tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in www.concorsoinmagistratura.it.

inosservanze previste dalla legge (...). Questa conclusione è confermata dalla constatazione che la confisca ha colpito l'85% dei terreni non costruiti, quindi in mancanza di un reale pericolo per il paesaggio. La sanzione era quindi in parte preventiva e in parte repressiva, quest'ultima generalmente caratteristica distintiva delle sanzioni penali (..) Ancora, la Corte rileva la severità della sanzione, che, secondo la legge n. 47/1985, concerne tutti i terreni inclusi nel piano di lottizzazione (...). La Corte rileva infine che il testo unico dell'edilizia del 2001 classifica tra le sanzioni penali la confisca prevista per il reato di lottizzazione abusiva”.

Invero, nonostante quanto sostenuto dai giudici europei nella pronuncia *Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia*, la Corte di Cassazione³³⁰ aveva continuato a sostenere la natura amministrativa della confisca urbanistica, ammettendone, così, l'applicabilità anche in assenza di una condanna, e nello specifico, in caso di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato. Tuttavia, in conformità a quanto stabilito dalla Corte EDU, la quale aveva per la prima volta ricondotto all'art. 7 della CEDU anche il principio di colpevolezza³³¹, i giudici di legittimità precisavano l'esigenza che, oltre all'accertamento della condotta della “*trasformazione urbanistica od edilizia dei terreni stessi in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici*”,³³² fosse anche accertato l'elemento soggettivo del reato.

La giurisprudenza nazionale aveva così cercato di conciliare³³³ le indicazioni della sentenza *Sud Fondi* con la ritenuta operatività della confisca dei terreni anche nei casi di prescrizione del reato di lottizzazione abusiva. Ne era

³³⁰ cfr. Cass pen., sez. III, del 13.07.09, n. 39078; Cass. pen., sez., III, del 19.05.09, n. 30933; Cass. pen., sez. III, 4 febbraio 2013, n. 17066; Cass. pen., sez. III, 30 aprile 2009, n. 21188.

³³¹ Rispetto ad una vicenda in cui la confisca urbanistica era stata applicata nonostante l'assoluzione degli imputati ex art. 5 c.p.

³³² Condotta necessaria per l'integrazione del reato di lottizzazione abusiva di cui all'art. 30 del Testo Unico.

³³³ F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in www.penalecontemporaneo.it

derivata l'ammissibilità di un accertamento della colpevolezza anche nell'ambito di un giudizio che si concluda con il proscioglimento per estinzione del reato³³⁴.

Nel caso in esame, tuttavia, la Corte EDU non si limita a richiedere la necessità di un fondamento normativo per i reati e per le pene, ma si spinge oltre: rileva che l'art. 7 della CEDU implica il rispetto del principio di personalità della pena e quindi l'accertamento della colpevolezza, e non può prescindere dalla condanna del soggetto coinvolto. Si effettua così un collegamento tra il concetto di "colpevolezza", intesa come rimproverabilità soggettiva per la condotta illecita, e la necessità che quest'ultima venga accertata in una sentenza di condanna.

I giudici di Strasburgo hanno, pertanto, stabilito che deve ritenersi illegittima la confisca di un bene – di cui riafferma la natura penale - se il reato di lottizzazione abusiva in un'area sottoposta a vincolo paesaggistico è prescritto³³⁵: *“L'orientamento giurisprudenziale del giudice italiano è in contrasto, non solo con gli artt. 6 e 7 CEDU, ma anche con i principi del diritto nazionale, stando al quale non si può punire un imputato in mancanza di una condanna e in particolare quando il reato è prescritto non si può comminare la pena”*.

Nell'ambito dell'iter motivazionale posto a fondamento della decisione, è stata altresì evidenziata la violazione del requisito della proporzionalità della confisca, sul rilievo secondo cui *“un provvedimento di confisca automatica e assoluta di edifici e terreni violerebbe il principio di proporzionalità”*, con conseguente violazione dell'art. 1 Protocollo 1 alla CEDU, secondo cui *“ogni persona fisica o giuridica ha il diritto al rispetto dei suoi beni e non può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale”*.

Orbene, è possibile rilevare che sebbene entrambe le Corti ammettono la possibilità di un sacrificio del diritto di proprietà alla luce di superiori interessi

³³⁴ Tale tesi è stata avallata anche dalla giurisprudenza costituzionale nella sentenza n. 239/2009.

³³⁵ Sul tema della possibilità di disporre la confisca con una sentenza di non luogo a procedere per prescrizione del reato, cfr. M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?* in *Riv. It. Dir. proc. pen.*, 2010, pp. 1672 ss.

pubblici con esso confliggenti, la Corte EDU mostra un atteggiamento di maggiore attenzione e rigore nell'effettuare il test di proporzionalità e, quindi, nel consentire il sacrificio del diritto in questione.

Nell'ambito del giurisprudenziale incentrato sulla natura della confisca, e quindi, sull'individuazione del relativo regime giuridico, va rilevato che secondo un certo orientamento dottrinale³³⁶ non è condivisibile né la posizione della giurisprudenza europea, né quella della giurisprudenza interna nazionale.

Secondo la tesi in esame, infatti, la confisca urbanistica rientrerebbe in una sorta di *tertium genus* di misura, la quale mutua alcune caratteristiche di quella penale, e altre di quella amministrativa. Più in particolare, si ritiene che la misura *de qua* nasca in effetti come sanzione di tipo amministrativo accessoria rispetto a quella penale, ma dalla quale attingerebbe tutte le garanzie penalistiche, quali il rispetto del principio del contraddittorio, il principio di legalità con i suoi corollari e quello del necessario accertamento dell'elemento della colpevolezza. Alla confisca urbanistica si applicherebbe, tuttavia, il principio di specialità delle sanzioni amministrative sancito dall'art. 9 della legge 689/1981. E ancora, si ritiene necessario rispettare nella sua applicazione il principio del *ne bis in idem* sostanziale, rilevante sia a livello nazionale che sovranazionale (art. 4 Prot. 7 CEDU).

6.2. Rimessione alla Corte Costituzionale: la sentenza n. 49/15.

Il differente approccio al bilanciamento dei contrapposti interessi in gioco tra la Corte europea e quella interna induce le Corti italiane a sollecitare un intervento chiarificatore della Corte Costituzionale.

³³⁶ D. GIANNELLI, *Confisca urbanistica: luci e ombre tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, op.cit. in www.concorsomagistratura.it

Infatti, dopo talune pronunce³³⁷ della giurisprudenza di legittimità in cui sembrava essere recepito il principio europeo della impossibilità della confisca urbanistica in assenza di condanna, si è fatto appello alla Corte Costituzionale.

Due, in particolare, sono state le questioni sottoposte all'attenzione dei giudici costituzionali: la prima, sollevata dalla terza sezione penale della Corte di Cassazione³³⁸, è stata fondata sulla ritenuta illegittimità dell'art. 44, comma 2, D.P.R. n. 380/2001, laddove, in forza dell'interpretazione della Corte EDU, tale disposizione non può *“applicarsi al caso di dichiarazione di prescrizione del reato anche qualora sia stato accertato in tutti i suoi elementi”*.

Secondo i giudici, la rilettura ermeneutica della Corte EDU, si porrebbe in contrasto con le norme costituzionali poste a tutela del paesaggio, dell'ambiente e della salute, rispetto ai quali attribuisce preminenza alla tutela del diritto di proprietà, riconosciuto invece dall'ordinamento nazionale italiano nei limiti della sua funzione sociale. I principi costituzionali consacrati dagli articoli 2, 9, 32, 41, e 117 della Costituzione, infatti, *“impongono che il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere la prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà”*³³⁹.

Ed ancora, nel sistema costituzionale italiano il diritto di proprietà privata *“non costituisce un valore assoluto, un diritto fondamentale inviolabile, ma un diritto che esiste secondo la previsione della legge”*, il quale può trovare tutela soltanto nel suo nucleo essenziale³⁴⁰.

L'iter logico-giuridico dei giudici di legittimità prosegue sottolineando che *“le norme dettate in materia di lottizzazione abusiva perseguono un evidente scopo pianificatorio che trova un'espressa tutela costituzionale”*, con la conseguenza che l'interpretazione della Corte di Strasburgo *“escludendo la*

³³⁷ Cass. pen., sez. III, 11 marzo 2014, n. 23965.

³³⁸ Ord. 20 maggio 2014.

³³⁹ Cfr. D. PULITANO', *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte cost. n. 49/2015*, in *Dir. pen. cont., riv.trim.*, n. 2/2015, pp. 319 ss.

³⁴⁰ Idem.

confiscabilità delle aree e dei terreni abusivamente lottizzati nel caso in cui il giudizio non si concluda con una sentenza di condanna, ma con una sentenza di proscioglimento per prescrizione, violi gli artt. 2, 9, 32, 41 e 42, 117 comma 1 Cost., i quali impongono che il paesaggio, l'ambiente, la vita e la salute siano tutelati quali valori costituzionali oggettivamente fondamentali, cui riconoscere la prevalenza nel bilanciamento con il diritto di proprietà". Richiamando, poi, i principi affermati dalla Corte Costituzionale nelle storiche sentenza gemelle nn. 348 e 349 del 2007, la Corte di Cassazione ha sottolineato che *"il confronto tra tutela prevista dalla Convenzione e tutela costituzionale dei diritti fondamentali deve essere effettuato mirando alla massima espansione delle garanzie"*, e che il margine di apprezzamento del legislatore nazionale *"deve essere sempre presente nelle valutazioni della Corte Costituzionale, tenuto conto che la tutela dei diritti fondamentali deve essere sempre operata qualora siano in gioco opposti interessi costituzionalmente protetti"*³⁴¹.

Di qui la richiesta dei giudici di legittimità alla Corte Costituzionale di opporsi all'ingresso nell'ordinamento interno del diritto giurisprudenziale di Strasburgo, in nome dei predetti principi e valori costituzionali prevalenti rispetto all'obbligo di cui all'art. 117, comma 1 della Costituzione di osservanza dei vincoli derivanti dall'adesione dell'Italia alla CEDU.

Analoga questione di legittimità costituzionale è stata, ancora, proposta dal Tribunale di Teramo³⁴², il quale, tuttavia, ha fondato la rimessione di legittimità costituzionale all'esito di un differente iter argomentativo. Più in particolare, il giudice nazionale ha posto la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44, comma 2, D.P.R., 380/2001, per contrasto con l'art. 117 della Costituzione, in

³⁴¹ L'eccezione di costituzionalità formulata dalla Corte di Cassazione si pone in linea di continuità con l'indirizzo giurisprudenziale affermatosi in materia di confisca urbanistica. Il riferimento è a quell'orientamento (*ex multis* Cass., 4 ottobre 2004 n. 38728), secondo cui la confisca *de qua*, ancorché rubricata come sanzione penale, è una sanzione amministrativa, applicata dal giudice penale in via di supplenza rispetto al meccanismo amministrativo di acquisizione dei beni abusivamente lottizzati al patrimonio del comune. In tale ottica si finiva per ammettere l'applicabilità della confisca anche in sentenze non di condanna a tutto campo.

³⁴² Ord. 17 gennaio 2014.

relazione all'art. 7 della CEDU, laddove consente che l'accertamento della sussistenza del reato di lottizzazione abusiva possa essere contenuto anche in una sentenza che dichiara estinto il reato per prescrizione.

Orbene, i giudici costituzionali hanno ritenuto inammissibili³⁴³ entrambe le questioni.

In primis la Corte, nel ribadire che il dovere del giudice di interpretare il diritto interno in senso conforme alla CEDU “è, ovviamente, subordinato al prioritario compito di adottare una lettura costituzionalmente conforme, poiché tale modo di procedere riflette il predominio assiologico della Costituzione alla CEDU”, ha affermato - in conformità con le precedenti pronunce rese in materia di confisca urbanistica - che “nell’ordinamento giuridico italiano la sentenza che accerta la prescrizione del reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità”.

Quest’ultimo infatti può ben essere contenuto in una sentenza penale di proscioglimento dovuto a prescrizione del reato, “la quale, pur non avendo condannato l’imputato abbia comunque motivato in ordine alla responsabilità personale di chi è soggetto alla misura ablativa, sia esso l’autore del fatto, ovvero il terzo in mala fede acquirente del bene”.

Tale interpretazione “conciliante” della sentenza Varvara è stata criticata³⁴⁴ da chi ha evidenziato le conseguenze in *malam* da essa derivanti: intendere estensivamente il concetto di “condanna” richiesta dalla Corte europea comporterebbe un’applicazione sfavorevole del *dictum* di Strasburgo, consentendo l’applicazione della confisca-pena anche nei confronti del prosciolto, con relativa

³⁴³ “Perché erroneamente hanno per oggetto l’art. 44 co. 2 del D.p.r. 380 del 2001, anziché la L. 4 agosto 1955 n. 848 (ratifica ed esecuzione della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali firmata a Roma il 4 novembre 1950 e del Protocollo addizionale della Convenzione stessa firmato a Parigi il 20 marzo 1952), nella parte in cui con essa è conferita esecuzione ad una norma deputata di dubbia costituzionalità, ovvero il divieto di applicare la confisca urbanistica se non unitamente ad una pronuncia penale.”

³⁴⁴ Cfr. L.V. LO GIUDICE, *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei contro limiti*, in *Dir.pen.cont.*, riv.trim., n. 4/2017.

violazione di principi cardine del nostro ordinamento penale, quali il principio del *favor rei* e del divieto di analogia in *malam partem*.

La decisione emessa si distingue comunque per un importante elemento di novità: i giudici, ribadendo l'obbligo in capo ai giudici nazionali di interpretazione conforme al diritto della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo, pongono la fondamentale distinzione tra la giurisprudenza consolidata della Corte EDU, e le singole pronunce ancora isolate, non costituenti, quindi, espressione di un consolidato orientamento giurisprudenziale. Ne deriva che i giudici nazionali comuni non sono tenuti ad applicare la CEDU, così come interpretata dalla giurisprudenza, quando essa non riguarda in modo specifico la vicenda posta al loro vaglio, dovendosi piuttosto attendere che si formi un diritto vivente al riguardo.

La libertà dei giudici, tuttavia, incontra dei limiti.

Da un lato, infatti, *il giudice non potrà negare di dar corso alla decisione promanante dalla Corte di Strasburgo che abbia definito la causa di cui tale giudice torna ad occuparsi e che abbia ad oggetto la violazione accertata*". In tali ipotesi, *"la pronunzia giudiziaria si mantiene sotto l'imperio della legge anche se questa dispone che il giudice formi il suo convincimento avendo riguardo a ciò che ha deciso altra sentenza nella stessa causa"*.

Dall'altro lato, invece, il giudice comune è vincolato alle cd. sentenze pilota³⁴⁵. Più in particolare, *"...non vi è alcuna ragione che obblighi il giudice comune a condividere la linea interpretativa adottata dalla Corte EDU per decidere una peculiare controversia, sempre che non si tratti di una sentenza pilota in senso stretto"*. Parimenti, a fonte di un dubbio sull'effettiva compatibilità di una norma di diritto interno con la CEDU, e quindi con la Costituzione ex art.

³⁴⁵ Oggi prevista dall'art. 61 del regolamento della Corte EDU, in virtù del quale viene applicata dalla Corte, d'ufficio o su richiesta delle parti, quando i fatti all'origine di un ricorso rivelano l'esistenza, in un determinato Stato, di un problema strutturale o sistemico, che ha dato luogo o potrebbe dare luogo alla presentazione di ricorsi analoghi.

Sugli effetti anche *ultra partes* della sentenza pilota, cfr. Cass., Sez. Un., Ercolano, 19 aprile 2012, n. 34472.

117, “..in assenza di un diritto consolidato.. è sufficiente per escludere quella stessa norma dai potenziali contenuti assegnabili in via ermeneutica alla disposizione della CEDU, così prevenendo, con una interpretazione costituzionalmente orientata, la proposizione della questione di legittimità costituzionale”.

Pertanto, il giudice interno è vincolato solo relativamente al caso concreto sottoposto al suo esame, e in caso di sentenze pilota³⁴⁶. Al di fuori di tali due ipotesi, il giudice deve conformarsi solo se sussiste giurisprudenza europea consolidata³⁴⁷.

Orbene, le conclusioni cui giunge la giurisprudenza costituzionale non sono state accolte senza riserve dalla dottrina³⁴⁸, la quale evidenzia come il giudice nazionale sia tenuto al rispetto delle leggi ordinarie, fra le quali vi è certamente la legge di adattamento dell'ordinamento interno alla CEDU, fino a quando le stesse non confliggano con la Costituzione. Rilievo quest'ultimo, prospettato dalla Corte Costituzionale nelle celebri sentenze del 2007 nn. 347 e 348, e che sembra invece essere disatteso dalla sentenza n. 49/15. I giudici costituzionali, infatti, si allontanano dai principi affermati allora, quando era stata valorizzata la funzione di profilassi del giudice, consistente nell'attività dell'”*applicazione e interpretazione del sistema di norme..*”. Nel nuovo intervento della Corte Costituzionale, invece, il ruolo del giudice risulta ridotto³⁴⁹, non avendo questi né l'obbligo di conformarsi alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, ove non consolidata, né quello di sollevare la questione di legittimità costituzionale.

³⁴⁶ A. DI STASI, *CEDU e ordinamento italiano, la giurisprudenza della corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, Cedam, Vicenza 2016, pag. 577.

³⁴⁷ Sul punto cfr. 7 cons. diritto: “Quando, invece, si tratta di operare al di fuori di un simile presupposto, resta fermo che l'applicazione e l'interpretazione del sistema di norme è attribuito ben inteso in prima battuta ai giudici degli Stati membri. Ciò non vuol dire, però, che questi ultimi possano ignorare l'interpretazione della Corte EDU, una volta che essa sia consolidata in una certa direzione”.

³⁴⁸ R. CONTI, *La CEDU assediata? 2015, Fasc. 1*, in *Consulta online*, p. 183 ss.

³⁴⁹ Cfr. A. RUGGIERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, p. 5.

Tali conclusioni, vengono, ancora, a confliggere con quanto è stato asserito in occasione della Conferenza di Bruxelles del 26-27 marzo 2015³⁵⁰, nella quale gli Stati aderenti, Italia compresa, hanno riaffermato il ruolo delle giurisdizioni nazionali nel decidere vicende rispetto alle quali la Corte di Strasburgo si è pronunciata, ancorché in un solo caso³⁵¹. È stata, pertanto, messa in rilievo la funzione giudiziaria³⁵², chiamata a dare operatività alla CEDU³⁵³; La mancanza di un consolidato orientamento giurisprudenziale sulla materia sottoposta al giudice italiano, in definitiva, non dovrebbe mai avere l'effetto di precludere un'interpretazione convenzionalmente orientata. *“Il giudice ha, piuttosto, l'obbligo di conformarsi alla CEDU, laddove ravvisi che possano trovare applicazione quei principi ritenuti pertinenti al caso sottoposto al suo esame, magari perché applicati in un caso analogo da altro Stato membro³⁵⁴”*.

Ne deriva, a differenza di quanto emerge dalla sentenza della Corte Costituzionale, che il ruolo del giudice è per così dire accresciuto come giudice comune della CEDU, dovendo egli fornire, mediante adeguata motivazione, una soluzione ermeneutica compatibile³⁵⁵ e in armonia con i principi della CEDU. Sulla conformità ai principi della CEDU di tale interpretazione, potrà essere chiamata a pronunciarsi anche la stessa Corte di Strasburgo, e, in questo caso, incomberebbe sul giudice nazionale l'obbligo di adottare una interpretazione

³⁵⁰ High – level Conference on the *“Implementation of the European Convention on Human Rights, our shared responsibility”*, in http://justice.belgium.be/fr/binaries/Declaration_EN_tcm421-265137.pdf.

³⁵¹ R. CONTI, *La CEDU assediata?* cit.

³⁵² Sul punto si è affermato che *“Reiterates the subsidiary nature of the supervisory mechanism established by the Convention and in particular the primary role played by national authorities, namely governments, courts and parliaments, and their margin of appreciation in guaranteeing and protecting human rights at national level, while involving National Human Rights Institutions and civil society where appropriate; (...) Stresses the importance of further promoting knowledge of and compliance with the Convention within all the institutions of the States Parties. including the courts and parliaments, pursuant to the principle of subsidiarity...Reiterates the firm determination of the States Parties to fulfil their primary obligation to ensure that the rights and freedoms set forth in the Convention and its protocols are fully secured at national level, in accordance with the principle of subsidiarity”*.

³⁵³ In proposito si veda anche R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 233.

³⁵⁴ R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit., p. 243.

³⁵⁵ Cfr. R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di G. BRONZINI e R. FOGLIA, Milano, 2013, p. 245.

convenzionalmente orientata³⁵⁶, tenendo cioè conto della pronuncia della Corte europea.

Ed invero, se la Corte europea non ha mai affermato di essere il soggetto tenuto a interpretare la CEDU in modo vincolante per le autorità degli Stati membri, non può negarsi che la giurisprudenza europea abbia un ruolo rilevante nel processo di attuazione del diritto convenzionale negli ordinamenti nazionali³⁵⁷. I giudici nazionali devono infatti tenere adeguatamente dei principi espressi dalla Corte europea, in un'ottica di espansione della tutela dei diritti umani fondamentali. In tal senso si è anche pronunciata in passato la stessa Corte Costituzionale, la quale ha sottolineato che il ruolo del giudice nazionale deve essere proprio *“rivolto alla massima espansione delle garanzie di tutti i diritti e i principi rilevanti, costituzionali e sovranazionali, complessivamente considerati, che sempre si trovano in rapporto di integrazione e reciproco bilanciamento”*³⁵⁸.

Il *decisum* della Corte Costituzionale in commento, invece, sembra porsi in discontinuità con tale precedente, ammettendo *“operazioni potenzialmente al ribasso nella protezione dei diritti fondamentali in nome di un patriottismo costituzionale senza limiti”*³⁵⁹.

Una siffatta chiave di lettura, tuttavia, non è condivisa unanimemente dalla dottrina. Una tesi ermeneutica³⁶⁰, infatti, ha evidenziato un altro principio fondamentale, che risulta ricevere tutela dalla pronuncia della Corte Costituzionale, quale è quello di sussidiarietà.

³⁵⁶ E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?* cit., pp. 260 ss.

³⁵⁷ R. CONTI, *op. ult. cit.*, pp. 235 ss.

³⁵⁸ Corte cost., n. 191/2014.

³⁵⁹ A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento inter costituzionale*, Comunicazione alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane su *La protection de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcelona 17-18 ottobre 2013, nonché l'interessante contributo di D. BIFULCO, *Il giudice è soggetto soltanto al "diritto"*, Napoli, 2001, pp. 71 ss.

³⁶⁰ M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. cont., riv. trim.*, 2-2015, p. 301.

Alla base del *decisum* dei giudici costituzionali, infatti, vi sarebbe l'assunto secondo cui subordinare l'applicazione della confisca urbanistica alla condanna penale, contrasterebbe con la politica di decriminalizzazione degli illeciti, collocando una misura qualificata come sanzione amministrativa nell'area del penalmente rilevante. Ed invero, una lettura, per così dire, "*panpenalistica*" delle sanzioni amministrative³⁶¹, se da un lato determina un'estensione delle garanzie sul piano processuale, dall'altro non può giungere a una pleonastica ed eccessiva applicazione dello strumento penale, che dovrebbe essere ispirato piuttosto a una logica di estrema *ratio*.

Il rilievo vale ancora di più per la misura della confisca urbanistica, in quanto dalla sua applicazione derivano ulteriori effetti, quale la ricostituzione dell'assetto del territorio tramite la demolizione dei beni abusivi. In tale ipotesi, il suo riconoscimento come pena, con tutte le conseguenze che ne derivano, implicherebbe sottrarre ogni potere applicativo alla pubblica amministrazione e devolverlo totalmente alla autorità giudiziaria: ciò determinerebbe la violazione del principio di sussidiarietà, secondo cui il diritto penale costituirebbe l'estrema *ratio*.

Di qui l'applicazione del sistema sanzionatorio amministrativo³⁶², al fine di reprimere illeciti di una certa gravità, implementando l'efficacia degli strumenti di contrasto, e consentendone la graduazione rispetto ai casi concreti.

Ebbene, la pronuncia della Corte Costituzionale difende tale principio³⁶³, che andrebbe perduto laddove si lasciasse ampliare l'area del penalmente rilevante al giudice europeo.

³⁶¹ F. MAZZACUVA, *La materia penale e il doppio binario della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2013, 1899.

³⁶² In senso critico sul punto cfr. G.M. FLICK, *Fisiologia e patologia della penalizzazione del diritto penale dell'economia*, in *Riv. Delle società*, 2011, p. 42 ss.

³⁶³ Cfr. anche G. PAGLIARI, *Sanzione amministrativa e sanzione penale*, in CAGNAZZO-TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa: principi generali*, 2012, p. 709.

6.3. La confisca urbanistica in presenza di declaratoria di prescrizione: la rimessione alla Grande Camera della Corte EDU. Il responso della Corte di Strasburgo.

La questione dell'applicabilità della confisca urbanistica per un reato prescritto ha continuato ad essere al centro del dibattito giurisprudenziale.

Ed invero, con provvedimento del 25 marzo 2015 la Seconda Sezione della Corte Europea dei diritti dell'uomo ha rimesso³⁶⁴ alla Grande Camera la questione relativa alla compatibilità della normativa italiana, laddove consente l'applicazione della confisca urbanistica anche nei casi di prescrizione di reato, con l'art. 7 della CEDU e con l'art. 1 del suo Protocollo addizionale³⁶⁵.

In attesa della decisione della Grande Camera diverse soluzioni sono state prospettate come possibili.

La Corte avrebbe potuto fornire una nuova interpretazione della normativa italiana, così negando che la confisca urbanistica avesse carattere sanzionatorio/affittivo, valorizzandone il carattere preventivo e ripristinatorio³⁶⁶; oppure confermare che la misura ablatoria *de qua* avesse rilevanza penale.

Era possibile aspettarsi l'adozione da parte dei giudici di Strasburgo di una soluzione per così dire mediana: che ribadisse la natura penale della confisca urbanistica, e dunque la necessità di un accertamento della responsabilità penale del soggetto coinvolto; e pur tuttavia consentisse l'accertamento in un

³⁶⁴ La questione è stata sollevata ai sensi dell'art. 34 CEDU, che prevede questa possibilità per l'ipotesi in cui la decisione sollevi una questione rilevante che concerne l'interpretazione della Convenzione o dei suoi protocolli, nonché nel caso in cui la risoluzione del caso di fronte alla Camera possa risultare in contrasto con una sentenza resa in precedenza dalla Corte.

³⁶⁵ Il ricorso trae origine, in particolare, dalla confisca di un complesso edilizio sito nel Comune di Golfo Aranci, disposta dal Tribunale di Olbia, nonostante la sentenza dichiarativa di prescrizione, sulla base del rilievo della illegittimità dell'autorizzazione rilasciata. Di qui la proposizione del ricorso da parte della società proprietaria degli immobili innanzi alla Corte EDU, per violazione degli artt. 6, 7 e 13 CEDU.

³⁶⁶ Aderendo così all'opinione del dissenziente giudice Pinto de Albuquerque rispetto al *dictum* della sentenza Varvara. Sul punto, G. CIVELLO, *Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza Varvara?* in *Arch. Pen.*, 2015, n. 2; A. GIANNELLI, *La confisca urbanistica (art. 7 CEDU)*, in *CEDU e ordinamento italiano*, op.cit.

procedimento poi conclusosi con una sentenza dichiarativa di intervenuta prescrizione. Si pensi al caso in cui la prescrizione maturi in epoca posteriore alla pronuncia della sentenza di primo grado, e quindi sia dichiarata nei gradi successivi. Del resto, anche la stessa Corte Costituzionale ha affermato che la sentenza di proscioglimento può comunque contenere un sostanziale riconoscimento della responsabilità dell'imputato o comunque l'attribuzione del fatto all'imputato medesimo³⁶⁷.

Sul punto si è rilevato³⁶⁸ che la pronuncia sarebbe stata con molta probabilità influenzata anche dall'entrata in vigore della direttiva europea 2014/42/UE, in materia di “congelamento e confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato”.

Come si esaminerà nel prosieguo, si tratta di un provvedimento con cui l'Unione Europea ha accolto una nozione molto ampia di confisca, come si evince dal considerando n. 21, ove si afferma che essa deve essere “*possibile quando un'autorità giudiziaria è convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose. Ciò non significa che debba essere accertato che i beni in questione derivano da condotte criminose. Gli Stati membri possono disporre, ad esempio, che sia sufficiente 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*».

Orbene, a distanza di tre anni è intervenuta il tanto atteso responso della Corte di Strasburgo in *Gran Chambre*³⁶⁹.

Il *decisum* si pone in linea di continuità con il precedente sul caso Varvara, confermando la natura sanzionatoria della confisca in esame e la necessità di una

³⁶⁷ Cfr. Corte cost. n. 85 del 2008; 239 del 2009.

³⁶⁸ G. CIVELLO, cit. Cfr, anche F. VIGANO', *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposito di Cass. pen. sez. III, ord. 30 aprile 2014)*, in *Dir.pen.cont.*, riv.trim., 3 aprile 2014.

³⁶⁹ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, G.I.E.M. s.r.l. e altri c. Italia, 28 giugno 2018 ric. n. 1828/06; 34163/07; 1929/11.

condanna; la Corte ribadisce che l'art. 7 preclude l'imposizione di una sanzione penale ad un individuo senza che la sua responsabilità venga prima accertata.

Elemento di dirimente novità rispetto ai precedenti interventi è rappresentato tuttavia dalla precisazione secondo cui se tutti gli elementi costitutivi del reato di lottizzazione abusiva sono evincibili agli atti, tali risultanze possono considerarsi come una condanna sostanziale ai sensi dell'art. 7 CEDU, anche se il procedimento si è concluso con la dichiarazione di intervenuta estinzione del reato per prescrizione.

Nel caso sottoposto al suo esame, non risultava dunque violata tale disposizione³⁷⁰, dato che le constatazioni dei Tribunali nazionali - osserva la Corte - potevano essere considerate una dichiarazione di responsabilità conforme ai requisiti di tale articolo³⁷¹. Nessuna violazione dunque, sull'assunto secondo cui il principio di legalità della pena è compatibile anche con un mero accertamento "sostanziale" della responsabilità, seppur non consacrato in una pronuncia "formale" di condanna.

Appare evidente che i giudici si discostano dal precedente Varvara, in cui parevano evidenziare la necessità di una condanna formale per potere applicare una misura qualificata in termini di "pena" ai sensi dell'art. 7 CEDU; tale conclusione sembra maturata proprio alla luce dell'influenza della pronuncia della Corte Costituzionale n. 49 del 2015.

Si apre pertanto la strada alla possibilità che la confisca urbanistica possa essere applicata anche all'esito di un accertamento che abbia tutte le caratteristiche sostanziali della condanna, senza tuttavia presentarne necessariamente la forma.

³⁷⁰ Su tale punto si evidenzia una bassissima maggioranza in seno ai giudici della Corte: tale decisione è stata infatti adottata con i voti favorevoli di dieci voti contro sette.

³⁷¹ La Corte infatti esclude la violazione dell'art. 7 CEDU per il ricorrente, il sig. Gironda, ma ritiene sussistente la violazione dell'art. 6 par. 2 CEDU che garantisce il diritto alla presunzione di innocenza. La Corte invece si riserva di rinviare la questione della denunciata violazione dell'art. 41 CEDU (diritto all'equa soddisfazione), confidando nella possibilità di transazione tra Governo italiano e ricorrenti.

La Corte osserva infatti come “*sia necessario guardare oltre le apparenze*” e come “*la Corte sia legittimata a guardare oltre il dispositivo del provvedimento, e tenere conto della sostanza, essendo la motivazione una parte integrante della sentenza*”. È vero che la confisca, avendo natura sanzionatoria, può essere applicata soltanto in caso di accertamento della responsabilità per il fatto di reato, è pur vero che tale accertamento non è necessario che si consacri in una formale sentenza di condanna.

Ciò che risulta indispensabile è l'accertamento di tutti gli elementi costitutivi del reato, sia dal punto di vista degli elementi oggettivi che dal punto di vista dell'elemento soggettivo, ancorché la formale pronuncia di condanna sia impedita dalla intervenuta maturazione del termine di prescrizione del reato. La prescrizione infatti, si atteggia come causa estintiva del reato, ed in quanto tale impedisce la pronuncia di condanna. E tuttavia la statuizione di confisca trova il proprio presupposto ontologico nell'accertamento della responsabilità penale dell'imputato. Dunque in tali casi, non sussiste violazione del principio di legalità ex art. 7 CEDU.

La Corte europea sembra invece distanziarsi dalla citata pronuncia della Consulta laddove afferma - in un *obiter dictum* - che tutte le pronunce della Corte di Strasburgo hanno il medesimo valore vincolante per il giudice interno, senza che se ne possa differenziare la portata cogente in ragione della composizione in cui vengono rese.

Corte europea e Corte Costituzionale paiono, quindi, parzialmente riallinearsi, anche se non del tutto.

I giudici hanno poi ritenuto violato nei confronti di uno dei ricorrenti l'art. 6 co. 2 CEDU laddove garantisce il rispetto del principio di presunzione di innocenza. La Corte ha ribadito che nel caso di specie la colpevolezza non poteva essere “*legalmente stabilita quando i procedimenti era stati chiusi da un*

*Tribunale prima della raccolta delle prove o dello svolgimento di udienze che avrebbero permesso al Tribunale stesso di decidere il caso nel merito*³⁷²”.

Il ricorrente era stato infatti dichiarato colpevole, in sostanza, dalla Corte di Cassazione – giudice di sola legittimità cui è preclusa ogni valutazione di merito - a seguito di un procedimento in cui il diritto alla presunzione di innocenza non era stato rispettato. La Corte dunque ravvisa la violazione dell’art. 6 par. 2 CEDU nei confronti di tale soggetto³⁷³. Per quando riguarda invece le persone giuridiche che non avevano preso parte al procedimento³⁷⁴ nel quale la confisca era stata applicata, la Corte ravvisa la violazione dell’art. 7 CEDU nella misura in cui tale norma pone il divieto di responsabilità per fatto altrui: esse quindi non potevano essere sanzionate per un reato la cui responsabilità sarebbe stata imputata ad altri soggetti, ossia i rappresentanti legali e gli azionisti di tale società che avevano agito a titolo personale.

Nei confronti di tutti i ricorrenti è stata invece ritenuta la violazione dell’art. 1 Prot. 1 CEDU, considerando la misura inferta sproporzionata rispetto ai diritti dei proprietari³⁷⁵.

Appare di grande rilievo il riferimento della sentenza alla *natura sproporzionata* della misura in esame, esteso a tutti i ricorrenti, ribadendo così quanto rilevato nei precedenti, giacché allude alla necessità che la statuizione di confisca sia il risultato di una valutazione di gravità della violazione contestata, e non discenda da un automatismo normativo, che preveda la confisca come

³⁷² Il ricorrente era stato assolto in appello e la misura della confisca era stata revocata dopo che il piano di sviluppo era stato trovato compatibile con il piano di utilizzo del suolo e i regolamenti di pianificazione. Successivamente tale decisione era stata annullata dalla Corte di Cassazione, accertando che la responsabilità del ricorrente era stata dimostrata, ma che il perseguimento del reato in questione era prescritto.

³⁷³ Giudici dissenzienti del *decisum*: il giudice Motoc ha espresso un’opinione concorrente; Judge Pinto de Albuquerque ha formulato un’opinione parzialmente concomitante, in parte dissenziente; i giudici Spano e Lemmens hanno espresso un’opinione parzialmente dissenziente, in parte concomitante.

³⁷⁴ Le s.r.l. ricorrenti non erano state imputate nel procedimento, giacché i reati urbanistici non rientrano nel novero dei reati presupposto della responsabilità amministrativa degli enti ai sensi del dlgs. 231 del 2001.

³⁷⁵ Decisione presa all’unanimità.

obbligatoria in ogni caso. Nella fattispecie in esame la confisca riguardava peraltro non solo i terreni, ma anche le costruzioni realizzate sugli stessi, che costituivano un compendio di valore economico particolarmente rilevante, il cui sacrificio, a giudizio della Corte, è stato ritenuto trasmodante rispetto all'interesse pubblico sotteso al ripristino dell'assetto urbanistico.

Ciò sembra profilare una incompatibilità, in termini più generali, con l'art. 7 CEDU di ipotesi normative di confisca-pena obbligatorie, auspicando la Corte che ai giudici nazionali sia sempre attribuito un potere discrezionale che consenta la modulazione del provvedimento ablativo in funzione dell'effettiva offensività in concreto della condotta. Tale corollario appare coerente con la natura giuridica attribuita dalla Corte europea alla confisca in esame, che, in quanto pena, deve rispondere non solo ai principi di legalità, tassatività, colpevolezza, irretroattività, ma anche di proporzione.

Non può infine essere trascurato il profilo legato alla compatibilità della misura in esame con i diritti dei terzi nel caso in cui il soggetto materialmente e giuridicamente colpito dalla confisca sia diverso dall'autore del reato, come avviene quando la confisca urbanistica incida su beni di terzi acquirenti in buona fede.

Pare evidente che si pone l'esigenza di contemperare i diritti dei predetti soggetti con le finalità preventive e repressive perseguite dal provvedimento ablativo.

Invero, sulla questione la giurisprudenza di legittimità ha tradizionalmente asserito che *“la confisca dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere abusivamente costruite sugli stessi deve essere disposta anche nei confronti dei beni dei terzi acquirenti in buona fede ed estranei al reato, i quali potranno fare valere i propri diritti in sede civile³⁷⁶”*.

³⁷⁶ Cass., sez. III, 04 ottobre 2004, n. 38728; 21 marzo 2005 n. 10916.

Significativi impulsi a una rivisitazione di tale indirizzo sono stati offerti dalla richiamata pronuncia sul ricorso proposto contro l'Italia dalla s.r.l. Sud Fondi, che ha fatto propria la tesi dalla natura sanzionatoria della confisca, ai sensi dell'art. 7 della CEDU, e ne ha fatto derivare che la sua applicazione senza che sia stato accertato il dolo o la colpa dei destinatari di essa costituisce violazione della disposizione della CEDU, la cui interpretazione *“esige, per punire, un legame di natura intellettuale (coscienza e volontà) che permetta di rilevare un elemento di responsabilità nella condotta dell'autore materiale del reato”*. Ha pertanto considerato arbitraria la confisca applicata a soggetti che, come sopra evidenziato, erano incorsi in un errore scusabile nella normativa nazionale.

La giurisprudenza di legittimità, anche dopo il caso *Sud Fondi*, ha tuttavia continuato a considerare la confisca urbanistica alla stregua di una sanzione amministrativa³⁷⁷, giacché la stessa verrebbe emessa dal giudice penale in via di supplenza rispetto all'omologa misura emessa dall'autorità amministrativa; inoltre, differirebbe dalla misura di sicurezza sia per la sua revocabilità³⁷⁸, sia perché il bene entra nel patrimonio non dello Stato ma dell'ente locale. Ne derivava che la asserita natura di sanzione amministrativa - secondo la Corte - non ne escludeva la possibilità di applicarla a terzi incolpevoli, estranei alla commissione del reato, perché l'interesse collettivo alla salvaguardia del corretto assetto urbanistico del territorio doveva ritenersi preminente al loro diritto di proprietà ex art. 42 co. 2 Cost³⁷⁹.

Invero, sulla questione in esame è stata chiamata a pronunciarsi anche la Corte Costituzionale, alla quale è stata rimessa la questione di legittimità costituzionale dell'art. 44 co. 2 D.p.r. 380/2001 nella parte in cui prevede la

³⁷⁷ Cfr. Cass. pen., sez. III, 24 ottobre 2008, n. 42741; Cass. pen., sez. III, 4 ottobre 2004, n. 38728; Cass. pen., sez. III, 22 settembre 2004, n. 37086.

³⁷⁸ In caso di sanatoria dell'illecito amministrativo mediante la successiva adozione di un piano di recupero urbanistico dell'area abusivamente lottizzata.

³⁷⁹ A. FIALE, *La confisca penale delle costruzioni abusive e dei terreni abusivamente lottizzati*, in lexambiente.it/urbanistica/184/7960-urbanistica-confisca-penale-delle-costruzioni-abusive-e-dei-terreni-abusivamente-lottizzati.html

possibilità di disporre la confisca “*a prescindere dal giudizio di responsabilità e nei confronti di persone estranee ai fatti*”, per violazione degli artt. 3, 25, comma 2 e 27, comma I della Costituzione.

Orbene, la Consulta³⁸⁰, ha affermato che “*in presenza di un apparente contrasto tra disposizioni legislative interne ed una disposizione della CEDU, anche quale interpretata dalla Corte di Strasburgo, può porsi un dubbio di costituzionalità, ai sensi del primo comma dell’art. 117 Costituzione, solo se non si possa risolvere anzitutto il problema in via interpretativa*”.

Di qui la conclusione secondo la quale “*spetta agli organi giurisdizionali comuni l’eventuale opera interpretativa dell’art. 44 comma 2, del D.P.R. n. 380 del 2001, che sia resa necessaria dalle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo; a tale compito, infatti, già ha atteso la giurisprudenza di legittimità, con esiti la cui valutazione non è ora rimessa a questa Corte. Solo ove l’adeguamento interpretativo, che appaia necessitato, risulti impossibile o l’eventuale diritto vivente che si formi in materia faccia sorgere dubbi sulla sua legittimità, questa Corte potrà essere chiamata ad affrontare il problema della asserita incostituzionalità della disposizione di legge*”.

Orbene, la Corte di Cassazione ha dato un’interpretazione convenzionalmente orientata dell’art. 44 comma 2 del D.P.R. n. 380 del 2001 alle decisioni della Corte europea dei diritti dell’uomo ed ha optato per l’esclusione dell’applicabilità della confisca nei confronti dei terzi che possano dimostrare la propria buona fede.

Sul punto i giudici³⁸¹ hanno ritenuto che profili di colpa possono ravvisarsi anche per “*l’ accertata violazione (deliberata o dovuta a trascuratezza) degli specifici doveri di informazione e conoscenza che costituiscono diretta applicazione dei doveri di solidarietà sociale ex art. 2 della Costituzione*”. “*Quando invece l’acquirente sia consapevole dell’abusività dell’intervento, o*

³⁸⁰ Corte cost., 24 luglio 2009, n. 239.

³⁸¹ Cass. pen., sez. III, 17 marzo 2009, n. 17865.

avrebbe dovuto esserlo secondo la normale diligenza, la sua condotta si lega con intimo nesso causale a quella del venditore ed in tal modo le rispettive azioni, apparentemente distinte, si collegano tra loro e determinano tra loro la formazione di una fattispecie unitaria e indivisibile, diretta in modo convergente al conseguimento del risultato lottizzatorio³⁸²”.

Anche se ai terzi acquirenti la giurisprudenza riconosce taluni strumenti processuali, giungendo a conclusioni analoghe a quelle raggiunte in ordine ai terzi incisi dalla confisca ex art. 240 c.p.³⁸³, il quadro appare ancora problematico, stante la considerazione per cui la giurisprudenza di legittimità sembra onerare il terzo di una vera e propria *probatio diabolica* circa la dimostrazione della propria buona fede³⁸⁴, dovendo costui dimostrare di aver esperito tutti gli accertamenti necessari circa la legittimità urbanistica dell’immobile³⁸⁵.

Inoltre, se è vero che alla confisca urbanistica deve riconoscersi natura di pena, e dunque necessariamente improntata al rispetto del principio di personalità e di proporzionalità, risulta difficile considerarla applicabile ai terzi, al di fuori delle ipotesi di concorso nel reato.

³⁸² Cass. pen., sez. III, 16 febbraio 2011.

³⁸³ Cfr. Cass. pen., sez. I, 9 aprile 2008, n. 14928; Cass. pen., 12 novembre 2008, n. 42107 in cui si riconosce la possibilità per il terzo di chiedere la restituzione dei beni di propria pertinenza sperando incidente di esecuzione; Cass. pen., sez. III, 29 settembre 2010, n. 34882, che riconosce al terzo la possibilità di proporre richiesta di riesame al Tribunale della libertà ai sensi dell’art. 322 c.p.p.

³⁸⁴ L. CAPRARO, *Disponibilità della res e tutela del terzo estraneo*, in *Sequestro e confisca*, (a cura di) M. Montagna, Giappichelli, Torino, 2017, p. 330.

³⁸⁵ Cass. pen., sez. III, 11 marzo 2014, n. 16694, in *Dir. giust.*, 17 aprile 2014; Cass. pen., sez. VI, 23 novembre 2010, n. 45492.

Prime riflessioni

La pur sommaria ricognizione delle più significative forme di confisca previste dall'ordinamento e delle questioni legate alla natura giuridica, in riferimento alle avvertite istanze garantistiche, induce ad alcune riflessioni.

La nozione sostanzialistica di *penalty* adottata dai giudici di Strasburgo dovrebbe condurre ad una rilettura complessiva di ogni forma di confisca in termini di sanzione penale, abbandonando la qualificazione in termini di misura di sicurezza o comunque extra- penale.

Appare netta la distanza tra giurisprudenza europea e giurisprudenza nazionale sul punto: se quest'ultima infatti, ai fini della qualificazione giudica della misura, nella stessa logica del doppio binario accolta dal codice Rocco (prevenzione/repressione; misura di sicurezza/pena) appunta l'attenzione sulla "funzione" da quest'ultima svolta all'interno delle varie normative, valorizzandone in larga massima (eccezion fatta per la confisca per equivalente e la confisca del veicolo) la finalità preventiva, i giudici di Strasburgo assumono che il fine preventivo ben possa coesistere con quello repressivo - afflittivo.

Ed allora, se si guardano le confische attraverso i criteri sostanzialistici individuati dalla Corte europea, non sembra potersi negare la loro natura penale. Basti considerare che tutte le tipologie di confisca esaminate vengono applicate dall'autorità giudiziaria penale, sono particolarmente afflittive in quanto investono sovente l'intero patrimonio, e spesso a prescindere dalla stretta pertinenzialità con il reato.

Appare ormai superato ritenere che il discrimine tra pena e misura di sicurezza consista nella natura punitiva della prima e preventiva della seconda, perché è innegabile che anche la pena assolva ad una funzione di prevenzione generale, nella sua previsione legislativa astratta, e ad una funzione di prevenzione speciale, nella sua applicazione in concreto. Il provvedimento ablativo non può quindi non assumere una funzione polivalente.

Evidente è poi lo *sfavor* manifestato dalla Corte europea verso forme di confisca obbligatoria, scarsamente flessibili, in contrasto con il principio di proporzionalità, assunto come principio cardine per valutare la conformità della misura ai principi fondamentali, nell'ottica del bilanciamento tra diritto individuale di proprietà e interesse collettivo al contrasto alla criminalità.

CAPITOLO III

LA CONFISCA DI PREVENZIONE

SOMMARIO: 1. Le misure di prevenzione: origine e ratio applicativa. Cenni. 2. Le misure di prevenzione patrimoniali: il sequestro e la confisca. Introduzione. 3. L'origine storica della confisca antimafia e del sequestro: dalla Legge Rognoni-La Torre al Codice delle leggi antimafia. 3.1. I presupposti soggettivi della confisca di prevenzione. 3.2. I presupposti oggettivi. 3.3. La compatibilità delle misure di prevenzione nel sistema costituzionale. 4. La natura giuridica della confisca di prevenzione. 5. Il punto di vista della Corte di Strasburgo sulla natura giuridica della confisca di prevenzione. 6. Il principio di determinatezza delle fattispecie preventive: la sentenza De Tommaso. 6.1. Il caso De Tommaso: gli effetti sulla giurisprudenza nazionale, di legittimità e di merito. La sentenza Paternò (S.U.). 6.2. I riflessi della pronuncia della Grande Camera sulla confisca di prevenzione.

1. Le misure di prevenzione: origini e ratio applicativa. Cenni

Nel panorama degli strumenti di ablazione patrimoniale, finalizzata al contrasto dei fenomeni criminali, assume carattere sempre più centrale la confisca di prevenzione.

Per porre in evidenza i molteplici profili problematici che il sistema di prevenzione presenta è necessario delineare i caratteri dell'istituto, partendo dalla ratio sottesa alla sua adozione.

Orbene, le misure di prevenzione, tradizionalmente considerate di natura sostanzialmente amministrativa, vengono applicate al fine di evitare la commissione di condotte criminose da parte di soggetti socialmente pericolosi³⁸⁶. Esse si fondano su un concetto di pericolosità sociale del soggetto inteso

³⁸⁶ Cfr. L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig.disc.pen.*, VIII, Utet, Torino, 1994, p. 109.

originariamente “come mera immoralità o predisposizione al delitto o di presunzione di una condanna nelle relazioni umane, dedizione al delitto, senza che sia raggiunta alcuna prova di reità³⁸⁷”.

A differenza delle misure di sicurezza, quindi, esse vengono comminate a prescindere dal previo accertamento della commissione di un reato, seppure limitino la libertà del soggetto mediante la previsione di numerose prescrizioni dirette ad agevolare il controllo e la tutela della pubblica sicurezza³⁸⁸.

Il sistema della prevenzione nasce sotto l'ideologia liberale, che aveva condotto ad espungere dal codice penale reati fondati sulla mera pericolosità sociale, improntando la risposta sanzionatoria del diritto penale a fatti oggettivamente offensivi. Si tende così a relegare nell'ambito extra-penale misure diverse dalla sanzione penale, applicate dall'autorità di polizia a soggetti posti ai margini della società e avvertiti perciò come particolarmente pericolosi, che avessero posto in essere condotte sintomatiche, idonee a ricondurre tali soggetti ad un “tipo d'autore”. Cosicché il controllo di polizia poteva spingersi laddove la repressione penale in senso stretto non avrebbe potuto condurre, o per l'assenza di prove della responsabilità per fatti di reati, o per la non sussumibilità della condotta posta in essere nel paradigma di specifiche fattispecie criminose³⁸⁹.

I presupposti per la individuazione dei destinatari di tali misure erano affidati alla discrezionalità dell'autorità amministrativa: cosicché tali categorie di soggetti pericolosi finivano con l'essere sottratti alle garanzie proprie del processo penale.

³⁸⁷ R. GUERRINI-L. MAZZA- S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione, profili sostanziali e processuali*, Cedam, Padova, 2004 p. 6.

³⁸⁸ Il riferimento è alle categorie di pericolosità degli oziosi, vagabondi, viandanti, mendicanti, banditi o briganti etc., avvertiti come particolarmente pericolosi per l'ordine pubblico. È questa la ratio da attribuire al T.U. l. p. s. del 1865. cfr. G. AMATO, *Poteri di polizia e poteri del giudice nelle misure di prevenzione*, Il Mulino, Bologna, 1974, pag. 349; G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Bologna, 1979, pp. 260 e ss.; G. FIANDACA, op.cit., p. 110.

³⁸⁹ G. FIANDACA, op.cit., pag. 110. P. NUVOLONE, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminologiche e il principio di proporzione*, in *L'indice penale*, Dike, gennaio-aprile 2017, p. 40.

Avuto riguardo alla natura di tali misure, connotate dalla competenza dell'autorità amministrativa nell'applicazione, dall'ampia discrezionalità nella individuazione dei presupposti applicativi, dalla mancanza di pubblicità e di garanzie processuali, si può facilmente intuire come l'entrata in vigore della Costituzione abbia posto la necessità di verificarne la compatibilità dell'istituto con i principi in essa sanciti.

Orbene, la Corte Costituzionale³⁹⁰, come si avrà modo di approfondire nel prosieguo, ha individuato i principi costituenti il nucleo dei presupposti di applicabilità delle misure di prevenzione.

Le misure limitative della libertà di circolazione possono essere applicate entro i limiti di cui all'art. 13 della Costituzione (riserva di legge e di giurisdizione) e possono essere applicate dall'autorità amministrativa solo se previste dalla legge in via generale per motivi di sanità e di sicurezza pubblica, ai sensi dell'art. 16 Cost.; e ancora, i provvedimenti, adeguatamente motivati, devono essere fondati su concreti fatti³⁹¹, nel pieno rispetto delle garanzie difensive (art. 24 Cost.).

Sulla base dei principi affermati dalla Consulta, il legislatore ha profondamente innovato la materia delle misure di prevenzione, con la l. n. 1423/56, la quale ha descritto in termini più analitici le categorie di soggetti destinatari delle misure personali ed ha articolato, seppure in termini assai concisi, il procedimento applicativo, affidandone l'applicazione all'autorità giudiziaria. Ha inteso così da un lato superare i profili critici legati alla genericità delle precedenti "categorie" soggettive; dall'altro, abbandonare la natura amministrativa delle

³⁹⁰ Il riferimento è alla sentenza n. 2 del 1956, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del primo comma dell'art. 157 del T.U. delle leggi di p.s. approvato con decreto 18 giugno 1931 n. 773, nella parte relativa al rimpatrio obbligatorio o per traduzione di persone sospette, e dei commi secondo e terzo della stessa disposizione nelle parti relative al rimpatrio per traduzione.

³⁹¹ E non quindi su meri sospetti.

misure più incisive, la cui applicazione veniva finalmente giurisdizionalizzata, ed infine prevedere un procedimento sufficientemente garantito³⁹².

Con la legge n. 575/65, è stata estesa³⁹³ l'applicabilità della misura di prevenzione della sorveglianza speciale alle persone indiziate di appartenere ad associazioni mafiose. Per la prima volta si introduce il riferimento all'"associazione mafiosa", seppure ancora non espressamente tipicizzata.

La legge n. 152/75 ha esteso la disciplina della l. n. 575/65 a nuove categorie di pericolosità, per prevenire ulteriore fenomeni sovversivi.

La legge Rognoni – La Torre (l. n. 646/82) ha infine introdotto le misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca.

Sempre in un'ottica di estensione di tutela, il legislatore ha introdotto negli anni successivi diversi provvedimenti, i quali hanno ridefinito le categorie dei destinatari delle misure, e rimodulato quelle patrimoniali (con le leggi n. 327/88, l. 55/90, d.l. 306/92, conv. dalla legge n. 356/92).

È stata, ancora, approvata la L. 109/96, la quale disciplina la fase successiva alla confisca definitiva dei beni, prevedendone il riutilizzo per fini sociali. La filosofia ispiratrice di tale opzione normativa da un lato è quella di evitare la vendita dei beni confiscati, cui si collegava il rischio che potessero ritornare nella disponibilità del prevenuto; dall'altro riaffermare l'autorità dello Stato, specie in contesti territoriali particolarmente inquinati dalla presenza mafiosa; infine offrire un'occasione di riscatto, attraverso il riutilizzo a fini sociali dei beni confiscati³⁹⁴.

Proprio in considerazione dei molteplici interventi normativi che si sono susseguiti e della disorganicità che ne è conseguita, è stato infine emanato il d.lgs.

³⁹² A. BALSAMO-V. CONTRAFATTO-G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 33 e ss.

³⁹³ L'introduzione della legge 575/65 ha costituito una risposta da parte del legislatore all'incapacità di offrire adeguate risposte sanzionatorie attraverso i processi penali, conclusisi spesso con sentenze di assoluzione per insufficienza di prove.

³⁹⁴ Si pensi alla costituzione di cooperative giovanili che hanno assunto la gestione di terreni confiscate alle mafie.

6 settembre 2011 n. 159 (“Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione”), che ha riorganizzato in un unico *corpus* la normativa vigente³⁹⁵.

2. Le misure di prevenzione patrimoniali: il sequestro e la confisca. Introduzione.

Durante il secondo dopoguerra l’ordinamento giuridico italiano ha visto il susseguirsi di una serie di interventi legislativi, volti a rafforzare ed accrescere le strategie di contrasto al fenomeno della criminalità organizzata.

L’introduzione nel nostro ordinamento delle misure di prevenzione patrimoniali è espressione della raggiunta consapevolezza che il più efficiente mezzo di contrasto alla criminalità organizzata è rappresentato dall’aggressione ai patrimoni illecitamente accumulati. Ed invero costituisce ormai un dato acquisito quello secondo cui l’associazione criminale trae forza dall’accumulazione di risorse patrimoniali e finanziarie, attraverso le quali finisce con l’esercitare un ruolo egemone nell’economia di certi territori, e sviluppa una notevole capacità di influenza anche instaurando rapporti corruttivi con l’apparato pubblico.

Depotenziare l’organizzazione sotto il profilo economico diventa quindi essenziale per contrastarla, con maggiore efficacia rispetto all’applicazione del tradizionale apparato sanzionatorio penalistico³⁹⁶.

³⁹⁵ F. MENDITTO, *Carcere, confisca e diritti umani alla luce della giurisprudenza della CEDU. Confisca penale di prevenzione davanti alla Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *Quest. Giust.*, 19.06.2015, pp.7 ss.

³⁹⁶ Peraltro è stato anche sottolineato come l’applicazione della pena detentiva non impedisce la “rigenerazione” degli adepti al sodalizio attraverso l’acquisizione di nuove adesioni, mentre la confisca di ingenti capitali difficilmente può essere assorbita attraverso il reperimento di nuovi capitali. Cfr. *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, a cura di S. MAZZARESE e A. AIELLO, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 45 e ss.

L'introduzione delle misure patrimoniali ad opera della legge n. 646/82, c.d. Legge Rognoni – La Torre, rappresenta quindi uno strumento particolarmente innovativo, assolutamente non previsto dalla legislazione precedente³⁹⁷.

L'azione di contrasto patrimoniale era infatti affidata in via tendenzialmente esclusiva alla previsione dell'art. 240 c.p., che rappresentava l'archetipo della confisca tradizionale. Tale strumento presentava dei chiari limiti applicativi rispetto all'obiettivo dell'aggressione dei patrimoni illeciti, risultando largamente inidoneo al conseguimento delle predette finalità preventive. Tali limiti sono individuabili, più in particolare, oltre che nella necessaria sussistenza di un nesso di pertinenzialità tra la *res* e la fattispecie criminosa, per l'applicabilità della misura di sicurezza in questione, anche nella possibilità di procedere alla confisca solo a seguito di una sentenza di condanna, nonché nell'espressa previsione della sua inapplicabilità qualora i beni appartengano formalmente a terzi soggetti estranei al reato.

Orbene, la confisca di prevenzione antimafia non soggiace alle suddette preclusioni. La sua applicazione non richiede il requisito della pertinenzialità, essendo una misura *ante o praeter delictum*, che dunque prescinde tanto dall'accertamento del reato quanto dall'esercizio dell'azione penale³⁹⁸. Ancora, tale confisca può colpire beni dei quali il soggetto destinatario risulti potere disporre, ancorché intestati a terzi o comunque nella disponibilità "apparente" di altri soggetti.

Tuttavia, proprio alla luce delle descritte caratteristiche, l'applicazione della misura in esame ha posto questioni di compatibilità con le garanzie individuali, giacché non trova applicazione all'esito di un procedimento penale, diretto all'accertamento di un fatto di reato, ma, sulla base di materiale meramente

³⁹⁷ S. FURFARO, *Misure di prevenzione patrimoniali*, in *Dig.disc.pen.*, Agg. I, 2005, p. 877; A. MANGIONE, *La "contiguità" alla mafia tra prevenzione e repressione: tecniche normative e categorie dogmatiche*, *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1996, pp. 705 e ss.

³⁹⁸ G. FIANDACA, *op.cit.* pag. 109; P. V. MOLINARI, *Misure di prevenzione*, (agg. II, 1998) pag. 1; P. NUVOLONE, *"Misure di prevenzione e misure di sicurezza, XXVI, 1976*, in *Enc. del diritto*, Giuffrè, Milano, 2016.

indiziario, nell'ambito di un procedimento diretto ad accertare la sussumibilità delle condotte o, meglio, dello "stile di vita" del soggetto destinatario, in una delle categorie previste dalla legge. Tanto più che tale accertamento viene effettuato all'interno di un procedimento che ha sì natura giurisdizionale ma nel quale, come sarà evidenziato nel prosieguo, le garanzie difensive non appaiono assicurate nella loro massima estensione.

Da qui l'esigenza di una interpretazione costituzionalmente orientata³⁹⁹, nonché compatibile con la Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo (CEDU)⁴⁰⁰. Alla base di tali sforzi ermeneutici, sta il rilievo secondo cui le pur rilevanti esigenze sopra descritte non possono giustificare - per le misure personali - la violazione *tout court* di principi in tema di libertà personale (tutelati dagli artt. 13, 16, 17, 24, 25 e 27 della Costituzione, oltre che dall'art. 5 par. b della CEDU) e - per le misure patrimoniali - del diritto di proprietà e di impresa (tutelati, nei limiti della funzione sociale, dagli artt. 41 e 42 della Costituzione e dall'art. 1 del protocollo n. 1 della CEDU).

Tali profili critici saranno oggetto di successiva trattazione così come, parallelamente alla complessa questione relativa alla ancora controversa natura giuridica della confisca antimafia, in relazione alla quale si è giunti di recente ad un approdo giurisprudenziale, che rischia tuttavia di essere messo in discussione dalle future elaborazioni della Corte di Strasburgo.

³⁹⁹ Cfr. Corte cost., n. 10/09; ord. n. 441/08; Corte cost., n. 465/93, in cui la Corte offre la possibile interpretazione conforme a Costituzione.

⁴⁰⁰ F. MENDITTO, Seminario di studio "Verso un giusto processo al patrimonio: dal contrasto alla criminalità organizzata all'istituzione dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni", Bari, 5-6 maggio 2011, p. 3.

3. L'origine storica della confisca antimafia e del sequestro: dalla Legge Rognoni – La Torre al Codice delle leggi antimafia.

L'origine della confisca di prevenzione ed il percorso normativo che ha portato all'emanazione del c.d. Codice Antimafia sono inscindibilmente connessi all'evoluzione del sistema delle misure di prevenzione nella sua interezza, che è opportuno richiamare, seppure per cenni.

Come già evidenziato per il sistema delle misure di prevenzione *tout court*, la confisca antimafia rappresenta, insieme al sequestro, che della stessa è il presupposto logico e temporale, la risposta ad impellenti esigenze di contrasto alla criminalità organizzata, per la cui soddisfazione tanto le misure di sicurezza quanto le misure di prevenzione personali si rivelarono inadeguate⁴⁰¹.

A tal fine, la legge 13 settembre 1982 n. 646 (legge Rognoni – La Torre) ha introdotto, nell'alveo della legge n. 575/65, le misure di prevenzione patrimoniali del sequestro e della confisca dei beni di provenienza illecita nella disponibilità, diretta od indiretta, degli indiziati di appartenenza alla mafia⁴⁰².

Le due misure appaiono strettamente connesse tra loro: la confisca, infatti, è disposta sui beni già oggetto di sequestro, strumento prodromico alla eventuale confisca, per mezzo del quale i beni provvisoriamente sequestrati verranno trasferiti definitivamente al patrimonio dello Stato qualora ne sussistano i presupposti.

Il sequestro, infatti, come verrà poi confermato dall'art. 20 del Codice Antimafia, è il provvedimento emesso dall'autorità giudiziaria *inaudita altera parte*, con la funzione di sottrarre provvisoriamente i beni al destinatario della misura o ai soggetti che li detengono per suo conto; beni che, al termine del

⁴⁰¹ F. LAMBERTI, "Il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione", Palladio Editrice, Salerno, 2006.

⁴⁰² S. FURFARO, *Misure di prevenzione patrimoniali*, in *Dig.disc.pen.*, Agg. I, Utet, Torino, 2005, p. 878.

procedimento di prevenzione verranno, in presenza dei presupposti della confisca, definitivamente trasferiti nel patrimonio dello Stato⁴⁰³.

Sequestro e confisca nascono come strumenti diretti a sottrarre i beni illecitamente acquisiti ai medesimi soggetti destinatari delle misure di prevenzione personali, previste dalla legge 31 maggio 1965 n. 575 (indiziati di appartenenza ad associazioni mafiosa), colpendo i beni di cui costoro: a) possano disporre, direttamente o indirettamente, b) che sulla base di sufficienti indizi, come la notevole sperequazione fra il tenore di vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati, si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego⁴⁰⁴.

Precisamente, la legge 646/82 disciplinava il nuovo istituto delle misure di prevenzione patrimoniali con la formulazione di tre disposizioni aventi per oggetto:

1) il sequestro dei beni dei quali la persona nei cui confronti è stato iniziato il procedimento risulta poter disporre, direttamente o indirettamente, e che sulla base di sufficienti indizi, come la notevole sperequazione fra il tenore di vita e l'entità dei redditi apparenti o dichiarati, si ha motivo di ritenere siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego;

2) la confisca dei beni sequestrati dei quali non sia stata dimostrata la legittima provenienza, unitamente all'applicazione della misura di prevenzione;

3) la revoca del sequestro quando è respinta la proposta di applicazione della misura di prevenzione o quando è dimostrata la legittima provenienza dei beni.

Per quanto la confisca, e prima ancora il sequestro, rappresentassero strumenti validi ed efficaci nella nuova prospettiva di aggressione ai patrimoni mafiosi, gli stessi presentavano un limite individuabile nella natura accessoria rispetto alle misure di prevenzione personali, venendo in rilievo plurime ipotesi in

⁴⁰³ Cass. pen., Sez. Un., n. 36/01.

⁴⁰⁴ G. PEZZOTTI, *Le misure di prevenzione. Problematiche vecchie e nuove*, pag. 36-19, in *Il Fisco*, n. 14, 1992, p. 3619.

cui non potevano essere sequestrati, né confiscati patrimoni di origine illecita per l'impossibilità di irrogare la misura personale, presupposto imprescindibile di quella patrimoniale⁴⁰⁵.

La legge 646/82, infatti, nel disciplinare tali nuove misure di prevenzione, attribuiva ad esse carattere accessorio, potendo essere applicate solo congiuntamente ad una misura personale o successivamente a questa, ma prima della sua cessazione (salvi casi eccezionali quali l'assenza, la residenza o la dimora all'estero).

Il più rilevante limite si palesava nel caso di morte del proposto, avvenuta nel corso del procedimento, che impediva la confisca perfino quando vi era la prova (e non il mero indizio) dell'acquisizione illecita del bene.

La legge Rognoni – La Torre individuava, altresì, come destinatari della confisca (e dunque preliminarmente del sequestro) i soli indiziati di mafia.

L'efficacia nei confronti esclusivamente di tali soggetti e la natura accessoria della confisca hanno indotto il legislatore a realizzare un "potenziamento" di tale misura, da un lato col progressivo ampliamento (dal 1988 al 2009) nei confronti di ulteriori categorie di pericolosità, dall'altro rimuovendo i limiti derivanti dal principio di accessorieta' con l'introduzione (nel 2008) della possibilità di applicazione disgiunta delle misure patrimoniali, indipendentemente da quelle personali.

Partendo dalla normativa sulle misure di prevenzione personali, introdotte nel nostro ordinamento dalla legge n. 1423/1956, la legge n. 575/1965, attraverso un rinvio normativo alla prima⁴⁰⁶, estese l'ambito di applicazione delle misure di

⁴⁰⁵ F. MENDITTO, Seminario di studio "Verso un giusto processo al patrimonio: dal contrasto alla criminalità organizzata all'istituzione dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni", Bari, 5-6 maggio 2011, p. 7.

⁴⁰⁶ Il testo originario della legge 1423/1956, recante misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e la pubblica moralità, prevedeva l'intervento preventivo nei confronti di talune categorie di soggetti pericolosi per la sicurezza e la moralità pubblica. Si trattava in particolare di: a) oziosi e vagabondi; b) soggetti dediti a traffici illeciti; c) proclivi a delinquere; d) sospetti sfruttatori di prostitute; contrabbandieri; trafficanti di stupefacenti; e) soggetti abitualmente dediti allo svolgimento di attività contrarie alla morale pubblica o al buon costume. Il legislatore del 1988 poi, con la legge n. 327, Norme in materia di misure di prevenzione personali, ha modificato le categorie

prevenzione personali anche ai soggetti indiziati di appartenere ad associazione mafiosa, tipizzando così una condotta che evocava il reato di cui all'art. 416 c.p. con carattere di mafiosità, non esistendo ancora all'epoca l'art. 416-bis c.p., introdotto, poi, dalla l. 646/82 contestualmente alla introduzione del sequestro e della confisca⁴⁰⁷.

L'applicabilità delle misure personali agli indiziati mafiosi rappresentava uno strumento idoneo a superare le difficoltà di ricondurre tali soggetti ad una delle categorie della legge del '56, e nello stesso tempo lo affrancava dalla necessità di accertare la responsabilità penale, ancorandone l'applicazione alla mera sufficienza indiziaria.

Le medesime logiche sono, altresì, alla base dell'introduzione del sequestro e della confisca.

L'ambito applicativo della legge 575/1965, durante gli anni del terrorismo politico, si estese anche alle persone pericolose con riferimento alla prevenzione dei fenomeni sovversivi, con l'introduzione della c.d. Legge Reale n. 152/1975.

La svolta più rilevante si ha comunque con l'emanazione della legge Rognoni – La Torre, la quale disegnava un modello di confisca particolarmente efficace. Prevedeva infatti l'alleggerimento del carico probatorio sull'Accusa, sia con riferimento ai presupposti soggettivi, sia con riferimento ai presupposti oggettivi. Rispetto quindi alla confisca penale, l'efficacia dello strumento appare notevolmente aumentata, al punto che nella prassi applicativa gli Uffici inquirenti hanno privilegiato lo strumento della prevenzione rispetto a quello penale.

dei soggetti a cui poter applicare le misure di prevenzione personali, raccogliendo di fatto le perplessità avanzate da dottrina e giurisprudenza sulle precedenti categorie soggettive. Adesso il novero di persone portatrici di "pericolosità comune" è così individuato: a) coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per la condotta ed il tenore di vita debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, vivere abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose; c) coloro che per il loro comportamento debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

⁴⁰⁷ A. CISTERNA, M.V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, *Commento al codice antimafia*, Maggioli, Padova, 2011, pp. 60 e ss.

La confisca di prevenzione, nata per colpire i beni illecitamente accumulati da soggetti soltanto “indiziati” di appartenenza alla mafia, rispetto ai quali non si poteva dire raggiunta la prova della loro partecipazione al sodalizio, finiva con il trovare applicazione anche a soggetti per i quali fosse invece stata acquisita la prova della “partecipazione” o dell’ “appartenenza” al sodalizio: ciò in quanto il procedimento di prevenzione appariva più agile e meno garantito rispetto al processo penale, cui veniva attribuita soltanto l’applicazione della pena⁴⁰⁸.

Con l’introduzione di tale legge ci si chiese se le nuove misure patrimoniali del sequestro e della confisca fossero applicabili anche alle persone pericolose cui facevano riferimento gli articoli 18 e 19 della “Legge Reale” del 1975, posto che l’art. 19 di tale legge prevedeva l’applicazione delle misure di prevenzione di cui alla legge 575/1965 – tra le quali, prima dell’82, non rientrava la confisca – anche ai soggetti considerati pericolosi dall’art. 1, nn. 1) e 2), della l. 1423/1956 (soggetti “*abituamente dediti*” a traffici delittuosi e soggetti che “*vivono abitualmente - anche in parte - con i proventi di attività delittuose*”).

Da un lato, si sosteneva che l’art. 19 della Legge Reale richiamasse, con la tecnica del rinvio formale, soltanto le misure personali, con la conseguenza che le misure patrimoniali non potevano essere applicate ai c.d. portatori di “pericolosità generica”⁴⁰⁹.

Dall’altro si riteneva invece che il rinvio fosse di natura recettizia e quindi facesse riferimento alla L. 575/65, e alle successive modifiche ed integrazioni, cosicché si riteneva che alle predette categorie fossero applicabili anche le misure patrimoniali. Tale orientamento risultò prevalente, e finì con il determinare un

⁴⁰⁸ L’art. 416 bis al comma 7, come prima evidenziato, prevede come obbligatoria la confisca degli strumenti, del prezzo, del prodotto e del profitto del reato nei confronti del condannato. Amplia pertanto la previsione dell’art. 240 c.p., nel senso di rendere obbligatoria la confisca anche nei casi di cui all’art. 240, primo comma; e tuttavia ancora il provvedimento ablativo alla condanna, con le evidenti difficoltà legate all’accertamento della responsabilità penale in contesti criminali difficilmente permeabili dalle indagini.

⁴⁰⁹ Cass. pen., sez. V, 8 giugno 2011, n. 26044, in *C.E.D.*, n. 250923.

intervento legislativo con la l. 19 marzo 1990, n. 55⁴¹⁰, recante “*Nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazioni di pericolosità sociale*”, che ridefinì l'ambito soggettivo di applicazione delle misure di prevenzione di carattere patrimoniale ⁴¹¹.

L'art. 14⁴¹² di tale legge limitò l'applicabilità delle disposizioni della legge antimafia relative alle misure patrimoniali agli indiziati di appartenenza ad associazioni mafiose o dedite allo spaccio di sostanze stupefacenti, ed alle persone pericolose indicate nell'art. 1, nn. 1) e 2), della L. 1423/56 limitatamente, quanto a tale ultima categoria, alle ipotesi in cui le attività delittuose da cui si ritiene derivino i proventi fossero quelle previste dal reato di cui all'art. 630 c.p.

La confisca di prevenzione risultava quindi applicabile soltanto a tali categorie di soggetti, con esclusione quindi delle categorie generali di cui alla l. 1423/56.

La stessa legge introdusse alcune ipotesi di applicazione delle sole misure patrimoniali, quindi disgiuntamente dalle misure personali, in alcuni casi tassativi in cui non era possibile disporre le misure personali (perché soggetti sottoposti a misura di sicurezza; o assenti, residenti o dimoranti all'estero; art. 2-ter comma 7, l. n. 575 del 1965).

Il sistema così delineato presentava tuttavia vistose criticità.

⁴¹⁰ Per una precisa ricostruzione, si veda PERONI RANCHET R., *I presupposti della confisca di prevenzione dopo le modifiche introdotte dalla l. 24 luglio 2008 n. 125*, pp. 2 e ss., relazione tenuta all'incontro del CSM (10/2008) dal titolo “*Il decreto sicurezza (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. dalla l. 2008, n. 125): primi spunti interpretativi*”, disponibile in www.csm.it e A. M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?* in O. MAZZA-F. VIGANO' (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Giappichelli, Torino, 2008, pp. 129 e ss.

⁴¹¹ R. PERONI RANCHET, op. cit.

⁴¹² Art. 14, comma 1, della L. 55/90: “ Salvo che si tratti di procedimenti di prevenzione già pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge, da tale data le disposizioni della legge 31 maggio 1965, n. 575, concernenti le indagini e l'applicazione delle misure di prevenzione di carattere patrimoniale, nonché quelle contenute negli articoli da 10 a 10 sexies della medesima legge, si applicano con riferimento ai soggetti indiziati di appartenere alle associazioni indicate nell'articolo 1 della predetta legge o a quelle previste dall'articolo 75 della legge 22 dicembre 1975, n. 685, ovvero ai soggetti indicati nei numeri 1) e 2) del primo comma dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, quando l'attività delittuosa da cui si ritiene derivino i proventi sia quella prevista dall'articolo 630 del codice penale.

Si invocò così il superamento della stretta correlazione tra misura personale e misura patrimoniale, specie nei casi di difetto di attualità della pericolosità e di morte del prevenuto.

La giurisprudenza di merito aveva avuto modo infatti di misurarsi con ipotesi nelle quali l'applicazione della misura patrimoniale si arrestava di fronte ad un soggetto che, seppure avesse espresso pericolosità anche qualificata in epoca pregressa, non appariva pericoloso al momento della decisione. In tal caso infatti, non potendo applicarsi la misura personale, non poteva neppure pronunciarsi la confisca⁴¹³.

Tale conclusione appariva disarmonica rispetto alla ritenuta necessità di espungere dal circuito economico beni di illecita provenienza, ancorché nella disponibilità di soggetto non più pericoloso.

Altrettanto inaccettabile appariva il caso in cui non si potesse disporre la confisca di beni, pure illecitamente acquisiti, in dipendenza della morte del loro titolare.

Anche in tale evenienza la restituzione dei beni agli eredi appariva una "resa" dello Stato che consentiva all'erede di godere di beni illecitamente acquisiti dal proprio dante causa.

Di tali criticità si fa carico il decreto legge 23 maggio 2008 n. 92, convertito dalla legge 25 luglio 2008 n. 125, denominato anche "*Pacchetto sicurezza*", il quale prevede l'applicabilità delle legge antimafia oltre che agli indiziati di appartenenza ad associazioni di tipo mafioso, anche agli indiziati della commissione di uno dei delitti previsti dall'art. 51, comma 3 bis, c.p.⁴¹⁴; alle

⁴¹³ Trib. di Agrigento, 30 marzo 1998, Pres. Agnello, est. Malato; prop. Mannino.

⁴¹⁴ "*Quando si tratta dei procedimenti per i delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, sesto e settimo comma, 416, realizzato allo scopo di commettere delitti previsti dagli articoli 473 e 474, 600, 601, 602, 416-bis, 416-ter e 630 del codice penale, per i delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti previsti dall'articolo 74 del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del testo unico approvato con decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43, e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, le funzioni indicate nel comma 1 lettera a) sono*

persone pericolose previste dall'art. 1, nn. 1) e 2) della L. 1423/56 (pericolosi "semplici", abitualmente dediti a traffici delittuosi o che vivono abitualmente con i proventi di attività delittuose). Prevede altresì l'applicabilità della misura patrimoniale anche al caso di morte del proposto, sia essa intervenuta nel corso del procedimento o in precedenza (seppure non oltre i cinque anni prima dell'avvio del procedimento)⁴¹⁵.

Rimaneva tuttavia da superare la seconda criticità, legata al difetto di attualità della pericolosità, di cui si è fatto carico il legislatore con la legge 15 luglio 2009 n. 94, recante "*Disposizioni in materia di sicurezza pubblica*", che oltre ad intervenire sul tema della gestione dei beni sequestrati e sulla destinazione successiva alla confisca, ha precisato all'art. 2, comma 22, intervenendo sull'art. 2-bis, comma 6-bis della l. n. 575/1965, che le misure di prevenzione patrimoniale possono essere richieste e applicate "*..indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione*"⁴¹⁶.

Tale previsione peraltro nella sua prima applicazione ha originato dubbi interpretativi giacché parte della dottrina ipotizzò che si fosse consacrato il definitivo superamento della correlazione tra giudizio di pericolosità sociale e confisca dei beni⁴¹⁷. Laddove invece la dottrina più avveduta e la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di interpretare la novella nel senso che un accertamento della pericolosità sia comunque necessario presupposto per l'applicazione della confisca e l'innovazione in parola riguardi solo il requisito dell'*attualità* della pericolosità⁴¹⁸.

attribuite all'ufficio del pubblico ministero presso il tribunale del capoluogo del distretto nel cui ambito ha sede il giudice competente".

⁴¹⁵ Cass. pen., sez. VI, 20 ottobre 2011, n. 484.

⁴¹⁶ Per un commento alle modifiche introdotte v. F. CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "Pacchetto sicurezza"*, Bari, 2009.

⁴¹⁷ L. FILIPPI, *Il sistema delle misure di prevenzione dopo la "controriforma" del 2008*, in *Atti dell'incontro di studi tenuto dal Csm*, Roma, 24-26 settembre 2008.

⁴¹⁸ Cass. pen., sez. I, 13 gennaio 2011, n. 5361, in C.E.D., rv. Rv. 249800.

Infine l'*iter* normativo in argomento ha visto l'emanazione del Codice antimafia (dlgs. 129/2011), che, pur avendo natura prevalentemente compilativa, rappresenta tuttavia il nuovo testo normativo di riferimento.

Una sia pur sintetica ricognizione dei presupposti soggettivi e oggettivi per la confisca appare indispensabile per dar conto delle questioni interpretative ancora aperte.

3.1. I presupposti soggettivi della confisca antimafia.

I presupposti soggettivi⁴¹⁹ per l'applicazione di sequestro e confisca oggi sono rappresentati dall'appartenenza del soggetto ad una delle categorie di pericolosità di cui agli artt. 1, 4 e 16 del D.lgs 159/11 e dalla pericolosità sociale del soggetto.

Si tratta quindi di soggetti portatori di pericolosità qualificata (art. 4, lett. a e b), e di soggetti portatori di pericolosità c.d. comune o generica, tra cui rientrano i soggetti che vivono, anche in parte, di traffici delittuosi e del provento di delitti (combinato disposto degli artt. 4, lett. c e 1 lett. a e b).

L'appartenenza ad una delle due categorie di pericolosità va desunta esclusivamente da elementi di fatto, cioè da circostanze obiettivamente verificabili da un punto di vista storico, con esclusione di elementi privi di riscontri concreti, quali meri sospetti, illazioni e congetture⁴²⁰.

La giurisprudenza sottolinea quindi la necessità che il giudizio deve innanzitutto risolversi in un apprezzamento di "*fatti, storicamente apprezzabili, e*

⁴¹⁹ F. MENDITTO, "*Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*", Giuffrè, Milano, 2012, pag. 59 e ss. E. NICOSIA, "*La confisca, le confische*" G. Giappichelli, Torino, 2012, pp. 92-93.

⁴²⁰ Cass. pen., sez. I, n. 27665/2007, in *C.E.D. Cass.*, n. 236909; 39953/05; 25919/08; 47764/08; S.U 13410/10.

costituenti a loro volta indicatori della possibilità di iscrivere il soggetto proposto in una delle categorie criminologiche previste dalla legge⁴²¹”.

Parte della giurisprudenza tuttavia continua a parlare di “sospetti”, ritenendo che il giudizio di pericolosità, avendo carattere sommario, possa fondarsi anche su meri sospetti o presunzioni⁴²².

La scelta del legislatore esprime l’esigenza di ampliare la platea dei destinatari, anche colpendo categorie tradizionalmente esenti dall’aggressione patrimoniale, come quella dei c.d. “colletti bianchi”, a costo di disperdere le risorse investigative verso un più ampio ventaglio di soggetti ritenuti comunque pericolosi⁴²³.

Tale scelta ha suscitato ampie riserve, sul rilievo che sarebbe più opportuno circoscrivere lo strumento nei confronti dei fenomeni criminali più allarmanti. Tale estensione peraltro, come sarà approfondito nel prosieguo, amplifica le criticità con riguardo al sistema di garanzie sostanziali e processuali riconosciute ai soggetti coinvolti, (in relazione ai principi di legalità, proporzione, colpevolezza e presunzione di innocenza)⁴²⁴.

Inoltre, se è vero che nei confronti della criminalità organizzata è possibile prevedere uno strumentario meno garantito, analoga opzione non sembra

⁴²¹ Cass. pen., 11 febbraio 2014, n. 23641.

⁴²² Cass. pen., n. 110/94; 20160/11; cfr. F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12- sexies l. n. 356/92*, Giuffrè, Milano, 2012, pag. 279 e ss.

⁴²³ P. NUVOLONE, *I soggetti destinatari delle misure di prevenzione*, in *L’Indice penale*, anno III, n. 1, gennaio-aprile 2017, pag. 82; V. CONTRAFATTO, *La sfera soggettiva di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali*, in a cura di A. Balsamo- V. Contrafatto- G. Nicastro, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano 2010, p. 75.

⁴²⁴ Cfr. G. FIANDACA- C. VISCONTI, *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Giappichelli, Torino, 2010 p. 321 e ss; A. MAUGERI A.M., *La riforma*, cit., p. 6. “sarebbe opportuno [...] delimitare l’applicazione delle moderne sanzioni patrimoniali (laddove comportino la confisca allargata dei patrimoni consolidati) a quelle forme di criminalità che siano manifestazione di un’organizzazione strutturata e stabile o comunque tipicamente connesse al crimine organizzato, la cui pericolosità per l’ordine pubblico e per il corretto funzionamento dell’economia e della democrazia, può giustificare in termini di necessità un così incisivo intervento, in linea con le indicazioni della decisione quadro GAI 212/2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato, che limita l’applicazione di poteri allargati di confisca al settore della criminalità organizzata.”

percorribile nei confronti della criminalità comune, anche alla luce dell'art. 3 della Costituzione.

Di contro, è stato sostenuto che l'applicazione estesa della misura patrimoniale trova il suo fondamento nella necessità di contenere soggetti anche di pericolosità generica, attraverso la sottrazione di patrimoni di illecita provenienza, purché si tratti comunque di condotte abituali, reiterate ed espressione di attitudine a commettere reati⁴²⁵.

Il riferimento al carattere "indiziario" degli elementi che consentono la riconduzione ad una delle categorie indicate rende palese la possibilità di applicazione delle misure a prescindere dalla prova tipica del procedimento penale.

In proposito tale riferimento è stato interpretato in termini sovrapponibili ai presupposti per l'emissione di un'ordinanza cautelare⁴²⁶, anche se in senso contrario può ragionevolmente ritenersi che il compendio indiziario in esame possa avere natura del tutto diversa: e ciò in quanto riferito non già a condotte specificatamente costituenti reato, ma a contegni ben più sfumati, idonei a colpire anche soggetti che comunque abbiano espresso la pericolosità richiesta dalla legge.

Il secondo presupposto soggettivo è costituito dalla *pericolosità* del soggetto.

Ai fini della individuazione del destinatario della misura patrimoniale occorre quindi prima accertare l'appartenenza indiziaria del soggetto all'associazione mafiosa o la sua inquadrabilità in una delle altre categorie previste dalla legge, e poi la sua pericolosità⁴²⁷.

⁴²⁵ P. COMUCCI, *Il sequestro e la confisca nella legge "antimafia"*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 2008, p. 98.

⁴²⁶ F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, op.cit., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 20 e ss.

⁴²⁷ A.M. MAUGERI, *I soggetti destinatari delle misure di prevenzione*, in *studiosiprocessopenale.it*

Su tale qualificazione soggettiva, è stato rilevato come la categoria penalistica della pericolosità sociale sia sostanzialmente diversa da quella assunta come presupposto nella materia in argomento.

La prima infatti (art. 112 c.p.) fa riferimento all'attitudine a commettere reati⁴²⁸, laddove invece la pericolosità che consente l'applicazione delle misure di prevenzione consiste in una valutazione globale dell'intera personalità del soggetto⁴²⁹ risultante “*da tutte le manifestazioni sociali della sua vita con riguardo all'intera sua condotta ed in un accertamento sulla persistenza nel tempo di un comportamento illecito e antisociale, tale da rendere necessaria una particolare vigilanza da parte degli organi di pubblica sicurezza*”.

L'accertamento del requisito della pericolosità, analogamente a quanto rilevato con riferimento alla riconduzione del soggetto a una delle categorie di destinatari, deve avvenire sulla base di elementi di fatto, che siano sintomatici e rivelatori di tale pericolosità. Si deve trattare di comportamenti obiettivamente identificabili, di circostanze oggettive, fattuali, che consentano di pronunciare un giudizio di ragionevole probabilità di commissione di attività delittuose, dovendosi perciò escludere sospetti, illazioni, congetture e quanto non oggettivamente estrinsecabile⁴³⁰.

In ogni caso deve basarsi sulla “valutazione oggettiva di fatti”, come anche ribadito dalla Corte costituzionale, perché altrimenti la confisca si tradurrebbe in una “pena del sospetto”, in contrasto con i principi costituzionali⁴³¹.

Tale giudizio può basarsi quindi su precedenti procedimenti giudiziari, l'abituale accompagnarsi con pregiudicati o soggetti attinti da misure di

⁴²⁸ F. MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in *Dir. pen. Cont., riv.trim.*, n. 2-2016.

⁴²⁹ *Ex multis*, cfr. Cass. pen., sez. I, 16 aprile 1996, n. 2531.

⁴³⁰ Cass. pen., sez., VI, 6 febbraio 2001 (dep. 28 marzo 2001), n. 12511, Guzzetta, in *C.E.D. Cass.*, n. 218434; Cass. pen., sez. V, 11 luglio 2006 (dep. 14 dicembre 2006), n. 40731, Magrone e altri, *ivi*, n. 218434; Cass. pen., Sez. Un., 25 marzo 2010 (dep. 9 aprile 2010), n. 13426, Cagnazzo e altri, in *C.E.D. Cass.*, n. 246272; Cass. pen., 11 febbraio 2014, n. 23641; Cass. pen., 24 marzo 2015 (dep. 17 luglio 2015), n. 31209.

⁴³¹ Corte cost., n. 177/80 in *Giur. Cost.*, 1980, p. 1535; così anche: Cass. pen., 28 giugno 1993, n. 8859.

prevenzione personali, il tenore di vita non omogeneo rispetto alle disponibilità finanziarie⁴³².

Problematico è l'accertamento sul rapporto tra epoca di manifestazione della pericolosità e tempo dell'acquisto dei beni.

La confisca, con il riconoscimento del principio di applicazione disgiunta, può essere applicata anche indipendentemente dall'attualità della pericolosità.

In sintesi, è stato osservato che il principio di applicazione disgiunta e l'applicabilità della confisca a prescindere dalla sussistenza della pericolosità sociale del soggetto al momento della relativa pronuncia, comportano la necessità che il giudice accerti in via incidentale la pericolosità sociale del soggetto, e dunque l'inquadrabilità dello stesso nelle categorie di persone destinatarie delle misure di prevenzione; ma l'applicazione della misura patrimoniale prescinde del tutto da ogni valutazione in ordine alla pericolosità sociale del suo destinatario al momento della decisione⁴³³.

L'illiceità genetica dell'acquisto del bene ne consente l'ablazione definitiva in favore dello Stato anche se sia venuta meno la pericolosità del destinatario, poiché, è stato rilevato, la pericolosità investe il bene in sé⁴³⁴.

In senso contrario, autorevole dottrina⁴³⁵ osserva che il concetto di pericolosità non possa essere riferito al bene, non potendo prescindere dal rapporto

⁴³² G. NANULA, *La lotta alla mafia, strumenti giuridici. Strutture di coordinamento*, Giuffrè, Milano, 2009 pag. 100; Trib. Napoli, 3 ottobre 2012 in www.dejure.it : “in tema di misure di prevenzione, permane diversità tra i due procedimenti, penale e di prevenzione, sotto il profilo del grado e del tipo di prova circa il dato della partecipazione del soggetto all'associazione criminale: nel procedimento di prevenzione, a differenza di quello penale, non si richiede la sussistenza di elementi tali da indurre ad un convincimento di certezza, essendo sufficienti circostanze di fatto, oggettivamente valutabili e controllabili, che inducano a un giudizio di ragionevole probabilità circa l'appartenenza del soggetto al sodalizio criminoso, con esclusione, dunque, di meri sospetti, illazioni e congetture.”

⁴³³ G. PIGNATONE, *I destinatari delle misure di prevenzione patrimoniale alla luce delle recenti modifiche normative (l. 125/2008 e l. 94/2000)*. In *Le misure patrimoniali antimafia*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 105. A. M. MAUGERI, *Un'interpretazione restrittiva delle intestazioni fittizie ai fini della confisca misura di prevenzione tra questioni irrisolte (natura della confisca e correlazione temporale)*, in *Cass.pen.*, n. 1-2014.

⁴³⁴ F. MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo “Statuto” della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in *Dir.pen.cont., riv.trim.*, n. 3-2104.

⁴³⁵ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001, pag. 675 e ss.

relazionale che lo stesso ha con il suo titolare; il bene rimarrebbe “neutro”, e sarebbe contrario ai principi costituzionali prescindere da tale rapporto.

Peraltro la pericolosità al momento dell’acquisto costituisce uno degli indici della provenienza illecita del bene. Ciò investe il profilo della c.d. correlazione temporale, che sarà affrontato nel prosieguo.

3.2. I presupposti oggettivi.

Ai sensi del combinato disposto degli artt. 20 e 24, D. Lgs. n. 159/2011, i presupposti oggettivi per l’applicazione del sequestro antimafia sono:

- a) la disponibilità, diretta o indiretta, del bene da parte del proposto;
- b) la sproporzione rispetto al reddito dichiarato o all’attività economica svolta, o, in alternativa, l’esistenza di sufficienti indizi della provenienza illecita, sub specie del “frutto” o “reimpiego”.

La definizione di disponibilità evoca la volontà del legislatore di ampliare le possibilità di intervento, andando oltre il concetto civilistico di proprietà e/o di possesso: ciò sulla base del rilievo secondo cui le organizzazioni criminali esprimono grande capacità nella mimetizzazione dei beni illecitamente acquisiti, attraverso ampio uso di prestanome e di schermi giuridici interposti.

Infatti, il concetto di disponibilità, richiamato dall’art. 20 d.lgs. n. 159/2011, va inteso non in senso formale bensì sostanziale o fattuale, e di esso va data la prova. La norma usa l’indicativo “risulta” con espresso riferimento alla necessità di una “evidenza probatoria”, idonea ad evitare il rischio che vengano attinti dal procedimento ablativo soggetti terzi incolpevoli⁴³⁶.

Rimane ancora scarsamente approfondita la tematica relativa alla definizione in concreto del livello probatorio necessario per far ritenere la

⁴³⁶ F. CASSANO, *La confisca e il presupposto della c.d. pericolosità dei beni*, in *Le misure patrimoniali antimafia, Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, a cura di S. Mazzaresse- A. Aiello, Giuffrè, Milano, 2010, p. 273.

disponibilità indiretta, rispetto alla quale la dizione normativa (“risulta”) sembra pretendere uno *standard* più elevato rispetto agli “indizi” di appartenenza alla mafia. Può trattarsi comunque di “prova indiziaria”, desunta da elementi fattuali gravi, precisi e concordanti⁴³⁷.

Sul concetto di “disponibilità diretta o indiretta” la giurisprudenza ha avuto modo di mettere in luce una serie di fattispecie concrete, nelle quali, al di là del dato formale, si possa ritenere che il prevenuto eserciti un potere di fatto⁴³⁸ sulla cosa che ne legittima l’espropriazione.

La prova in esame può essere desunta da vari elementi, quali le indicazioni di un testimone, il contenuto di conversazioni intercettate, informazioni rese da collaboratori di giustizia, dalle quali si possa desumere che un certo bene è nella effettiva disponibilità del prevenuto. Vi rientrano una pluralità di circostanze, che vanno dalla cessione del diritto di proprietà, alla conclusione di negozi simulati o fiduciari (come la stipula di contratti di locazione, affitto, oppure la conclusione di cessioni fiduciarie, la costituzione di trust), a situazioni di mero fatto, in cui il terzo, titolare formale del bene, versi in uno stato di soggezione nei confronti del proposto⁴³⁹.

Nel caso di disponibilità indiretta invece, è necessario provare che, al di là della formale intestazione del bene, il proposto ne risulti essere l’effettivo *dominus*⁴⁴⁰.

Interessante osservare che, dovendosi guardare alla disponibilità di fatto, la costituzione di schermi astrattamente idonei a separare il patrimonio rispetto a pretese di terzi si rivela del tutto inefficace. Si pensi al caso di patrimoni separati

⁴³⁷ Cass. pen., sez. V., 2 agosto 2011, n. 30579; cfr. Cass. pen., sez. I, 26 novembre 1998, n. 5897, in *Cass. pen.*, 1999, pp. 2343 e ss.

⁴³⁸ Trib. Napoli, decr. 14 marzo 1986, in *Foro.it*, 1987, II, c. 365, con nota di G. FIANDACA, *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzie di legalità*.

⁴³⁹ Cass. pen., sez. I, 11 ottobre 2010, n. 39799.

⁴⁴⁰ Cfr. *ex multis*, Cass. pen., sez. II, 19 febbraio 2016, n. 15940, in *C.E.D.*, Rv. 266668; F. CASSANO, *op.cit.*, p. 273.

(fondo patrimoniale e *trust*) nei confronti dei quali la giurisprudenza ha ritenuto la inopponibilità rispetto alle pretese ablative dello Stato.

L'onere probatorio dell'Accusa trova peraltro un significativo ridimensionamento nella previsione legislativa di ampie presunzioni circa la intestazione fittizia del bene, a fronte delle quali è ammessa la prova contraria. Si tratta di presunzioni legate al rapporto di parentela o affinità che legano soggetti terzi con il prevenuto, e che per questo, legittimano una presunzione di intestazione fittizia.

È stato tuttavia rilevato in proposito che tali presunzioni, per il progressivo ampliamento delle categorie coinvolte, finiscano con il porre a carico del terzo un onere probatorio particolarmente impegnativo.

La prima presunzione, definita dalla giurisprudenza una *presunzione de facto*, è legata alla previsione dell'art. 19 comma 3 c.a. secondo il quale le indagini patrimoniali sono effettuate “nei confronti del coniuge, dei figli, e di coloro che nell'ultimo quinquennio abbiano convissuto con i soggetti destinatari della proposta”. Il fatto che le indagini patrimoniali vengano compiute nei confronti di detti soggetti, esprimerebbe una presunzione di riferibilità al prevenuto dei beni agli stessi intestati.

La *ratio* della stessa, ispirata ad una massima di comune esperienza, risiede nell'ordinaria condivisione dei beni tra i componenti dello stesso nucleo familiare. Ne deriva che anche i beni intestati ai familiari si presume siano nella disponibilità del proposto, salvo poi dimostrare che sono stati acquistati con risorse personali di origine lecita⁴⁴¹.

La legge tuttavia prevede altre forme di presunzioni, *de iure*, all'art. 26 comma 2, secondo cui si presumono fittizi, fino a prova contraria: i trasferimenti e le intestazioni, anche a titolo oneroso, effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione nei confronti dell'ascendente, del discendente, del coniuge o della persona stabilmente convivente, nonché dei

⁴⁴¹ Cass. pen., sez. V, 2 agosto 2011, n. 30579; anche Cass. pen., sez. VI, 14 febbraio 2011, n. 5577.

parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado; i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario, effettuati nei due anni antecedenti la proposta di misura di prevenzione, nei confronti di qualunque soggetto.

Trattandosi di presunzioni *iuris tantum*, è sempre consentita la prova contraria da parte del terzo.

A tale proposito, è stato rilevato come non si tratti di una vera e propria inversione dell'onere probatorio⁴⁴², e come gravi sul terzo comunque un onere di allegazione piuttosto che un onere probatorio in senso proprio. L'allegazione del terzo riguarderà prevalentemente la disponibilità di risorse sufficienti all'acquisto; ma potrà anche vertere sulla contestazione degli elementi acquisiti dall'accusa⁴⁴³.

Il terzo potrà anche allegare redditi illeciti, ad esempio quelli derivanti dall'evasione fiscale: a differenza del proposto, infatti, egli non deve dimostrare la provenienza legittima, ma solo la disponibilità del bene, fermo restando le altre conseguenze di legge che derivano dalle sue allegazioni⁴⁴⁴.

Se il terzo non riesce ad assolvere tale onere, il Giudice dichiara la nullità degli atti di trasferimento compiuti a favore del terzo e dispone la confisca del bene (art. 26 d.lgs. 159/11).

Tale disposizione, inserita dalla riforma del 2008, ha suscitato perplessità in dottrina, giacché la nullità dell'atto fittizio comporterà l'invalidità derivata di tutti gli atti successivi a quello concluso tra proposto ed intestatario fittizio, comprimendo i diritti di terzi estranei all'attività criminosa⁴⁴⁵.

In caso contrario, il giudice revoca il provvedimento di sequestro, con conseguente restituzione del bene sequestrato (art. 25 dlgs 159/11).

Quanto al secondo presupposto oggettivo, la *sproporzione*, tale elemento va riferito al reddito dichiarato ai fini impositivi, oppure all'attività economica svolta;

⁴⁴² Cass. pen., sez. II, 23 febbraio 2011, n. 6977.

⁴⁴³ Ad es. la inattendibilità delle dichiarazioni del collaboratore della giustizia; la natura inequivoca del contenuto di dichiarazioni intercettate.

⁴⁴⁴ Cass. pen., sez. II, 6 maggio 1999, n. 2181.

⁴⁴⁵ S. MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, in *Jus Civile*, 7-2013 p. 413.

il legislatore usa il termine “*risulta*”, così ancora una volta richiamando l’esigenza di un livello probatorio elevato assimilabile alla prova.

Peraltro la sproporzione appare il frutto di una rilevazione di tipo contabile, cosicché l’ingresso di elementi presuntivi o indiziari avrebbe meno senso.

La giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare che l’accertamento della sproporzione va effettuato con riferimento a ogni singolo bene del patrimonio del proposto, non potendo consistere in una valutazione complessiva dell’asse patrimoniale di quest’ultimo⁴⁴⁶.

Ben più complesso il tema legato al terzo presupposto oggettivo, la sussistenza di sufficienti indizi “*tali da far ritenere che i beni stessi siano frutto di attività illecita o ne costituiscano il reimpiego*”.

Anche in questo caso, la dottrina e la giurisprudenza hanno cercato di definire il concetto di “*sufficienti indizi*”, legandolo comunque alla particolare natura giuridica dell’istituto in esame, ampiamente condizionato da una scelta di favore in capo all’Accusa; giacché tutto il sistema trova la sua ragion d’essere nella accettazione di uno *standard* probatorio inferiore rispetto alla prova, che regola l’accertamento della responsabilità penale.

A tale proposito sarà quindi ben possibile ricorrere a qualunque acquisizione conoscitiva, normalmente tratta dalle indagini penali, ancora una volta senza i limiti della necessità di riscontro probatorio rispetto alle dichiarazioni del collaboratore di giustizia⁴⁴⁷.

La sussistenza di sufficienti indizi si concretizza soprattutto, ma non solamente, nella sproporzione tra il valore dei beni nella disponibilità (diretta o indiretta) del proposto ed i suoi redditi nonché le attività da lui svolte.

La sospetta provenienza dei beni è deducibile anche dall’assenza di proporzionate fonti lecite di guadagno da parte del prevenuto: “*la legge fa derivare dall’attività delinquenziale, in relazione alla notevole sperequazione tra*

⁴⁴⁶ Ex multis cfr. Cass. pen., sez. VI, 17 settembre 2008, in *C.E.D.*, *Rv.* 241607.

⁴⁴⁷ Cass. pen., sez. V, 23 gennaio 1998, n. 258.

tenore di vita desumibile appunto dal valore dei beni da confiscare, e redditi dichiarati o apparenti, una presunzione di provenienza illecita, che può essere superata solo con dimostrazione di segno contrario. Al riguardo non si verifica alcuna inversione dell'onere della prova, perché la legge consente di ritenere la provenienza illegittima dei singoli beni da elementi acquisiti di inequivoca sintomaticità (sproporzione tra tenore di vita e reddito) e non dalla mancata allegazione della loro provenienza legittima, la cui dimostrazione è idonea a contrastare la sintomaticità indicata⁴⁴⁸”.

Non è necessario, inoltre, che sussista un nesso causale tra provenienza illecita del bene ed attività illecita del proposto. Non occorre, dunque, nel provvedimento ablativo, l'individuazione di un nesso causale tra condotta illecita che ha consentito di riconoscere una delle categorie di pericolosità oggi previste dall'art. 4 d.lgs. n. 159/11 ed illecito profitto, essendo sufficiente la dimostrazione dell'illecita provenienza dei beni, qualunque essa sia⁴⁴⁹.

Quanto, infine, all'ipotesi del “reimpiego di beni di provenienza illecita”, qualora un bene risulti frutto di attività illecita saranno soggetti a sequestro e confisca anche gli *incrementi* ovvero il *reimpiego* di somme derivanti da tale bene. Le disposizioni contenute oggi negli artt. 20, comma 2, e 24, comma 1, d.lgs. n. 159/11 si fondano sulla necessità di sottrarre alle persone pericolose, previste dall'art. 4 del d.lgs. n. 159/11, tutte le loro disponibilità che trovino origine diretta o derivata da attività illecita.

In altre parole, il denaro ricavato dall'originario bene proveniente da attività illecita coinvolge e rende illecito il reimpiego dello stesso denaro e, dunque, del bene con esso acquistato; e in tale sviluppo saranno coinvolti tutti i successivi reimpieghi di denaro derivanti da operazioni finanziarie riconducibili al bene illecitamente acquisito in origine.

⁴⁴⁸ Cfr. Cass. pen., sez. V, 28 novembre 1996, n. 5218, mass. 207498, Cass. pen., sez. V, 18 marzo 2002, n. 13797, *Mass. Uff.*, n. 221185 e Cass. pen., sez. V, 12 dicembre 2007, n. 228, *Mass. Uff.*, n. 238871.

⁴⁴⁹ Cass. pen., n. 36762/03; n. 35481/06; n. 47798/08; n. 27228/11.

Una volta adottato il provvedimento di sequestro, in esito al procedimento nel contraddittorio delle parti, il Tribunale dispone la confisca verificando la sussistenza di requisiti ulteriori, che sono rappresentati: a) dalla mancata giustificazione della provenienza illegittima, nel caso di sproporzione; b) dalla necessità che i beni “risultino” essere il frutto o il reimpiego di attività illecite.

Con la riformulazione dell’art. 2 ter l. 1965/75 ad opera della novella del 2008 (ora trasfuso nell’art. 24 cod. antimafia), il legislatore ha specificato i presupposti della confisca, da un lato disponendo che l’onere della giustificazione della provenienza lecita spetta “*alla persona, nei cui confronti è instaurato il procedimento*”⁴⁵⁰, dall’altro sostituendo la precedente espressione “sufficienti indizi” con quella per cui i beni “*risultino essere frutto di attività illecite, o ne costituiscano il reimpiego*”.

L’attuale dettato normativo disegna un meccanismo probatorio diverso, perché, mentre nel caso di sproporzione opera la c.d. inversione dell’onere della prova, nel caso di frutto o reimpiego quello che al momento del sequestro era la sufficienza indiziaria si deve trasformare in prova (“risulta” frutto o reimpiego). Il che comporta la necessità che nel corso del procedimento siano acquisiti ulteriori elementi, o su iniziativa del P.M., o ricercati d’ufficio dal Tribunale, idonei a consentire tale più elevata soglia probatoria. È evidente comunque che l’atteggiamento difensivo del prevenuto potrà indurre il Tribunale a ritenere provato ciò che al momento del sequestro appariva soltanto sospettato (indiziariamente), così attribuendo all’interessato anche in tale ipotesi un significativo onere di allegazione.

Prima della novella parte della dottrina e un indirizzo minoritario della giurisprudenza⁴⁵¹ ritenevano che l’art. 2 ter contemplasse un’inversione dell’onere

⁴⁵⁰ Mentre prima la norma richiedeva “*la confisca dei beni sequestrati di cui non sia stata dimostrata la legittima provenienza*”.

⁴⁵¹ Cass. pen., 3 aprile 1995, in *Riv. pen.*, 1996, p. 526; Cass., 19 agosto 1987, n. 2948, in *C.E.D. Rv.* 176571.

della prova, così disconoscendo la valenza del diritto al silenzio, espressione del diritto di difesa e della presunzione di innocenza.

In base all'indirizzo maggioritario e più garantista della Suprema Corte, invece, la norma in esame prevede soltanto un onere di allegazione in capo al prevenuto, dovendo essere le prove raccolte dall'Accusa⁴⁵².

Nonostante tale lettura ermeneutica la dottrina⁴⁵³ ha mostrato perplessità sul profilo del rispetto del principio di presunzione di innocenza, “*evidenziando il timore che il silenzio del prevenuto consentisse di attribuire dignità probatoria a indizi in sé insufficienti, il tutto in violazione del principio in dubio pro reo*”.

Dopo la novella legislativa la giurisprudenza pare assestarsi nel senso più garantistico, richiedendo l'accertamento in “*termini di certezza o elevata probabilità*” in ordine all'origine illecita dei beni da confiscare⁴⁵⁴.

In senso critico si è tuttavia osservato che la disposizione continui a contemplare in via alternativa la prova della sproporzione o quella della provenienza illecita (dato l'utilizzo della formula “*nonché*”): in senso più garantistico si propone, come parte della giurisprudenza già richiede⁴⁵⁵, una richiesta congiunta di tali elementi, giacché più in linea con il principio di presunzione di innocenza⁴⁵⁶.

Occorre altresì evidenziare che nel caso in cui i beni oggetto della primaria pretesa ablativa risultino dispersi o trasferiti legittimamente a terzi di buona fede, il Pacchetto sicurezza del 2008, ora riprodotto in *parte qua* nell'art. 25 cod. antimafia, introduce il sequestro e la successiva confisca per equivalente. La possibilità di colpire beni intrinsecamente leciti in luogo di quelli *latu sensu*

⁴⁵² A.M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?* in O. MAZZA-F. VIGANO' (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 129.

⁴⁵³ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., Giuffrè, Milano, 2001, pp. 377 e ss.

⁴⁵⁴ G. NANULA, *La lotta alla mafia. Aggiornamento al nuovo codice delle leggi antimafia d.l.g.s 159/2011*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 49.

⁴⁵⁵ Ex multis, cfr. Cass. pen., 20 novembre 1998, n. 5760.

⁴⁵⁶ A.M. MAUGERI, op.cit.

riferibili all'attività criminosa del soggetto attinto dalla misura, amplifica le problematiche relative alla legittimità di tale previsione, e acuisce le criticità legate alla tutela dei terzi, titolari di diritti parziari o di credito legati a tali beni.

3.3. La compatibilità delle misure di prevenzione nel sistema costituzionale.

Tratteggiati i meccanismi di funzionamento del modello normativo, va ora approfondito il tema della sua legittimazione costituzionale.

Come già anticipato all'inizio della trattazione, le misure di prevenzione non trovano un esplicito riconoscimento costituzionale.

L'entrata in vigore della Costituzione, pertanto, mise in luce un vuoto normativo⁴⁵⁷, di fronte al quale la dottrina ha cercato di individuare nella *Grund norm* dei referenti che comunque potessero legittimare il sistema preventivo.

La questione, invero, si è posta sia con riferimento alle misure patrimoniali, che a quella personali. Per quanto concerne le prime, parte della dottrina si è pronunciata in senso positivo circa la compatibilità delle stesse rispetto al dettato costituzionale, in quanto verrebbero a incidere su un bene, quale è il patrimonio, per il quale si pongono esigenze di garanzia meno stringenti, rispetto alla libertà personale.

Più in particolare, il fondamento costituzionale delle misure patrimoniali viene individuato nell'art. 41, il quale pone come limite all'esercizio dell'iniziativa economica privata la tutela della sicurezza, della libertà e della dignità umana, ammettendo forme di controllo legislativo in funzione di indirizzo e

⁴⁵⁷ G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig.pen.*, IV ed., VIII, Utet, Torino, 1994, pp. 109 e ss.

coordinamento a scopi sociali, e ancora nell'art. 42 che, come noto, sancisce il diritto proprietà ma nei limiti della funzione sociale.

Di qui la posizione della dottrina secondo cui le misure di prevenzione patrimoniale *“sono indispensabili per dare attuazione all'art. 41 della Costituzione, che garantisce la libertà di iniziativa economica non solo nella sua dimensione orizzontale, cioè nei rapporti con i pubblici poteri, ma anche nella sua dimensione orizzontale, come possibilità concessa a ciascun operatore di accedere al mercato in condizioni di parità, esplicando le proprie capacità imprenditoriali senza che le altrui condotte illecite possano comprometterne la piena estrinsecazione⁴⁵⁸”*.

Invero, la Corte Costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi sulla legittimità delle misure patrimoniali, investita della questione di legittimità costituzionale dell'art. 708 c.p., proprio con riferimento all'art. 42 Cost.; in quell'occasione ha ritenuto la costituzionalità della norma citata, in quanto, al pari delle misure antimafia, *“tendeva a fare conseguire ai soggetti privati l'unico possibile corretto significato del diritto di proprietà, invocato con il riferimento alla norma parametro⁴⁵⁹”*.

Anche la giurisprudenza di legittimità ha ribadito la copertura costituzionale del sistema di prevenzione, sul rilievo che *“non si tratterebbe di presumere la colpevolezza di un soggetto, ma la illiceità del patrimonio⁴⁶⁰”*.

In senso più garantistico, deve tuttavia osservarsi che il diritto di proprietà non rappresenta un “diritto minore”, giacché si lega al diritto di libertà personale (art. 13 Cost), dovendo quest'ultimo essere inteso non solo come “integrità fisica”

⁴⁵⁸ A. BALSAMO, *Le misure di prevenzione patrimoniali come modello di “processo al patrimonio” Il rapporto con le misure di prevenzione personali*, in BALSAMO-CONTRAFFATTO-NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 34 e ss.; F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12 sexies l. n. 356/92*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 23 e ss.

⁴⁵⁹ Corte cost. 19 novembre 1992, n. 464, in *Cass. Pen.*1993, pp. 1632. Quattro anni dopo tuttavia (Corte Cost. 2 novembre 1996, n. 370) ha dichiarato l'illegittimità costituzionale del predetto articolo.

⁴⁶⁰ Cass. pen., Sez. Un. Montella sull'art. 12 sexies, 19 gennaio 2004, n. 920.

ma anche come dignità e prestigio della persona⁴⁶¹. Ed è innegabile che l'aggressione del patrimonio rappresenti una menomazione di tali valori.

Inoltre, se è vero che il legislatore ordinario può ai sensi dell'art. 42 Cost. limitare il diritto di proprietà per scopi di interesse generale, è anche vero che tale compressione può giustificarsi solo nel rispetto del principio di *proporzione*.

Orbene, non potrebbe a tal proposito legittimarsi il sacrificio di un diritto costituzionalmente garantito sulla base di una mera presunzione di pericolosità del proprietario⁴⁶²; si tratterebbe di una misura fondata sul mero sospetto della commissione di precedenti reati; mancherebbe dunque la prova della pericolosità della cosa o la sua derivazione da un delitto, tale da giustificarne la funzione preventiva; e, qualora la si considerasse come una pena, difetterebbe il presupposto essenziale della condanna.

Inoltre la misura ha ad oggetto non un patrimonio pericoloso perché destinato a scopi illeciti, ma un compendio che si presume tale perché appartenente a persona pericolosa: con conseguente criticità rispetto al parametro della proporzione.

La dottrina⁴⁶³ ha pertanto mostrato fin dall'introduzione del sistema prevenzionistico una certa diffidenza, giacché si sarebbero introdotte, al di là delle qualificazioni formali, delle vere e proprie "pene del sospetto", applicate in assenza di prove di reità.

Si evidenzia altresì in chiave critica la frizione con altri principi costituzionali⁴⁶⁴, come la presunzione di innocenza (art. 27 Cost.), il diritto di difesa (art. 24 Cost.)⁴⁶⁵, e, in accoglimento della tesi della natura di sanzione

⁴⁶¹ C. CUPELLI E G. D. SANTIS, *L'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all'economia illecita*, in *Sequestro e Confisca*, a cura di M. Montagna, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 113 e ss.

⁴⁶² G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig.pen.*, IV ed., VIII, Utet, Torino, 1994 pp. 109 e ss.; A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 674 e ss.

⁴⁶³ G. FIANDACA, op.cit.

⁴⁶⁴ C. CUPELLI E G. D. SANTIS, op.cit.

⁴⁶⁵ Tale tesi ritiene che operi un vero e proprio onere della prova, con una vera e propria *probatio diabolica* consistente nella ricostruzione da parte del destinatario della propria "storia" patrimoniale.

penale della confisca, del principio di legalità, sub specie di irretroattività (art. 25 co. 2 Cost) e del divieto di *ne bis in idem*, come sarà approfondito nel prosieguo.

Ancora più controverso si palesa il rapporto tra le misure personali e il sistema costituzionale, venendo le prime a incidere su libertà fondamentali, quali la libertà personale e la libertà di circolazione, e ciò a prescindere dalla previa commissione di un reato.

Invero, sul punto si riscontrano differenti orientamenti dottrinali.

Un orientamento, decisamente minoritario⁴⁶⁶, nega in radice la costituzionalità delle misure la cui applicazione prescinda dalla commissione di un reato. Esse sarebbero infatti contrarie al principio di presunzione di innocenza (art. 27 co. 2 Cost.) e non troverebbero quindi alcuna copertura costituzionale.

Più accreditata risulta la lettura del sistema della prevenzione personale alla luce della interpretazione sistematica degli artt. 13 e 16 della Costituzione.

Ben vero, l'art. 16 autorizza misure limitative della libertà di circolazione solo di carattere generale - applicate quindi a prescindere dalla pericolosità di singoli individui - quando sussistano esigenze di sicurezza o di sanità pubblica; sotto tale paradigma, non sarebbe pertanto possibile legittimare le misure personali. Le stesse invece possono essere ricondotte nell'ambito della previsione dell'art. 13 Cost., che consente limitazioni della libertà personale (alla quale possono in via estensiva essere ricondotte le prescrizioni della misura di prevenzione personale) soltanto nei casi previsti dalla legge e con provvedimento dell'autorità giudiziaria: consentendo così tali limitazioni, subordinate alla riserva di legge e a quella di giurisdizione⁴⁶⁷.

Altro orientamento ricerca invece un fondamento autonomo alle misure di prevenzione personale; nel ricondurle alle misure di sicurezza, ritrova il

⁴⁶⁶ L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano, 1962; CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione. Aspetti teorici e prospettive di riforma*, in A.A. VV., *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di G. Fiandaca e S. Costantino, Milano p. 139.

⁴⁶⁷ A. BARBERA, *Principi costituzionali della libertà personale*, Milano, 1967.

fondamento costituzionale nella previsione di cui all'art. 25 co. 3 che ne consente l'applicazione nel rispetto della riserva di legge⁴⁶⁸.

Ancora, un altro indirizzo dottrinale⁴⁶⁹ invoca a sostegno della legittimità delle misure di prevenzione, l'art. 2 della Costituzione, secondo cui “*la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili dell'uomo*”. Tale disposizione, infatti, imporrebbe al legislatore di apprestare una tutela non già solo successiva, in chiave repressivo-punitiva, ma ancor prima preventiva dei diritti fondamentali.

Non manca infine chi ne ravvisa il fondamento negli artt. 30, 32 e 38 Cost., osservando che dovrebbe trattarsi di misure ispirate non a una restrizione della libertà personale, bensì più a una logica assistenziale- curativa⁴⁷⁰.

La copertura costituzionale dell'applicazione di tali misure sarebbe quindi necessariamente legata alla riserva di legge e a quella di giurisdizione, con evidente frizione rispetto al dettato costituzionale della possibilità, tutt'ora prevista dall'ordinamento, di applicazione da parte dell'autorità amministrativa della misura di prevenzione del foglio di via obbligatorio.

Opposto orientamento ermeneutico ritiene invece che le misure di prevenzione personali contrastino con le garanzie costituzionali, in quanto la punibilità può e deve essere legata soltanto alla previa commissione di un fatto di reato, cui segue l'applicazione della sanzione⁴⁷¹.

Si ritiene, invero, che in senso contrario non possa nemmeno invocarsi l'art. 13 della Costituzione, norma la cui interpretazione non può prescindere da quanto sancito dalle disposizioni costituzionali di cui agli articoli 25 e 27 Cost: sulla base

⁴⁶⁸ G. AMATO, *Poteri di polizia e potere del giudice nelle misure di prevenzione*, Il Mulino, Bologna, 1974.

⁴⁶⁹ Cfr. P. NUVOLONE, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione* in *Enc. Dir.*, 1976, p. 634.

⁴⁷⁰ F. BRICOLA, *Forme di tutela “ante-delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, Milano, 1975.

⁴⁷¹ Cfr. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Jovene, Napoli, 1966; ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Milano 1962; BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione (Atti del convegno di Alghero)*, Milano, 1975; G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (Profili sostanziali)* op. cit.

di una loro interpretazione sistematica, infatti, deriva che la disciplina di cui all'art. 13 può trovare applicazione per quelle ipotesi di restrizione della libertà personale, che trovano a loro volta fondamento in altre disposizioni costituzionali, quali l'art. 25 c. 2 e 3. Queste ultime norme contemplano solo le pene e le misure di sicurezza. A sostegno di tale impostazione ermeneutica, viene invocato anche il principio di presunzione di non colpevolezza⁴⁷², di cui all'art. 27 co. 2 Cost., che impone l'accertamento dei fatti in termini di certezza.

Ebbene sulla compatibilità costituzionale ha avuto modo di pronunciarsi più volte la Corte Costituzionale.

Sul punto, va *in primis* citata la sentenza n. 2 del 1956, che ha affermato la necessità di giurisdizionalizzazione del procedimento applicativo delle misure limitative della libertà personale, l'obbligo di motivazione del provvedimento, l'operatività del diritto di difesa e la necessità che il provvedimento venga adottato sulla base di fatti e non di meri sospetti.

Più chiaramente, la Corte Costituzionale ha asserito la legittimità del sistema delle misure di prevenzione⁴⁷³ rispetto agli artt. 13, 16, 17 e 25 co.3 della Costituzione, evidenziando la necessità di un sistema preventivo che garantisca, accanto a quello repressivo, l'ordinato e pacifico svolgimento dei rapporti tra i cittadini. Ciò a condizione però che siano rispettati il principio di legalità e le garanzie giurisdizionali.

Analogo principio è stato confermato nelle successive pronunce, nelle quali sono state progressivamente individuate le differenze tra le pene in senso stretto e le misure di sicurezza.

In particolare, i giudici costituzionali hanno messo in evidenza come i criteri ispiratori della normativa in materia di misure di prevenzione dovevano essere diversi da quelli utilizzati nella redazione delle fattispecie incriminatrici. In

⁴⁷² P.M. CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione, Aspetti teorici e prospettive di riforma*, in AA. VV., *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di G. Fiandaca e Ss. Costantino, Milano, 1986, p. 140.

⁴⁷³ Corte cost., 5 maggio 1959, n. 27.

tale materia, infatti, il legislatore può fare “*riferimento anche ad elementi presuntivi, sempre corrispondenti però a comportamenti obiettivamente identificabili. Il che non vuol dire minor rigore, ma diverso rigore nella previsione e nell’adozione delle misure di prevenzione, rispetto alla previsione dei reati e all’irrogazione delle pene*”⁴⁷⁴.

In senso contrario - invece - la sentenza n. 177 del 1980, con la quale è stato stigmatizzato l’art. 1 n. 3 della legge 1423/56, laddove indicava “coloro che, per le manifestazioni cui abbiano dato luogo, diano fondato motivo di ritenere che siano proclivi a delinquere”, quali soggetti destinatari di una delle misure di prevenzione previste dalla legge. Si è, infatti, ravvisata la violazione del principio di legalità di cui agli articoli 13 e 25 c.3 della Costituzione: In sentenza si è asserito che “*la legittimità costituzionale delle misure di prevenzione – in quanto limitative a diversi gradi di intensità, della libertà personale, è necessariamente subordinata all’osservanza del principio di legalità e all’esistenza della garanzia giurisdizionale. Si tratta di due requisiti essenziali ed intimamente connessi, perché la mancanza dell’uno vanifica l’altro, rendendolo meramente illusorio*”.

Amnesso, quindi, il sistema delle misure di prevenzione, vengono individuati dei principi cardine ai quali il legislatore deve attenersi, quali il principio di legalità e quello della garanzia giurisdizionale. Il primo “*lo si ancori all’art. 13 ovvero all’art. 25, c. 3 della Costituzione, implica che l’applicazione della misura, ancorché legata, nella maggioranza dei casi, ad un giudizio prognostico, trovi il presupposto necessario in fattispecie di pericolosità previste dalla legge*”; il secondo è comunque strettamente correlato al primo, in quanto “*l’intervento del giudice (e la presenza della difesa, la cui necessità è stata affermata senza riserve) nel procedimento per l’applicazione delle misure di prevenzione non avrebbe significato sostanziale se non fosse preordinato a*

⁴⁷⁴ Corte cost., n. 45 del 1960; Corte cost., 23 marzo 1964, nn. 23, in *Giur. cost.*, 1964, p. 193; Corte cost., 30 giugno 1964, n. 68, in *Giur. cost.*, 1964, p. 193.

garantire, nel contraddittorio tra le parti, l'accertamento di fattispecie legali predeterminate⁴⁷⁵".

Ed ancora: *"quali manifestazioni vengano in rilievo è rimesso al giudice (e, prima di lui, al pubblico ministero ed alla autorità di polizia proponenti e segnalanti) già sul piano della definizione della fattispecie, prima che su quello dell'accertamento. I presupposti del giudizio di proclività a delinquere non hanno qui alcuna autonomia concettuale dal giudizio stesso. La formula legale non svolge, pertanto, la funzione di un'autentica fattispecie, di individuazione, cioè del caso (come vogliono sia l'art. 13 che l'art. 25 comma 3), ma offre agli operatori uno spazio di incontrollabile discrezionalità".*

Sul versante della garanzia giurisdizionale, la Corte ritiene conforme a Costituzione quel sistema preventivo, che preveda un procedimento celebrato nel contraddittorio delle parti, all'esito del quale si giunga a un obiettivo accertamento delle fattispecie di pericolosità normativamente predeterminate.

Un cenno merita anche la pronuncia n. 419/94, in cui torna l'ancoraggio costituzionale delle misure in parola nell'art. 13 Cost.

Come evidenziato dalla dottrina⁴⁷⁶, si evince in tali pronunce lo sforzo della Consulta nell'ammettere la legittimità del sistema preventivo, purché sia rispettoso dei principi costituzionali, tra cui quello di determinatezza di cui all'art. 25 co. 2 Cost.

È tuttavia possibile sostenere che il sistema normativo contempli ancora categorie soggettive di pericolosità sociale alquanto evanescenti, descritte dall'art. 1 sub lett. a), b) e c) Codice Antimafia, che richiamano categorie espressive più di un "diritto penale d'autore" che del fatto, in difficile equilibrio rispetto ai principi di tassatività e offensività. Riferirsi infatti a *"soggetti abitualmente dediti a traffici*

⁴⁷⁵ Corte cost., 22 dicembre 1980 n. 177, in *Giur. Cost.* 1980, 1546. Per un'attenta analisi, G.P. DOLSO; *Misure di prevenzione e costituzione*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di F. FIORENTIN, Torino, 2007, pp. 15 e ss.

⁴⁷⁶ F. MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in *Dir. pen. Cont., riv.trim.*, 2-2016. A. D. LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Arch.pen.* n. 1-2017 p. 12.

delittuosi” o “*che vivono abitualmente con i proventi di attività delittuose*” o che “*sono dediti alla commissione di reati*” di un certo tipo, significa richiamare categorie sociologiche rispetto alle quali diventa arduo l’accertamento in concreto e correlativamente assai difficile l’esercizio del diritto di difesa.

Recentemente il dibattito sulla portata del principio di determinatezza nell’ambito del sistema delle misure di prevenzione, è stato animato da un intervento della Grande Camera della Corte EDU del 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, sul quale ci si soffermerà nel prosieguo.

4. La natura giuridica della confisca di prevenzione.

Il dibattito sulla natura giuridica della confisca ha investito anche quella di prevenzione, che costituisce un modello peculiare rispetto alle altre forme di ablazione conosciute dall’ordinamento.

L’esigenza di definirne la natura giuridica è legata alle rilevanti conseguenze giuridico-pratiche che derivano dall’affermazione della natura preventiva o sanzionatoria della stessa.

Infatti, la sua qualificazione si riflette sulla questione della *retroattività* o meno della misura e dell’eventuale necessità di una correlazione temporale tra la pericolosità e l’acquisito del bene. Più in particolare, la sussunzione della confisca di prevenzione nell’ambito delle misure di sicurezza comporterebbe l’applicabilità alle stesse del principio del “*tempus regit actum*” di cui all’art. 200 c.p. Se, invece, le si riconoscesse natura sanzionatoria, si dovrebbe applicare alla confisca il principio di irretroattività, sancito dall’art. 11 preleggi e dall’art. 2 c.p., nonché dall’art. 25 Cost.

Orbene, parte della dottrina riconosce alla confisca di prevenzione natura preventiva, avente la funzione di “*sottrarre ricchezza nelle mani di chi può continuare ad usarla per produrre altra ricchezza attraverso la perpetrazione dell’attività delinquenziale*”. Tale impostazione viene sostenuta evidenziando l’applicazione *praeter delictum* della misura, prescindente da un precedente reato e da una condanna penale; la platea dei destinatari, potendo la misura attingere anche beni di soggetti terzi formali intestatari nella disponibilità del proposto; infine si appunta l’attenzione sull’oggetto del provvedimento ablatorio, che investe beni “pericolosi” in sé, a prescindere dalla commissione di un reato⁴⁷⁷.

Altri autori ne ravvisano invece una funzione sanzionatoria, perché non guarderebbe al “futuro” in un’ottica di prevenzione di futuri illeciti, quanto al “passato”, alla stessa stregua delle pene, sottraendo in capo all’interessato beni di provenienza illecita meramente indiziaria. Si atteggierebbe, così, ad una vera e propria “pena” del sospetto. La confisca viene infatti disposta non in base al sospetto di commissione futura di reati, bensì sulla base di “comportamenti pregressi che hanno già dato luogo ad illeciti”; l’inquadramento sistematico da parte del legislatore nell’ambito delle misure di prevenzione non perseguirebbe altra ratio se non quella di svincolare la misura dal rigore probatorio proprio del processo penale circa la provenienza illecita dei beni, con la sufficienza di uno *standard* meramente indiziario, fugando il rischio di censure di incostituzionalità⁴⁷⁸.

⁴⁷⁷ G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)* in *Dig.disc.pen.*, cit, Utet, Torino, 1994, p. 108; C. VISCONTI – G. FIANDACA, *Presupposti teorici e politico-criminali di una proposta di modello europeo di “confisca allargata” nell’ambito della criminalità organizzata*, in AA.VV., *Towards a european Criminal Law against Organised Crime*, a cura di V. Militello e B. Huber, Milano- Freiburg, 2001, p. 225.

⁴⁷⁸ F. BRICOLA, *Forme di tutela “ante delictum” e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione*, atti del IX Convegno “Enrico De Nicola”, Milano, 1975; A. MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale tra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2001, pag. 386 e ss.; A. M. MAUGERI, *Le misure di prevenzione patrimoniali*, in *Commentario breve alle leggi penali complementari*, a cura di F. PALAZZO- C. PALIERO, Padova, 2007; A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 526.

Presupposto comune tra la confisca e le misure di sicurezza sarebbe proprio il giudizio di pericolosità sociale attuale. Tuttavia, sganciata l'applicazione della misura patrimoniale dalla persistenza dello status di pericolosità sociale e quindi dall'attualità della pericolosità dopo le riforme del 2008 - 2009, vengono meno i presupposti che giustificerebbero la riconduzione della confisca alla categoria delle misure di sicurezza, risultandone sicuramente meno comprensibile la funzione preventiva.

Il primo indirizzo giurisprudenziale rintracciabile è rappresentato dalla ben nota sentenza Simonelli⁴⁷⁹, risalente al periodo antecedente all'introduzione del principio di applicazione disgiunta, e secondo la quale la confisca *ex art. 2 ter l. 575/1965* non aveva né natura preventiva né carattere sanzionatorio di natura penale⁴⁸⁰.

Essa veniva, invece, ricondotta nell'ambito di quel "*tertium genus*", a metà strada tra la sanzione penale e la misura di sicurezza, costituito da una sanzione amministrativa, equiparabile, quanto al contenuto ed agli effetti, alla misura di sicurezza di cui all'art. 240 c.p., comma 2⁴⁸¹. Si escludeva, quindi, l'ascrivibilità della confisca di prevenzione sia al *genus* della "pena" in senso stretto, giacché *ante delictum*, sia a quello proprio delle misure di prevenzione, in quanto avente ad oggetto una ricchezza originata da (presuntiva) pregressa attività illecita.

L'equiparazione della confisca di prevenzione ad una misura di sicurezza, conduceva alla possibilità di applicare l'art. 200 c.p., secondo cui "*le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione*",

⁴⁷⁹ Cass. pen., Sez. Un., 3 luglio 1996 (dep. 17 luglio 1996), n. 18, Simonelli e altri, in *Cass.pen.*, 1996, p. 3609; Cass. pen., sez. II, 31 gennaio 2005, n. 19914, Rv. 231873.

⁴⁸⁰ Si ricordano tuttavia pronunce che ne evidenziano il carattere formalmente e sostanzialmente afflittivo, senza prendere tuttavia una posizione netta: cfr. Cass. pen., 21 gennaio 1991, in *Giur.it.* 1992, II, p. 299.

⁴⁸¹ *In quanto la ratio dei provvedimenti in esame- adottabili nell'ambito del procedimento di prevenzione- siccome diretta a colpire beni e proventi di natura presuntivamente illeciti (sussistendo ovviamente i presupposti di legge) per "escluderli dal circuito economico", si ricollega, seppur con un ambito di estensione non identico, alle ipotesi previste dal citato art. 240 c.p. cpv. nn. 1 e 2 che, com'è noto, prescindono da una condanna- da un'affermazione di responsabilità in sede penale- con la conseguente applicabilità anche nel caso di proscioglimento, quale che sia la formula (art. 205 c.p.).*

potendosi così confiscare anche i beni acquistati prima dell'entrata in vigore della l. 646/82.

Il supremo Consesso argomentava tale inquadramento giuridico sulla base della *ratio* del provvedimento ablatorio, osservando che la confisca “è diretta, a differenza della misura di prevenzione personale, a sottrarre definitivamente i beni alla disponibilità dell'indiziato di appartenenza ad associazione di tipo mafioso...”.

L'istituto non era ritenuto in contrasto con l'art. 2 c.p., il quale, pacificamente, si riferisce alle pene previste per un determinato reato e non alle misure di sicurezza.

Nonostante il venir meno del rapporto di accessorietà, continuava a risultare prevalente l'orientamento⁴⁸² che riconduceva la confisca al *tertium genus*, richiamando a suo sostegno la *ratio* dell'istituto, rappresentata dalla volontà di eliminare dal circuito economico beni nella disponibilità di un soggetto di presunta appartenenza mafiosa per evitare che l'utilizzo del detto bene producesse ricchezza inquinata⁴⁸³.

Successivamente, pur richiamando i caratteri della confisca come *tertium genus*, la giurisprudenza, con la sentenza Ferrara⁴⁸⁴, arrivò ad affermarne la natura preventiva, sul rilievo che la riforma, nel concentrare l'attenzione sulla pericolosità del bene, connessa direttamente alle modalità di acquisto dello stesso (e non sulla persona), non avrebbe mutato la natura della confisca, che può continuare ad essere ancora ritenuta priva di carattere sanzionatorio di natura penale. Ancora, “l'affrancamento dall'attualità della pericolosità del proposto non ha comportato alcun riassetto teleologico dell'istituto, quanto, semmai, un rafforzamento dell'efficacia rispetto all'originario fine. Ed invero, l'interesse pubblico all'eliminazione dal circuito economico di beni di sospetta illegittima

⁴⁸² Cass. pen., sez. I, 17 maggio 2013, n. 39204, in *C.E.D.*, Rv. 256141.

⁴⁸³ Dunque si ammetteva la possibilità di applicare retroattivamente la disciplina introdotta dal d.l. n. 92/08 e dalla l. n. 94/09, ai patrimoni cioè illecitamente acquisiti in epoca antecedente all'entrata in vigore delle nuove disposizioni.

⁴⁸⁴ Cass. pen., 23 settembre 2013, in *Mass. Uff.*, n. 256141.

provenienza, per l'appartenenza del titolare ad associazioni di tipo mafioso, sussiste per il solo fatto che quei beni siano andati ad incrementare il patrimonio del soggetto”.

Sulla base di tali rilievi, i giudici hanno dunque ravvisato che la *ratio* del provvedimento ablatorio consiste nel sottrarre al soggetto beni di presunta “origine illecita” e che pertanto, rappresentano un fattore di inquinamento del mercato, indipendentemente da valutazioni sulla pericolosità criminale di colui che ne abbia la titolarità o disponibilità⁴⁸⁵. Anche prima delle riforme, infatti, la confisca di prevenzione trova il suo fondamento nella *pericolosità reale*, connessa a sua volta all’origine illecita dei beni, più che alla pericolosità sociale.

In aperto contrasto con tale orientamento, rimanendo peraltro un indirizzo pressoché isolato, si registra la sentenza Occhipinti⁴⁸⁶, che riconosce natura “oggettivamente sanzionatoria” alla confisca antimafia, con la conseguente inammissibilità di ogni applicazione retroattiva.

Secondo tale orientamento, a fronte delle modifiche intervenute nel 2008-2009, non sarebbe più possibile equiparare la confisca di prevenzione ad una misura di sicurezza, dovendo invece questa essere ricondotta nell’alveo delle sanzioni penali, in quanto è venuto meno il comune presupposto rappresentato dal giudizio di pericolosità sociale attuale. La confisca costituiva una vera e propria misura preventiva, solo se e fino a quando se ne fondava l’applicazione su un giudizio di pericolosità sociale di cui si richiedeva l’attualità. Tale presupposto applicativo, infatti, era volto ad evitare che il soggetto pericoloso disponesse di uno strumento utile al proseguimento dell’attività criminosa; in questo senso si giustificava l’applicazione del regime giuridico intertemporale di cui all’ art. 200 c.p.

⁴⁸⁵ A.M. MAUGERI, *Le Sezioni unite devono prendere posizione: natura giuridica della confisca antimafia: l’applicabilità del principio di irretroattività; la necessità della “correlazione temporale”*. Nota a Cass., pen., sez. VI, ord. 30 gennaio 2014 (dep. 11 marzo 2014), in *Dir.pen.cont., riv.trim.* 7 aprile 2014, p. 8.

⁴⁸⁶ Cass. pen., sez. V, 13 novembre 2012, n. 14044, in *C.E.D. Rv.* 255043.

Tuttavia, sganciata l'applicazione della misura patrimoniale dalla persistenza dello *status* di pericolosità sociale, si potevano ritenere venuti meno i presupposti che giustificavano la riconduzione della confisca alla categoria delle misure di sicurezza o comunque al *tertium genus* equiparabile⁴⁸⁷.

La sentenza Occhipinti attribuisce pertanto natura sanzionatoria alla confisca di prevenzione, applicando la nozione *sostanzialistica* di pena fatta propria dalla giurisprudenza EDU, che impone di accertare la natura della sanzione, prescindendo dalla sua qualificazione formale, con conseguente applicazione delle garanzie proprie della materia penale sancite dagli artt. 6 e 7 CEDU, e in particolare del principio di irretroattività.

Tale pronuncia tuttavia mette in discussione la compatibilità del sistema di prevenzione patrimoniale con le norme costituzionali e della CEDU, giacchè opera un *“sacrificio dei diritti riconosciuti dagli artt. 41 e 42 Cost. sulla base di un mero dato di per sé indiziario, costituito dalla sproporzione tra valore dei beni e redditi o attività economica, in presenza, non di una condanna, ma di una mera pericolosità tratta da indizi o da giudizi probabilistici che minano la garanzia giurisdizionale effettiva richiesta dalla Corte Europea⁴⁸⁸”*.

Come ha sottolineato attenta dottrina⁴⁸⁹, non basta affermare l'applicabilità del principio di irretroattività per suggellare la legittimità costituzionale della misura *de qua*, in quanto si tratterebbe di una pena senza condanna o comunque senza l'accertamento del fatto che ha dato origine alla sanzione, se non in termini di giudizio indiziario di pericolosità sociale. Ciò determinerebbe un inaccettabile *vulnus* non soltanto al diritto di proprietà ma anche alle libertà di iniziativa

⁴⁸⁷ A.M. MAUGERI, *La confisca misura di prevenzione ha natura “oggettivamente sanzionatoria” e si applica il principio di irretroattività: una sentenza storica?* In *Dir.pen.cont.*, riv. trim., n. 4-2013 pag. 352.

⁴⁸⁸ F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, op. cit., p. 344.

⁴⁸⁹ A. M. MAUGERI, *Le Sezioni Unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività; la necessità della “correlazione temporale”*. Commento in margine a Cass. pen., Sez. VI, ord. 30 gennaio 2014 (dep. 11 marzo 2014), n. 11752, Pres. Garribba, rel. Paternò Raddusa, Ric. Spinelli e altri in *Dir.pen. cont.* n. 2-2014.

economica di cui agli artt. 41 e 42 Cost., oltreché ai principi convenzionali (art. 1 Prot. 1 CEDU).

Del resto, si è sul punto osservato che la Corte europea, come si vedrà nel prosieguo, ha riconosciuto la compatibilità con la CEDU delle misure di prevenzione negandone la natura sanzionatoria sul presupposto della valutazione di pericolosità sociale del destinatario; venendo meno del tutto la pericolosità sociale - come affermato nella pronuncia Occhipinti - occorrerebbe verificare se la Corte EDU confermi tale giudizio⁴⁹⁰.

Il tema della natura giuridica della confisca di prevenzione si riflette sulla questione se sia o meno necessario accertare una *correlazione temporale* tra l'acquisto dei beni e la manifestazione della pericolosità sociale.

Sul punto, l'orientamento risalente della Suprema Corte richiedeva il positivo accertamento della correlazione temporale⁴⁹¹; quello tuttavia prevalente anche dopo le modifiche 2008- 2009 prescindeva da tale necessità, consentendo di apprendere anche beni acquisiti in epoca antecedente alle manifestazioni di pericolosità del prevenuto⁴⁹². Ciò sulla base di una assimilazione della confisca di prevenzione alla confisca allargata (art. 12 sexies d.l. n. 306/1992 conv. dalla l. n. 356/92)⁴⁹³, che costituirebbe una specificazione della prima.

Tale indirizzo è stato accolto anche dalla citata sentenza Occhipinti, con un'accentuazione della natura sanzionatoria della confisca in esame. La rilevata frizione con i principi costituzionali in tema di tutela del diritto di proprietà (art. 42 Cost.) tuttavia si è ritenuta superata dalla previsione della possibilità di prova contraria offerta al prevenuto sulla legittima provenienza dei beni.

⁴⁹⁰ A.M. MAUGERI, *Le Sezioni Unite*, cit.

⁴⁹¹ Cass. pen., 23 marzo 2007, n. 18822, in *C.E.D.* 236920.

⁴⁹² Ex multis, cfr. Cass. pen., 11 dicembre 2012 n. 2634, in *C.E.D.* 254250.

⁴⁹³ Così, sul punto Cass. pen., sez. V, 22 marzo 2013 n. 3538, in *C.E.D.* 258656; Cass. pen., sez. I, 4 giugno 2009, n. 35175, in *C.E.D.* 24536; Cass. pen., Sez. I, 29 maggio 2009, n. 35466, in *C.E.D.* 244827; Cass. pen., sez. II, 16 aprile 2009, n. 25558 in *C.E.D.* 244150; Cass. pen., sez. II, 8 aprile 2008, n. 21717, in *C.E.D.* 24051; in tali pronunce si mette in evidenza che l'aggregare i beni del proposto indipendentemente da ogni legame "pertinenziale" e temporale con la pericolosità si tradurrebbe in una vera e propria sanzione penale, in contrasto con i principi costituzionali e convenzionali (art. 42 Cost. e art.1 Prot. 1 CEDU).

Tale approdo trova la propria giustificazione logico - giuridica sul dato sociologico secondo cui l'accertata appartenenza a consorteria organizzata riflette uno stile di vita *“la cui origine non si è ritenuto che possa farsi coincidere con la data del riscontro giudiziario, essendo, evidentemente, maturato – per precise scelte esistenziali – anche in epoca antecedente, sia pure non determinata ... Anche la confisca di prevenzione, perciò, sembra poter legittimamente riguardare beni privi di concreto collegamento con i fatti giustificativi della misura, ed ispirarsi alla generale finalità di escludere che un soggetto possa ricavare qualsivoglia beneficio economico da attività illecite...⁴⁹⁴”*.

L'orientamento prevalente - anche prima delle riforme - negando⁴⁹⁵ la necessità di una correlazione temporale tra la manifestazione pericolosità sociale ed il momento di acquisto dei beni da parte del proposto, consentiva l'applicazione della confisca anche a quei beni acquisiti prima che si concretizzasse la sua pericolosità, essendo la stessa volta a sottrarre i beni al circuito criminale e colpire l'intero patrimonio in base alla presunzione di origine illecita⁴⁹⁶. Del resto, anche la terminologia usata dal legislatore indurrebbe ad opinare in tal senso. Il riferimento al “frutto” e al “reimpiego” evocerebbe la possibilità di confiscare beni che, temporalmente, sono distanti dal momento del compimento dell'illecito⁴⁹⁷: ciò con un inevitabile aggravamento dell'esercizio del diritto di difesa del prevenuto, nel ricostruire acquisti spesso molto risalenti nel tempo.

Non va tuttavia trascurato che parte della giurisprudenza continuava a pronunciarsi in senso contrario, ritenendo necessaria la correlazione temporale tra la pericolosità sociale ed il momento dell'acquisto del bene. Secondo i giudici di

⁴⁹⁴ Cass. pen., 21 aprile 2011, n. 27228, Ric. Cuozzo, Rv. 250917.

⁴⁹⁵ Sul punto giova citare una pronuncia della Corte europea in cui si rileva la illegittimità della normativa bulgara nella misura in cui consente all'autorità competente di disporre il provvedimento di confisca senza limiti temporali: 3 marzo 2015, Dimitrovi c. Bulgaria.

⁴⁹⁶ Cass. pen., 21 aprile 2011, n. 27228, Cuozzo, Rv. 250917; Cass. pen., 9 febbraio 2011, n. 6977, B. e altro, in *De Jure*.

⁴⁹⁷ Cass. pen., 5 ottobre 2006, Gashi ed altri, n. 35481, Rv. 234902; Cass. pen., 8 aprile 2008, n. 21717, Failla e altro, Rv. 240501; G. IZZO, *Disponibilità sproporzionata al reddito dichiarato e confisca di prevenzione*, in *Impresa c.i.*, 1999, p. 389.

legittimità, infatti, la pericolosità, quale presupposto applicativo della misura, non deve essere attuale, ma deve sussistere al momento dell'acquisto del bene, con la conseguenza che potranno essere confiscati solo i beni acquistati contestualmente o successivamente al manifestarsi di tale pericolosità⁴⁹⁸.

In tal senso si è espressa anche la dottrina più garantista⁴⁹⁹, osservando che la necessità dell'accertamento della correlazione temporale risulta maggiormente conforme ai principi e di proporzione di presunzione di innocenza, in quanto rende meno onerosa la contro-prova dell'interessato circa l'origine lecita dei beni, delimitando gli effetti del provvedimento ablatorio, ed alleggerisce il rischio di subire conseguenze pregiudizievoli in relazione a fatti non accertati, in conformità al principio in *dubio pro reo*.

Ebbene, alla luce di quanto finora prospettato, pare evidente che fosse inevitabile un intervento della Corte di Cassazione, che dirimesse il contrasto creatosi sul tema.

Ed invero, la Corte di Cassazione sottopose alle Sezioni Unite la necessità di affrontare contestualmente i temi della natura della confisca, della retroattività e della correlazione temporale⁵⁰⁰.

Orbene, le Sezioni Unite⁵⁰¹ hanno risposto agli interrogativi confermando la natura preventiva della confisca antimafia e la necessità della correlazione temporale.

Innanzitutto, la Corte ha riconsiderato la portata delle novità introdotte dalle riforme del 2008-2009.

L'autonomia tra il procedimento di prevenzione reale e quello personale, dettata da esigenze di politica criminale, non ha inciso sulla natura preventiva

⁴⁹⁸ Cass. pen., 13 maggio 2008, n. 21357, in *Dejure*; Cass. pen., 8 aprile 2008, n. 21717, Rv. 240501; Cass. Pen., 23 gennaio 2007, n. 5248, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 1174; Cass. pen., sez. I, 5 ottobre 2000, n. 35481, Rv. 234902; Cass. pen., 16 aprile 2007, n. 21048.

⁴⁹⁹ A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 625-695.

⁵⁰⁰ Cass. pen., sez. VI, 30 gennaio 2014, n. 11752.

⁵⁰¹ Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014, n. 4880, in *Cass.pen.*, 2015, 10, p. 3520.

della confisca. Anche nel caso di applicazione disgiunta è comunque necessario l'accertamento, sia pure incidentale, della pericolosità sociale del proposto.

La Corte, quindi, si concentra sul presupposto della pericolosità per risolvere il dibattito: nonostante sia venuto meno il nesso con la prevenzione personale e la pericolosità sociale attuale, il presupposto comunque della confisca antimafia era e continua ad essere la pericolosità insita nella disponibilità della *res* da parte di certe tipologie di soggetti, ed è questa una pericolosità che rinviene il suo fondamento nelle modalità di accumulo, sicché quella pericolosità non deve essere una pericolosità attuale, perché è una pericolosità "permanente".

La stessa quindi continua ad avere una finalità preventiva, di neutralizzazione della pericolosità della disponibilità della *res* da parte del soggetto prevenuto, in modo tale da conservare la natura giuridica di misura di sicurezza, con conseguente applicabilità in senso sfavorevolmente retroattivo delle norme che la contemplano.

Si riafferma la necessaria correlazione temporale, asserendo che un bene possa essere aggredito solo in quanto il suo acquirente sia stato al momento dell'acquisto soggetto pericoloso, ancorché non più tale all'atto della formulazione della proposta di prevenzione. Tuttavia, chiarisce la Corte, in caso di pericolosità qualificata, fermo restando il principio per cui detta pericolosità deve delimitare la misura dell'ablazione, la proiezione temporale di tale qualità non è sempre circoscrivibile in un determinato arco temporale. In particolare, nell'ipotesi in cui la pericolosità investa l'intero percorso di vita del soggetto, come accade nel caso di appartenenza ad un sodalizio mafioso, e ricorrano i requisiti di legge, sarebbe pienamente legittima la confisca di tutte le componenti patrimoniali di presumibile illecita provenienza, delle quali non risulti giustificato il legittimo possesso⁵⁰².

Resta salva, tuttavia, la facoltà del soggetto di fornire prova contraria attraverso la dimostrazione della legittimità degli acquisti con l'impiego di lecite fonti reddituali.

⁵⁰² Cass. pen., Sez. Un., cit.

Se, invece, i fatti consentano al giudice di determinare l'arco temporale entro il quale delimitare la pericolosità sociale, allora potranno essere oggetto di ablazione soltanto i beni ricadenti nel perimetro temporale individuato.

Invero, questa posizione era stata già elaborata dalla giurisprudenza⁵⁰³ anche durante la vigenza del principio di accessorietà per giustificare la confisca nel caso di morte del proposto intervenuta dopo l'accertamento, anche non definitivo, dei presupposti della pericolosità. In tale ipotesi, infatti, pur essendo sopraggiunta l'impossibilità di pervenire all'accertamento definitivo della pericolosità, si poteva comunque proseguire il procedimento nei confronti degli eredi del *de cuius* ai soli fini dell'applicazione del provvedimento ablativo⁵⁰⁴. Una tale conclusione si giustificava, appunto, con l'appartenenza della confisca al *tertium genus*⁵⁰⁵.

Le Sezioni Unite finiscono quindi con il valorizzare una prospettiva che giustifica l'ablazione nel caso di difetto dell'attualità della pericolosità con la pericolosità del "bene in sé", in quanto frutto di accumulazione illecita.

Tale prospettiva è stata oggetto di confutazione, sul rilievo che appare difficile ritenere la pericolosità del bene a prescindere dalla relazione funzionale con un soggetto socialmente pericoloso, che, in quanto tale, è in condizione di farne un uso *contra legem*⁵⁰⁶.

Peraltro è stato osservato come la confisca di prevenzione sia analoga alla confisca allargata, con la conseguenza - ritenuta irragionevole - che un soggetto assolto da uno dei reati presupposti della confisca allargata non possa subire quest'ultima, rimanendo tuttavia esposto alla confisca di prevenzione.

⁵⁰³ Cass. pen., Sez. Un., 3 luglio 1996 (dep. 17 luglio 1996), n. 18, Simonelli e altri, cit.

⁵⁰⁴ F. MENDITTO, "Le misure di prevenzione personali e patrimoniali", op.cit., Giuffrè, Milano, 2012, pp. 350 e ss.

⁵⁰⁵ Cass. pen., Sez. Un., n. 18, Simonelli cit.; F. MENDITTO, *La confisca di prevenzione nei confronti del "morto", un non liquet della Corte Costituzionale, con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate, Commento a Corte Cost. 9 febbraio 2012, n. 21*, in *Dir.pen.cont., riv.trim.*, n. 3-2012.

⁵⁰⁶ V. CISTERNA, *La confisca di prevenzione al test della verità: sanzione patrimoniale o solo misura di sicurezza?* In *Arc. Pen.* n. 1-2014.

L'unica via perché la confisca di prevenzione possa rimanere compatibile con i principi espressi dalla Corte Costituzionale e dalla CEDU sarebbe quindi quella di fondarla sull'accertamento di una pericolosità sociale attuale del soggetto che ne è destinatario. Ciò perché nell'attuale sistema interno e sovranazionale di garanzie non sembra ammissibile evitare l'alternativa: o la confisca assume carattere sanzionatorio e allora presuppone l'accertamento di un fatto di reato, o comunque di una condotta meritevole di sanzione; oppure essa assume carattere preventivo, di misura di sicurezza, ed allora non può prescindere dall'attualità della pericolosità. *Tertium non datur*⁵⁰⁷.

5. Il punto di vista della Corte di Strasburgo sulla natura giuridica della confisca di prevenzione.

L'analisi della normativa sui presupposti applicativi della confisca di prevenzione antimafia, impone una valutazione in merito alla compatibilità della stessa con i principi sanciti dalla CEDU, e più in particolare, con il principio di legalità-irretroattività (art. 7 CEDU), con il diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU), il diritto ad un equo processo e con il principio della presunzione di innocenza (art. 6 CEDU).

Invero, la valutazione dell'istituto giuridico in esame con le istanze del diritto europeo è strettamente connessa alla natura giuridica che a sua volta gli si riconosce.

⁵⁰⁷ R. BORGOGGIO, *Commento a Sezioni Unite 26 giugno 2014 in Arc. Pen.*, n. 3- 2014.

Sul punto, la Corte europea di Strasburgo a partire dal '94⁵⁰⁸ ha riconosciuto la natura preventiva e non punitiva della confisca antimafia, facendone conseguire la mancata violazione del diritto di proprietà (art. 1 Prot. 1 CEDU), della presunzione di innocenza (art. 6) e del principio di legalità (art. 7), laddove se ne consente l'applicazione retroattiva⁵⁰⁹.

È stata infatti esclusa la riconducibilità della misura alla nozione di *penalty* ex art. 7 della CEDU, sull'assunto che il suo fondamento non sarebbe la responsabilità per un fatto compiuto, ma la pericolosità dei beni accumulati.

Se la sanzione penale mira a perseguire la violazione di una norma penale, e la sua applicazione è subordinata all'accertamento di un reato e della colpevolezza del soggetto imputato, la misura di prevenzione prescinde dalla previa commissione di un reato⁵¹⁰, essendo la stessa piuttosto volta a prevenirne la commissione da parte di soggetti ritenuti pericolosi, a tutela del pubblico interesse.

L'istituto giuridico in esame, pertanto, non viene a confliggere con l'art. 7 della CEDU, né con l'art. 6, laddove fa riferimento alla presunzione di innocenza dell'accusato, in quanto tali norme trovano applicazione per le sanzioni penali o comunque nell'ambito del relativo procedimento applicativo, mentre le misure di prevenzione esulano da tale ambito. Rimane invece fermo il parametro di cui al par. 1 dell'art. 6 CEDU, laddove tutela il diritto all'equo processo, negli stessi termini per cui è riconosciuto per le controversie su diritti e obbligazioni di carattere civile. Le garanzie collegate a tale diritto sono costituite dal diritto alla giurisdizione e alla pubblicità del giudizio, alla ragionevole durata del

⁵⁰⁸ Corte eur. dir. uomo, 24 febbraio 1994, Raimondo v. Italy n. 12954/87, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1994, Serie A. vol. 281 p. 7. Commissione eur., 15 aprile 1991, Marandino, n. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)* 70, p. 78; Corte eur. dir. uomo, 15 giugno 1999, Prisco c. Italia, decisione sulla ricevibilità del ricorso n. 38662/97.

⁵⁰⁹ Commissione eur., 15 aprile 1991, Marandino, n. 12386, in *Decisions e Rapports (DR)*.

⁵¹⁰ Corte eur. dir. uomo, 4 settembre 2001, Riela e altri c. Italia, secondo cui le *"misure di prevenzione non implicano un giudizio di colpevolezza, ma tendono ad impedire la commissione di atti criminali, non potendo quindi essere comparate a una pena"*. Conf. Corte eur. dir. dell'uomo 17 giugno 2014, Cacucci e Sabatelli c. Italia; Corte eur. dir. dell'uomo 17 giugno 2011 Capitani e Campanella c. Italia; Corte eur. dir. dell'uomo 2 febbraio 2010 Leone c. Italia; Corte eur. dir. dell'uomo 5 gennaio 2010 Bongiorno e altri c. Italia; Corte eur. dir. dell'uomo 22 febbraio 1994 Raimondo c. Italia; Corte eur. dir. dell'uomo, 6 novembre 1980, Guzzardi c. Italia.

procedimento, alla indipendenza, imparzialità e precostituzione del giudice, dal diritto al contraddittorio, alla prova e alla motivazione del provvedimento, come sarà evidenziato nel prosieguo.

Parimenti, l'istituto in esame è stato ritenuto conforme all'art.1 del Protocollo 1 della CEDU, laddove prevede che gli Stati membri sono liberi di adottare *“le leggi che giudicano necessarie per disciplinare l'uso dei beni in relazione all'interesse generale” consistente – nel caso delle misure patrimoniali di sequestro e confisca – “nell'impedire un uso illecito e pericoloso per la società di beni la cui provenienza lecita non è stata dimostrata⁵¹¹”*.

La Corte riconosce invero che la confisca in esame costituisce una compressione del diritto di proprietà; tuttavia ritiene che essa sia giustificabile come forma di regolamentazione dell'uso dei beni, ai sensi del comma secondo della disposizione citata.

La confisca in esame colpisce beni la cui origine illecita è stata accertata da un Tribunale, allo scopo di impedirne l'utilizzo per la realizzazione di ulteriori benefici in favore dell'indiziato o del gruppo criminale al quale si suppone appartenere. Ne deriva che la lesione del diritto di proprietà dell'indiziato è giustificata dall'interesse generale⁵¹².

La confisca è inoltre proporzionata al fine che il legislatore italiano intende perseguire, quale è la prevenzione della criminalità, soprattutto se si considerano le dimensioni che il fenomeno della criminalità organizzata ha assunto in Italia.

La Corte ha, in particolare, asserito che *“i guadagni smisurati che le associazioni di stampo mafioso ricavano dalle loro attività illecite danno loro un potere la cui esistenza mette in discussione la supremazia del diritto nello Stato. Quindi i mezzi adottati per combattere questo potere economico, e in particolare*

⁵¹¹ Corte eur.dir. uomo, 5 luglio 2001, Arcuri c. Italia.

⁵¹² Corte eur. dir. uomo, cit.

*la confisca controversa, possono essere indispensabili per potere efficacemente combattere tali associazioni*⁵¹³”.

E ancora, ha avuto modo di affermare che, tenuto conto del “*pericolosissimo potere economico di un’organizzazione criminale come la mafia*”, l’interesse generale legittima il ricorso a misure che rappresentano un’ingerenza “*non sproporzionata allo scopo perseguito*”; e “*la confisca costituisce un’arma efficace e necessaria per combattere questo fenomeno, appare proporzionata all’obiettivo perseguito*”.

I giudici europei non hanno, poi, riscontrato un’incompatibilità tra presunzioni di fatto o di diritto e Convenzione⁵¹⁴, purché sia assicurata all’indiziato una effettiva garanzia giurisdizionale dell’organo che la applica e il diritto di difesa dell’interessato, sia pure nei contorni definiti dalla discrezionalità riconosciuta agli Stati membri.

Tale discrezionalità spetta loro, infatti, quando disciplinano “*l’uso dei beni in modo conforme all’interesse generale*⁵¹⁵”, soprattutto nell’ambito di un programma politico anticrimine finalizzato a reprimere episodi di grave criminalità, non solo mafiosa, ma anche quella che si nutre di corruzione.

Ancora, nel caso *Riela c. Italia* del 2001 la Corte⁵¹⁶ ha asserito come “*gli enormi profitti che le organizzazioni mafiose traggono dalle loro attività illecite*

⁵¹³ Corte eur. dir. uomo, 12 maggio 2015, *Gogitdze e altri c. Georgia*, in cui non qualifica come “pena” la confisca senza condanna, considerandola una forma di regolamentazione dell’uso dei beni avente natura preventiva o compensatoria.

⁵¹⁴ Come affermato anche in relazione ad altre confische europee strutturate secondo il modello dell’*actio in rem*. Cfr. Corte eur. dir. uomo, *Phillips c. Regno Unito*, n. 41087/98; Corte eur. dir. dell’uomo *Salabiaku c. Francia*, 7 ottobre 1988.

⁵¹⁵ *Idem*.

⁵¹⁶ Corte eur. dir. uomo, 4 settembre 2001 in cui motiva: *Il rappelle que les mesures de prévention prévues par les lois italiennes de 1956, 1965 et 1982 n’impliquent pas un jugement de culpabilité, mais visent à empêcher l’accomplissement d’actes criminels (voir la décision de la Cour dans l’affaire Arcuri, précitée, ainsi que, mutatis mutandis, l’arrêt Raimondo, précité, p. 20, § 43). En outre, leur imposition n’est pas tributaire du prononcé préalable d’une condamnation pour une infraction pénale (voir, a contrario et sous l’angle de l’article 7 de la Convention, l’arrêt Welch c. Royaume-Uni du 9 février 1995, série A n° 307-A, p. 13, §§ 28-29). Dès lors, elles ne sauraient se comparer à une peine. Dès lors, la procédure y relative ne porte pas sur le «bien-fondé» d’une «accusation en matière pénale» (arrêts Raimondo, précité, p. 20, § 43, et Guzzardi c. Italie du 6 novembre 1980, série A n° 39, p. 40, § 108). Les deuxième et troisième paragraphes de l’article 6, qui garantissent respectivement le*

conferiscano a tali associazioni un potere che mette in causa il primato del diritto all'interno dello Stato". Rileva come il giudizio di prevenzione non sia fondato su meri sospetti, ma su una valutazione oggettiva delle informazioni raccolte in merito alla affiliazione del proposto ad un'associazione di tipo mafioso ed agli aspetti patrimoniali, concludendo che tenuto conto del margine di apprezzamento spettante agli Stati nel regolamentare l'uso dei beni la misura si inserisce in un quadro di politica criminale volta al contrasto della criminalità; essa non risulta sproporzionata rispetto allo scopo legittimo perseguito.

Occorre inoltre evidenziare che la circostanza che i giudici di Strasburgo abbiano escluso la qualificazione delle misure di prevenzione patrimoniali in termini di sanzione penale ha comportato la compatibilità convenzionale della confisca avente ad oggetto anche beni di soggetti terzi formalmente intestatari, purché siano garantiti adeguati diritti difensivi e partecipativi⁵¹⁷.

Le conclusioni cui è giunta la Corte di Strasburgo non hanno mancato di suscitare perplessità.

Le motivazioni addotte dalla Corte, più che fugare ogni dubbio circa la compatibilità del sistema delle misure di prevenzione con la garanzia del diritto di proprietà, sancita dalla CEDU, rivelerebbero "un rassegnato riconoscimento della necessità dell'uso di simili strumenti per esigenze di ordine pubblico"⁵¹⁸.

principe de la présomption d'innocence et les droits des personnes accusées, ne trouvent donc pas a s'appliquer en l'espèce. Il rest a déterminer si la procédure entamée contre les requérants portait sur des «droits et obligations de caractère civil» aïx termes du premier paragraphe de l'article 6. La Cour observe a cet égard que l'article 6 s'applique au civil a tonte action ayant un objet «patrimonial» et se fondant sur une atteinte alléguée a des droits eux aussipatrimoniaux (arrêts Raimondo, précité, p. 20, § 43, et Editions Périscope e. France du 26 mars 1992, sèrie A n° 234-B, p 66, § 40). Tei étant le cas en l'espèce, l'article 6 § 1 est applicable a la procédure litigieuse dans son volet civil.

⁵¹⁷ Corte eur. dir. uomo, Arcuri e altri c. Italia, 5 luglio 2001, n. 52024/99, in cui il provvedimento di confisca aveva ad oggetto beni intestati ai familiari di un soggetto indiziato di far parte di un'organizzazione criminale dedita al traffico di stupefacenti.

⁵¹⁸ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, op.cit., Giuffrè, Milano, 2001, p. 680.

La giurisprudenza europea non avrebbe condotto un'efficace e convincente analisi, volta ad escludere la riconducibilità della confisca di prevenzione antimafia dall'ambito della materia penalistica⁵¹⁹.

Un'interpretazione sistematica dei più recenti arresti giurisprudenziali della Corte potrebbe, se non condurre a conclusioni diametralmente opposte, quanto meno a metterle in discussione. Si rileva in proposito la recente tendenza ad ampliare il novero di procedimenti da considerare afferenti alla materia penale secondo la Convenzione.

Il riferimento è, in particolare, al caso in cui è stato dichiarato appartenente alla materia penale il procedimento applicativo di sanzioni da parte dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato⁵²⁰. Allo stesso modo, nel caso *Grande Stevens c. Italia*⁵²¹, la Corte ha affermato che le misure irrogate dalla Consob vadano ricondotte alla materia penale.

Se a tali considerazioni si aggiunge che anche in seno alla giurisprudenza italiana, prima dell'intervento, per così dire risolutore, delle Sezioni Unite, non si registrava unanimità di vedute in merito alla riconducibilità della confisca di prevenzione alla materia penale, si deduce che, anche volendosi attenere ai criteri individuati dalla sentenza *Engel* appare almeno dubbia la qualificazione della confisca di prevenzione in termini di "pena".

Anche in applicazione del secondo criterio, infatti, che si fonda sulla *struttura dell'illecito*, da valutare alla luce della struttura della norma e dei destinatari della stessa, gli approdi della Corte di Strasburgo potrebbero essere rimeditati.

⁵¹⁹ Cfr. Relazione presentata al Convegno "*Per combattere la criminalità: sequestro e confisca dei patrimoni, custodia e gestione dei beni, conservazione delle imprese, garantismo e difesa sociale*", promosso da Fondazione CIRGIS (Milano) e Fondazione Banca del Monte di Lucca, presieduto da S.E. Giorgio Santacroce. Viareggio 9-10 maggio 2014.

⁵²⁰ Corte eur. dir. uomo, 27 settembre 2011, *A. Menarini Diagnostics Srl.c. Italia*, ricorso n. 43509/08.

⁵²¹ Corte eur. dir. uomo, 4 marzo 2014, *Grande Stevens e altri c. Italia*, ric. 18640/10, 18647/10, 18663/10 e 18698/10.

Occorre allora considerare il tipo di condotte sanzionate: le norme di cui agli art. 1 e 4 del d.lgs. 159/2011 fanno tutte riferimento, più o meno esplicitamente, a fattispecie punite dal codice penale o da leggi speciali; ne deriva un innegabile nesso di pertinenzialità con l'illecito penale.

A differenza di quanto asserito dalla Corte europea - si sostiene - a venire in rilievo nella fattispecie applicative delle misure di prevenzione non è il giudizio prognostico sulla probabile commissione di illeciti da parte del proposto, bensì la presunzione che abbia compiuto o comunque stia ponendo in essere fatti penalmente rilevanti. Parimenti, se si tiene conto dello scopo della confisca di prevenzione, se ne evidenzia la finalità repressiva e deterrente: essa si fonda non già sulla necessità di elisione del rischio che il patrimonio possa costituire strumento per la commissione di reati futuri, quanto sul sospetto che sia frutto o reimpiego di un'attività illecita già consumatasi.

A supporto di tale assunto, si invoca il dato testuale in materia di prevenzione: *“dedito a traffici delittuosi”*, *“che vive con i proventi di attività delittuose”*, *“dediti alla commissione di reati che offendono”*, *“indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416bis c.p.”*, *“che pongano in essere atti preparatori”*, *“che abbiano fatto parte di associazioni politiche disciolte, ecc.”*

Le espressioni impiegate dal legislatore varrebbero a confermare che presupposto applicativo della confisca di prevenzione non è il pericolo che vengano commessi reati, bensì il sospetto che siffatti reati siano stati commessi o che sia in corso la loro esecuzione. L'unica differenza riscontrabile rispetto alla tipizzazione degli illeciti penali è il differente livello probatorio richiesto per poter sottoporre la condotta tipica alla sanzione. Il criterio presuntivo usato dal legislatore per consentire l'applicazione della misura dovrebbe quindi implicare un innalzamento delle garanzie difensive, piuttosto che il loro depotenziamento.

A sostegno della natura repressiva della confisca di prevenzione, militerebbe la formulazione dell'art. 20 del Codice Antimafia, laddove individua,

quali beni aggredibili dal sequestro, quelli di cui il proposto disponga e di cui non possa giustificare, con inversione dell'onere della prova, la legittima provenienza, e indica come sequestrabili quei beni che, sulla base di sufficienti indizi, si ritenga siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego. Dal dettato normativo sembrerebbe quindi potersi evincere che in realtà l'intervento dello Stato di tipo ablativo ha ad oggetto quei beni che si sospetta costituiscano già il risultato di una pregressa attività illecita, e non di beni ritenuti suscettibili di essere impiegati per la commissione di futuri reati.

Definitiva conferma del carattere non preventivo della misura di prevenzione, sarebbe infine rappresentata dalla possibilità di applicare disgiuntamente la misura patrimoniale da quella personale, come anche la possibilità di applicare la misura in capo ai successori del prevenuto, anche dopo la sua morte. Più in particolare, si ritiene *“non sostenibile la finalità preventiva di interventi ablativi del tutto scollegati dalla presunta pericolosità sociale del proposto, o di una misura, quale il sequestro, a carico di eredi incolpevoli di un defunto socialmente pericoloso”*.

L'approdo ermeneutico in esame rimane confermato anche laddove si valuti la misura di prevenzione della confisca alla stregua del terzo dei criteri, elaborati dalla sentenza *Engel*.

Il riferimento è, evidentemente, alla *natura* e alla *gravità* della misura applicabile all'esito del procedimento di prevenzione.

Sul punto, a favore della tesi penalistica, si rileva che è il giudice penale ad applicare la confisca in argomento. Per quanto concerne, poi, l'elemento della *gravità* della sanzione, la natura sanzionatoria dovrebbe ricavarsi dalla latitudine del provvedimento di sequestro, che può avere ad oggetto beni spesso di notevole valore economico, anche intestati a terzi. È proprio l'ampiezza dell'ambito applicativo della confisca di prevenzione, pertanto, che dovrebbe indurre a

qualificarla come altamente afflittiva, e quindi, afferente alla materia penale⁵²². La gravità risulta evidente se si considerano anche gli altri effetti derivanti dall'applicazione della misura in esame⁵²³; che, infatti, risulta particolarmente invalidante per il soggetto interessato.

A sostegno della suddetta posizione è stato invocato un ulteriore argomento⁵²⁴, tratto dalla nota pronuncia della Corte Costituzionale⁵²⁵ che ha accolto la questione di legittimità costituzionale, fondata sul parametro del principio di legalità-determinatezza, dell'art. 1 n. 3 della L. 1423/56 con riferimento all'espressione impiegata per la definizione della categoria soggettiva dei "proclivi" a delinquere.

Se la fattispecie concernente uno dei presupposti applicativi della misura di prevenzione, quale è la pericolosità del soggetto, deve essere rispettosa del principio di determinatezza, come per le fattispecie di carattere penale, analoga esigenza deve logicamente porsi anche per la conseguente misura ablativa applicata; cui dovrebbe quindi essere riconosciuta natura punitiva.

Orbene, appare di tutta evidenza che, accogliendo i precedenti rilievi, non può non evincersi una compressione delle garanzie difensive previste dalla CEDU: nello specifico quelle derivanti dall'art. 6, che dovrebbe applicarsi nella sua interezza, e quindi anche laddove garantisce il diritto alla presunzione di innocenza, e dell'art. 7 CEDU, laddove sancisce il principio di irretroattività della pena.

⁵²² A. M. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella CEDU e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, in *Sequestro e Confisca*, a cura di M. Montagna, Giappichelli, Torino, 2017, pag. 3 e ss.

⁵²³ L'art. 67 d.lgs. 159/2011, rubricato "Effetti delle misure di prevenzione", in particolare, sembra confermare l'assunto. La norma, infatti, prevede che "*le persone destinatarie di misure di prevenzione, anche solo patrimoniale, non possono ottenere licenze o autorizzazioni di polizia e di commercio, concessioni di acque pubbliche o beni demaniali, concessioni di costruzione e gestione di opere riguardanti la pubblica amministrazione, iscrizione negli elenchi di appaltatori o fornitori della p.a., ogni iscrizione o provvedimento finalizzato allo svolgimento di attività imprenditoriale, ecc..*".

⁵²⁴ V. MAIELLO, "Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ad altre ancora aperte", in *Dir. pen. cont., riv.trim.*, n. 3-4- 2012, p. 15.

⁵²⁵ Corte cost., 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur.cost.*, 1980, p. 1546.

Sul punto, nonostante la Corte europea abbia escluso il contrasto della misura in esame con il diritto alla presunzione di innocenza (art. 6 par. 2 CEDU), è stato autorevolmente sostenuto⁵²⁶ che tale violazione sussista, dato che il richiamato diritto non può non garantirsi in un procedimento, come quello preventivo, preordinato ad una misura afflittiva fondata su un giudizio di disvalore.

Del resto il quadro normativo europeo, come sarà evidenziato nel prosieguo, pur manifestando un'evoluzione orientata all'ampliamento dell'ambito di applicazione delle confische, sembra tuttavia riluttante a legittimare confische disposte al di fuori del procedimento penale, e comunque senza una condanna.

A tale proposito, nuovi scenari potrebbero profilarsi all'esito della recente pronuncia della Grande Camera in tema di confisca urbanistica "senza condanna", con riguardo alla confisca di prevenzione. I giudici europei hanno sempre giustificato detta misura, ritenendola non "sproporzionata" all'interesse generale di reprimere il fenomeno della criminalità organizzata; senza tuttavia adeguatamente considerare che la misura può attingere anche il delinquente comune. E quindi si profila il rischio concreto che potrebbe presto giungersi alla stessa valutazione di "sproporzionalità" espressa in tema di confisca urbanistica.

⁵²⁶ A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, op. cit., Giuffrè 2001.

6. Il principio di determinatezza delle fattispecie preventive: la sentenza *De Tommaso*.

Come sopra evidenziato, la Corte europea ha tendenzialmente fatto salvo il sistema delle misure di prevenzione, mettendo in evidenza la differente finalità tra le predette misure e le pene in senso stretto.

Siffatto generale assenso, tuttavia, sembra avere avuto una qualche battuta d'arresto, quando la Grande Camera il 23 febbraio 2017, si è pronunciata sul caso "De Tommaso"⁵²⁷.

Va, però, anticipato che le criticità rilevate dai giudici europei, non derivano dalla riconduzione delle misure di prevenzione all'ambito della materia penalistica. La pronuncia, quindi, non smentisce gli approdi cui era giunta la Corte di Strasburgo in merito alla valutazione del carattere non sanzionatorio della confisca misura di prevenzione patrimoniale.

Per comprendere la portata dell'asserito contrasto con la CEDU, pare opportuno soffermarsi sul caso concreto da cui ha avuto origine alla decisione.

Orbene, al ricorrente era stata applicata in base alla legge n. 1423/1956 la misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, con obbligo di soggiorno nel Comune di residenza.

La richiesta era stata fondata sulla ritenuta pericolosità generica del soggetto derivante dalle precedenti condanne per spaccio di sostanze stupefacenti, detenzione illegale di armi ed evasione⁵²⁸.

⁵²⁷ Corte eur. dir. uomo, Grande Camera, De Tommaso c. Italia, 23 febbraio 2017, ric. n. 43395/09.

⁵²⁸ Ai sensi dell'art. 1 nn. 1) e 2) L. n. 1423/1956, integralmente confluito nell'art. 1 Codice antimafia il quale contempla tre categorie: a) coloro che, sulla base di elementi di fatto, debbano ritenersi abitualmente dediti a traffici delittuosi; b) coloro che per condotta e tenore di vita debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivano abitualmente, anche in parte, con i proventi dell'attività delittuosa; c) coloro che, per il loro comportamento, debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che siano dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l'integrità fisica o morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

L'interessato contestava, *in primis*, la richiesta di applicazione della misura, adducendo la sussistenza di un errore di identità causato da omonimia. Ancora, contestava che, ai fini dell'applicazione della misura, si facesse riferimento a una condanna riportata anni prima rispetto alle accuse poi mossegli.

Nonostante tali prospettazioni, il Tribunale di Bari applicava la misura richiesta. I giudici sottolineavano che il prevenuto continuava a frequentare assiduamente esponenti criminali della malavita locale e a commettere delitti; e come *“la tendenza alla delinquenza del soggetto, lontana dall'essere scomparsa, era considerata come attiva e operativa”*. Dall'istruttoria, infatti, emergeva che *“il soggetto non esercitava alcuna attività lavorativa professionale, fissa e legale..”* e che lo stesso avesse tratto *“la gran parte dei suoi mezzi di sussistenza dalla sua attività criminosa”*.

Applicata la misura della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, veniva proposto ricorso innanzi alla Corte di Appello di Bari, che annullava la misura, rilevando che il presupposto della pericolosità attuale del proposto, dovendo sussistere al momento dell'applicazione della misura, non risultava integrato, giacché in quel tempo non erano riscontrabili condotte delittuose da cui desumere tale requisito.

Il De Tommaso, tuttavia, decideva di invocare una tutela ulteriore, adendo la Corte di Strasburgo, asserendo l'avvenuta violazione degli articoli 5, 6 par. 1, 13 della Convenzione e dell'art. 2 del Protocollo 4, che tutelano il diritto alla libertà personale, il diritto ad un equo processo, il diritto ad un ricorso effettivo, e il diritto alla libertà di circolazione. Per quanto concerne, poi, le prescrizioni applicate congiuntamente alla misura di prevenzione, di *“vivere onestamente e non dare adito a sospetti”*, ne lamentava il *deficit* di tassatività. Parimenti, si riteneva vago e indeterminato anche la nozione di pericolosità sociale, la cui definizione era rimessa alla valutazione discrezionale del giudice, non prevedendo la relativa normativa degli specifici fatti obiettivi.

Il Governo metteva in evidenza le garanzie che assistono il sistema delle misure di prevenzione, ossia la prevedibilità e la loro applicazione all'esito di un procedimento giudiziario. Ancora, sosteneva che le misure di prevenzione di cui alla legge del 1956 e del D.lgs. 159/2011 rispondono ad uno scopo legittimo a salvaguardia del pubblico interesse di cui all'art. 2 del Protocollo 4, risultando proporzionate allo stesso.

Il ricorso veniva devoluto al vaglio della Grande Camera, stante la complessità e la natura degli interessi in gioco.

Prima di analizzare l'*iter* motivazionale della Corte europea, si anticipa fin da adesso che con la sentenza in esame i giudici europei hanno per la prima volta espresso un giudizio critico sul sistema delle misure di prevenzione. La valutazione ha riguardato sia la "qualità" della legge⁵²⁹, o meglio, il fondamento normativo della misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno, applicata nel caso concreto, sia l'eccessiva vaghezza di alcune prescrizioni normative.

Prima di tale *decisum*, invece, la Corte EDU aveva sempre riconosciuto la legittimità del sistema delle misure di prevenzione previste dal legislatore italiano, intese come restrizioni alla libertà di movimento - tutelata dall'art. 2, Prot. 4, CEDU, ma sempre che sussistessero le condizioni di cui al relativo comma 3⁵³⁰.

Nel caso di specie la Corte ha, *in primis*, escluso che venissero in rilievo le norme della CEDU, che tutelano la libertà personale⁵³¹. La misura di sorveglianza

⁵²⁹ D. TRIPICCIÓN, Relazione telematica "*Le misure di prevenzione personali: verso un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente conforme alla luce dei più recenti arresti della giurisprudenza nazionale ed europea*", p. 2.

⁵³⁰ Secondo consolidato orientamento della Corte EDU, sono tre i presupposti che legittimano una misura restrittiva di tale libertà, quali la conformità alla legge, la necessità di assicurare la tutela di uno degli interessi tutelati dall'art. 2, comma 3, Prot. 4 CEDU, e la realizzazione di un giusto equilibrio tra l'interesse pubblico e i diritti dell'individuo.

⁵³¹ Tale rilievo non è stato condiviso all'unanimità da tutti i giudici; in particolare, il giudice Pinto de Albuquerque ha dissentito, ritenendo che tali misure involgano la libertà personale. Invero, tale posizione è in linea con quell'orientamento dottrinale, secondo cui le misure di prevenzione sarebbero in realtà delle pene, seppure "mascherate", in quanto dotate di carattere afflittivo. In più applicate sulla base di un mero sospetto. Di qui l'idea secondo cui esse sarebbero più espressive di un diritto penale

applicata, infatti, non incide sulla predetta libertà, quanto su quella di circolazione, poiché il ricorrente era rimasto libero di lasciare la propria abitazione, seppure soltanto nelle ore diurne, nonché di mantenere delle relazioni sociali e con il mondo esterno. La misura di prevenzione della sorveglianza di pubblica sicurezza, nella fattispecie, congiunta alla prescrizione dell'obbligo di soggiorno, non poteva quindi essere ricondotta all'ambito applicativo dell'art. 5 della CEDU⁵³².

Fatte tali considerazioni, la grande Camera ritiene di dovere valutare le doglianze alla luce dell'art. 2 del Protocollo n. 4⁵³³, che riconosce il diritto alla libertà di circolazione. La Corte, quindi, valuta se l'asserita violazione si fondi su una previsione normativa, e se sia compatibile o meno con un sistema democratico. Sulla base del consolidato orientamento della stessa Corte, i giudici rammentano che il requisito del fondamento normativo non impone soltanto che la misura incriminata abbia una *base legale*, ma necessita anche la valutazione della cosiddetta "qualità della legge". In sintesi, due sono i requisiti che devono essere sussistenti: *l'accessibilità* e la *prevedibilità dei suoi effetti*, i quali richiedono a loro volta, una tecnica di normazione ispirata al principio di precisione. Integrati tali requisiti, la legge consentirà al cittadino di regolare consapevolmente la sua condotta, e lo garantirà da eventuali arbitrarie ingerenze da parte della autorità pubblica.

d'autore e non del fatto, in quanto punirebbero non una condotta, ma uno stile di vita, una determinata tipologia d'autore.

⁵³² Nella sentenza Guzzardi c. Italia del 6 novembre 1980 invece la Corte ha ritenuto la violazione dell'art. 5 CEDU della misura della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno di un soggetto pericoloso, giacché questi si trovava in un'isola, totalmente priva di collegamenti con la terraferma, ravvisando così una violazione del diritto alla libertà personale.

⁵³³ "*Chiunque si trovi regolarmente sul territorio di uno Stato ha il diritto di circolarvi liberamente e di fissarvi liberamente la sua residenza*". Anche in altre pronunce la Corte ha affermato che la misura della sorveglianza speciale comporta una restrizione della libertà di circolazione: cfr. Corte eur. dir. uomo, 8 ottobre 2013, Monno c. Italia, n. 18675/09, in cui la Corte aveva ritenuto il sistema italiano delle misure di prevenzione personale conforme al principio di legalità e di proporzione; Labita c. Italia, 6 aprile 2000, n. 26772/95; Raimondo c. Italia, 22 febbraio 1994, serie A n. 281; Ciulla c. Italia, 22 febbraio 1989, series A n. 148; Guzzardi c. Italia, 6 novembre 1980, ric. n. 7367176, series A, n. 39.

Ebbene, sul punto la Corte, seppure con una maggioranza meno forte⁵³⁴, ha ritenuto che sia violata la riserva di legge, in quanto manca la previsione normativa, intesa alla luce del principio di legalità sostanziale, non meramente formale. La base legale è infatti presente, ma non ha quei requisiti di qualità. In particolare, nel valutare il requisito della prevedibilità della normativa in commento, la Corte esamina la categoria dei soggetti destinatari delle misure di prevenzione, (art. 1 L. 1423/1956, oggi art. 1 Codice antimafia) e poi procede alla valutazione delle prescrizioni (artt. 3 e 5 L. 1423/1956).

Sul punto, rileva che l'applicazione delle misure di prevenzione è rimessa ad un'ampia valutazione discrezionale da parte dei Tribunali: infatti, la legge non individua in maniera chiara gli elementi fattuali, e quindi, le tipologie di comportamenti apprezzabili al fine di valutare la pericolosità del soggetto. Il presupposto applicativo della misura, la pericolosità del soggetto, legato al "*vivere abitualmente di proventi del delitto e l'essere abitualmente dedito a traffici delittuosi*", è indeterminato. Non ritiene sufficienti nemmeno i criteri individuati dalla giurisprudenza costituzionale⁵³⁵, che, sulla base di una interpretazione costituzionalmente orientata, aveva ritenuto che la norma in esame potesse avere un'applicazione sufficientemente determinata, ove fondata su elementi di fatto accertati, e non su meri sospetti. In definitiva, neppure la giurisprudenza costituzionale valeva a conferire il carattere di determinatezza al sistema delle misure di prevenzione, ed al prevenuto veniva applicata una misura di prevenzione sulla base di una tendenza criminale, ma non gli veniva imputato uno specifico comportamento.

La Grande Camera, pertanto, giunge a ritenere che la L. 1423 del 1956 non indicava con sufficiente chiarezza la portata e le modalità di esercizio dell'ampio potere discrezionale conferito al giudice nazionale, e pertanto, non era formulata con sufficiente precisione, così da consentire al ricorrente di orientare la sua

⁵³⁴ Ben cinque le opinioni dissenzienti, tra le quali anche quella del giudice Raimondi, Presidente italiano della Corte.

⁵³⁵ Corte cost., 7 luglio 2010, n. 282.

condotta, e quindi, di prevedere con sufficiente grado di certezza l'applicazione della misura⁵³⁶.

Ebbene, la valutazione della Corte non si ferma al presupposto della pericolosità generica, individuando un ulteriore profilo di indeterminatezza, che concerne le misure accessorie, rispetto alla misura della sorveglianza: l'indeterminatezza, quindi, non attiene soltanto ai presupposti applicativi, ma anche al contenuto del potere del giudice nello stabilire che tipo di misura accessoria applicare.

Il riferimento è alla formulazione delle prescrizioni di “*vivere onestamente e di rispettare la legge*” e di “*non dare adito a sospetti*” (prescrizione inserita nell'attuale art. 8, comma 4, d.lgs. n. 159/2011), come anche quella relativa al divieto assoluto di partecipare a riunioni. La norma, infatti, non specificerebbe l'ambito spaziale e temporale, rimettendone la specificazione alla discrezionalità del giudice.

Invero, anche con riferimento a tale norma vi era già stato un intervento della Corte Costituzionale⁵³⁷, chiamata a chiarire la portata del “*vivere onestamente*” e dell’*”osservare le leggi”*.

La Consulta aveva fatto salva la legittimità della disposizione, ritenendo che le due espressioni costituissero una sorta di endiadi; nello specifico, i giudici costituzionali avevano considerato come le leggi tutte le norme dell'ordinamento giuridico, tutte le norme imperative comprese anche quelle la cui violazione non costituisce reato. Ne derivava l'applicabilità della misura anche a chi commetteva un mero illecito amministrativo. La determinatezza veniva così recuperata nel

⁵³⁶ Secondo, invece, i giudici dissenzienti rispetto a quanto prospettato, non era configurabile la violazione della riserva di legge, bensì una errata applicazione nel caso di specie della misura di prevenzione, in quanto non erano sussistenti i presupposti applicativi fattuali. I giudici italiani avevano applicato la misura sulla base di elementi indiziari vaghi e generici, senza un reale accertamento del carattere della pericolosità: c'era stata, quindi, una violazione relativa al caso concreto, non attinente alla qualità della legge.

⁵³⁷ Corte cost., 7 luglio 2010, n. 282, cit.

rinvio a tutte le norme precettive: la precettività faceva venire meno il carattere della indeterminatezza.

Tale conclusione non convince la Corte EDU, che ritiene che le norme in argomento non siano individuabili e facilmente accessibili: non sono conoscibili tutte le norme imperative: rimane fermo il carattere vago delle stesse.

Orbene, la rilevata censura da parte della Corte EDU sul sistema della prevenzione solleva notevoli dubbi sulla sua legittimità sul piano costituzionale, alla luce della disposizione di cui all'art. 117 Cost. L'interpretazione giurisprudenziale della Corte EDU integra, infatti, i precetti della Convenzione europea, a sua volta elevata a parametro costituzionale interposto.

6.1. Il caso De Tommaso: gli effetti sulla giurisprudenza nazionale, di legittimità e di merito. La sentenza Paternò (S.U.).

La pronuncia della Corte europea ha un impatto fortemente innovativo in tema di misure di prevenzione rispetto alla pregressa giurisprudenza, pur non arrivando a riconoscere il carattere punitivo delle stesse e la loro riconducibilità alle garanzie della materia penale. Essa ha inevitabilmente creato un *vulnus* al sistema delle misure di prevenzione dell'ordinamento giuridico interno, quanto meno con riferimento ai casi di pericolosità generica⁵³⁸. Il legislatore, tuttavia, non è intervenuto a colmare la "falla" del sistema, con la conseguenza che la giurisprudenza, sia di merito che di legittimità, si è trovata a dovere affrontare i singoli casi concreti, talvolta aderendo ai principi enunciati dal *decisum* europeo, talaltra discostandosene e non riconoscendo così il suo carattere vincolante.

Più in particolare, il Tribunale di Milano ha applicato con decreto del marzo 2017 la misura di prevenzione della sorveglianza speciale di pubblica

⁵³⁸ C.M. PELLICANO, *La sentenza De Tommaso e gli effetti correttivi della Corte di Cassazione*, in *Magistratura indipendente.it*.

sicurezza ad un soggetto ritenuto socialmente pericoloso ai sensi dell'art. 1 lett. a) del D.Lgs. 159/2011.

Secondo il Tribunale di Milano, infatti, *“la decisione, pur provenendo dalla Grande Camera(..) non integra, allo stato, un precedente consolidato nei termini descritti dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 49/2015”*⁵³⁹, non ritenendo così *“l’obbligo di porre a fondamento del proprio processo interpretativo un’affermazione che non appare espressiva di un orientamento ormai definitivo (..)e di cui può essere ritenuta dubbia, altresì, la riferibilità alla base legale attuale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza, ormai salda nel fondare il giudizio di pericolosità sulla valutazione oggettiva di fatti certi, in modo da escludere la valenza di situazioni meramente soggettive dell’autorità proponente non conoscibili dai diretti interessati*⁵⁴⁰”.

Pertanto, i giudici non hanno ravvisato alcuna violazione dei diritti della Convenzione europea, e quindi, dell'art. 2, Prot. 4 CEDU, a differenza di quanto aveva rilevato la Corte di Strasburgo. Nelle argomentazioni addotte a sostegno della decisione assunta, il Tribunale evidenzia che sulla questione non può invocarsi un consolidato orientamento della giurisprudenza europea, che censuri il sistema delle misure di prevenzione, nonché un indirizzo giurisprudenziale che aveva sempre legittimato il sistema in argomento. Si è quindi tenuto conto di quanto espresso dalla Corte Costituzionale nella sentenza n. 49 del 2015, che rivendica un'autonomia del giudice interno rispetto al diritto vivente di Strasburgo. Come in precedenza evidenziato, secondo tale pronuncia, le decisioni della Corte Europea devono essere considerate vincolanti solamente quando sanciscono un principio di diritto consolidato⁵⁴¹.

⁵³⁹ Trib. Milano, decr. 7 marzo 2017; cfr. anche Trib. Palermo, sez. I, decr. 28 marzo 2017; Trib. Parma, decr. 28 aprile 2017.

⁵⁴⁰ Idem.

⁵⁴¹ Cfr. anche F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione della compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in DPC., secondo cui *“...la Corte europea sembra preoccupata principalmente dal caso concreto, dalle modalità con cui il Tribunale è giunto ad applicare la misura, dalla volontà di non discostarsi nella valutazione finale dall’orientamento espresso con la sentenza n. 177/1980 dalla Corte Costituzionale. In tale contesto in*

In senso contrario, invece, si è pronunciata la Corte d'Appello di Napoli, la quale ha sollevato la questione di legittimità costituzionale della disciplina della sorveglianza speciale, per violazione dell'art. 117 della Costituzione in relazione all'art. 2 Protocollo 4 CEDU, ritenendo che la pronuncia della Grande Camera fosse espressione di un diritto consolidato.

Alla base della ordinanza di rimessione, il principio secondo cui le sentenze EDU sono vincolanti nell'ordinamento interno, qualora *“siano espressive di un orientamento uniforme e definitivo della Corte e che “pur non potendo essere direttamente applicate dal giudice comune interno, si pongono come parametro costituzionale interposto, assumendo la norma convenzionale, così come interpretata, rango costituzionale, con il conseguente obbligo del giudice comune interno, quando non sia possibile rinvenire una interpretazione della norma interna conforme alla norma convenzionale, di sollevare questione di legittimità costituzionale della norma interna per contrasto con l'art. 117 della Costituzione in relazione al contrasto con la norma convenzionale”⁵⁴²”*.

Sul tema va segnalato un importante intervento della giurisprudenza di legittimità.

Il riferimento è alla pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite⁵⁴³ del 27 aprile 2017, Paternò, con la quale è stato escluso che la violazione delle prescrizioni *“vivere onestamente”* e *“rispettare le leggi”*, per la loro genericità, rientri nel contenuto precettivo del reato previsto dall'art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011⁵⁴⁴.

cui il caso concreto assume valore rilevante, non sembra potersi attribuire alla sentenza in esame un valore di diritto consolidato, anche in considerazione della scarsa corrispondenza del provvedimento esaminato ai parametri ordinari cui si atteneva nella decisione il giudice nazionale”; F.P. LA SALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in *Arch.pen.*, n. 2-2017 p. 12; F. VIGANO', *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, in *Dir.pen.,cont., riv.trim.*, n. 3-2017.

⁵⁴² Cfr. Corte cost. n. 349/2007.

⁵⁴³ Cass. Pen., Sez. Un., 27 aprile 2017, n. 40076, Paternò.

⁵⁴⁴ Più precisamente, con nota del 14 marzo 2017 la Sezione prima, ufficio per l'esame preliminare dei ricorsi, ha evidenziato al Presidente i possibili effetti sulla previsione di cui all'art. 75 d.lgs. n. 159 del

La questione sottoposta al giudizio della Corte era, nello specifico, la seguente: *“se il reato di cui all’art. 75, comma 2⁵⁴⁵, d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, che punisce la condotta di chi violi le prescrizioni di “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi, imposte con la misura di prevenzione ai sensi dell’art. 8 del d.lgs. cit., sia coerente con i principi di precisione, determinatezza e tassatività delle norme penali, anche alla luce della sentenza della Corte europea dei diritti dell’uomo del 23 febbraio 2017, DE Tommaso c. Italia”*.

Ebbene, la suprema Corte⁵⁴⁶ ha fornito un’ interpretazione convenzionalmente orientata della disposizione censurata, affermando il principio di diritto secondo cui *“l’inosservanza delle prescrizioni generiche di vivere onestamente e di rispettare le leggi, da parte del soggetto sottoposto alla sorveglianza speciale con obbligo o divieto di soggiorno, non configura il reato previsto dall’art. 75, comma secondo, d.lgs. n. 159 del 2011, il cui contenuto precettivo è integrato esclusivamente dalle prescrizioni specifiche; la predetta inosservanza può, tuttavia, rilevare ai fini dell’eventuale aggravamento della misura di prevenzione⁵⁴⁷”*.

Tale principio è affermato all’esito dell’interpretazione del reato previsto dall’art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159 del 2001, anche alla luce di quanto asserito sia dalla giurisprudenza costituzionale che da quella di legittimità.

Ed invero, la Consulta⁵⁴⁸ ha affermato la conformità ai principi di tassatività e determinatezza delle espressioni “vivere onestamente” e di “rispettare le leggi”; quanto alla giurisprudenza di legittimità, si è preso in considerazione quell’orientamento costante della Suprema Corte, secondo cui il contenuto

2011, della decisione della Grande Camera della Corte EDU, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia. Con decreto del 14 marzo 2017 il Primo Presidente della Suprema Corte ha assegnato il ricorso alle Sezioni Unite, vista la rilevanza della questione.

⁵⁴⁵ L’art. 75 comma secondo, D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159, punisce la violazione degli obblighi e le prescrizioni inerenti alla sorveglianza speciale con l’obbligo o il divieto di soggiorno con la pena della reclusione da uno a cinque anni e consente l’arresto anche fuori dai casi di flagranza.

⁵⁴⁶ Cass. Pen., Sez. Un., 5 settembre 2017, n. 40076.

⁵⁴⁷ Idem.

⁵⁴⁸ Corte cost., n. 282 del 2010.

precettivo del reato è integrato anche dalla violazione delle prescrizioni c.d. di genere di “*vivere onestamente*” e di “*rispettare le leggi*”, sia con riferimento a condotte integranti illeciti penali, che a quelle integranti illeciti amministrativi.

Un primo punto di rottura è rappresentato da un risalente arresto delle Sezioni Unite⁵⁴⁹, le quali, interpretando la disposizione censurata in conformità ai principi di tassatività e offensività, aveva ristretto l’ambito operativo del reato, ritenendo che lo stesso poteva risultare integrato solamente per quelle prescrizioni generiche che si traducono in un “annullamento di fatto della misura”.

Il Supremo Consesso, proprio valorizzando il citato arresto, ha escluso che le prescrizioni generiche del “*vivere onestamente*” e “*rispettare la legge*” possano integrare il reato di cui all’art. 75 d.lgs. n. 159 del 2011.

È evidente che il *decisum* ha risentito della pronuncia della Grande Camera.

L’argomentazione si fonda sulla considerazione per cui le norme penali precettive sono soltanto quelle aventi un contenuto specifico e determinato, connotati non ravvisabili nelle prescrizioni censurate. La prima infatti (“*vivere onestamente*”) evoca piuttosto un comando di ordine morale; la seconda (“*rispettare le leggi*”) è troppo vaga, riferendosi a tutte le norme presenti nell’ordinamento.

Parimenti, viene stigmatizzata la soluzione ermeneutica che ipotizza una limitazione della portata precettiva della prescrizione di rispettare le leggi alle sole violazioni delle norme penali e agli illeciti amministrativi di maggiore gravità. Anch’essa, infatti, lascerebbe al giudice un ampio margine di discrezionalità, essendo di fatto a questi demandato il potere di individuare in concreto il contenuto della norma incriminatrice, con conseguente incertezza sulla condotta sanzionata.

Ne deriva che il contenuto precettivo del reato ex art. 75, comma 2, d.lgs. 159 del 2011 viene limitato soltanto alle prescrizioni c.d. specifiche.

⁵⁴⁹ Cass. Pen., Sez. Un., 24 luglio 2014, Sinigaglia, in *Mass. Uff.*, n. 32923.

La violazione delle prescrizioni “vivere onestamente” e di “rispettare la legge” può al più essere impiegata dal giudice quale indice di sintomaticità dell’eventuale maggiore pericolosità del proposto, rispetto a quella accertata nel giudizio di prevenzione.

Orbene, la soluzione adottata dalle Sezioni Unite, per quanto proponga una interpretazione conforme del sistema delle misure di prevenzione ai principi della Costituzione e della Convenzione, comporta alcune ricadute conseguenti.

Evidenti appaiono infatti i riflessi di tale pronuncia sul sistema delle misure di prevenzione personali.

Il riferimento è alle categorie di pericolosità specifica (art. 4 Codice Antimafia): si osserva che il *deficit* di genericità rilevato dalla Corte europea nel caso De Tommaso potrebbe essere denunciato anche per tali categorie⁵⁵⁰.

Va, tuttavia, evidenziato che la più recente giurisprudenza di legittimità⁵⁵¹ ha sottolineato come il diritto vivente ha già effettuato una interpretazione “tassativizzante” delle fattispecie di pericolosità semplice citate⁵⁵². Il giudizio prognostico di pericolosità che deve effettuare il giudice deve fondarsi, infatti, su circostanze obiettivamente controllabili con esclusione di quegli elementi privi di riscontri concreti, quali illazioni o meri sospetti. La Suprema Corte ha quindi ritenuto che le esigenze di prevedibilità posta alla base della sentenza De Tommaso “*vengono soddisfatte direttamente dal giudice, selezionando i fatti posti a base del giudizio di pericolosità, in particolare privilegiando le pronunce penali*”

⁵⁵⁰ A. M. MAUGERI, *Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte europea condanna l’Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera*, Nota a Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, in *Dir.pen.cont., riv.trim.*, n. 3-2017, p. 15: “*Insomma è difficile negare che le misure di prevenzione in quanto fondate sul giudizio di pericolosità sociale, stridono con il principio di legalità/tassatività quanto alla definizione legale delle categorie dei destinatari*”.

⁵⁵¹ Cfr. Cass. pen., sez. I, 14 giugno 2017, n. 51469.

⁵⁵² La giurisprudenza ha precisato ad esempio che nella nozione di traffici delittuosi “devono rientrare quelle condotte caratterizzate da una tipica attività trafficante, nonché quelle caratterizzate dalla finalità patrimoniale o di profitto, e che si caratterizzano per la spoliazione, per l’approfittamento e per l’alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici sociali e civili”. Cfr. Cass. pen., sez. I, 30 gennaio 2013, n. 19995, Masotina, Rv. 256160.

che hanno affermato definitivamente la responsabilità per la commissione dei delitti o la sussistenza di gravità indiziaria per la stessa”.

Giova tuttavia evidenziare che tale interpretazione tassativizzante e convenzionalmente orientata delle Sezioni Unite non è stata condivisa, il che ha condotto alla rimessione alla Corte Costituzionale dell’art. 75, comma 2, d.lgs. 159 del 2011⁵⁵³.

⁵⁵³ Nell’ambito del dibattito va certamente segnalata una recente pronuncia della Corte di Cassazione, sezione II, la quale, pur condividendo nel merito la soluzione ermeneutica cui sono giunte le Sezioni Unite, non ha ritenuto ammissibile pervenire all’abrogazione in via giurisprudenziale delle prescrizioni inerenti la misura di prevenzione della sorveglianza speciale con obbligo di soggiorno ex art. 75 comma 2 d.lgs. 159/2011. I giudici della seconda sezione, infatti, hanno ritenuto necessario sollevare d’ufficio la questione di legittimità costituzionale, sul rilievo secondo cui una abrogazione giurisprudenziale del reato non può venire a incidere su un giudicato. Ebbene, la Corte di Cassazione si è soffermata sulle conclusioni cui era giunta la sentenza Paternò, la quale aveva dato una lettura convenzionalmente orientata della fattispecie incriminatrice ex art. 75, comma 2, del d.lgs. 159/2011, che, secondo i giudici, si risolveva in una abrogazione giurisprudenziale del reato. La Corte di Cassazione ha richiamato il *decisum* dalla Corte Costituzionale n. 230 del 2012, che aveva ritenuto infondata la questione di legittimità mirante ad estendere il rimedio offerto dall’art. 673 c.p.p. al caso del mutamento giurisprudenziale *in bonam partem* relativo all’interpretazione di una fattispecie penale ad opera delle stesse Sezioni Unite. Secondo la Consulta tale ipotesi non è equiparabile a un mutamento legislativo, con conseguente intangibilità dei giudicati formati sulla base di una interpretazione poi sconfessata in via giurisprudenziale dal supremo organo con funzione nomofilattica. Parimenti, però, sul rilievo di una inaccettabile disparità di trattamento rispetto ai soggetti attinti dal giudicato sulla base della vecchia interpretazione dell’art. 75, comma 2, la Corte ha ritenuto quale unica soluzione la formulazione della questione di legittimità costituzionale fondata sull’art. 117 della Costituzione. Ciò in quanto “*l’abrogazione interpretativa effettuata dalle Sezioni Unite altro non è che la validazione di un evento abolitivo che trova la sua matrice nel diritto convenzionale*”, e nello specifico, nella sentenza De Tommaso. Il Collegio ha, infatti, ritenuto che “*il difetto di legalità rilevato non può essere sanato con lo strumento dell’interpretazione adeguatrice(...)* Si ritiene, pertanto, necessario un intervento della Corte Costituzionale, ovvero dell’unico organo che ha la capacità di incidere sulla legge con efficacia retroattiva, e che può assegnare alla condotta prevista dall’art. 75, comma 2 del d.lgs. n. 159/2011, la connotazione stabile necessaria per garantire la prevedibilità della sanzione ed il sostanziale rispetto del principio di legalità”. Si attende quindi una presa di posizione da parte della Corte Costituzionale sul merito della questione.

6.2. I riflessi della pronuncia della Grande Camera sulla confisca di prevenzione.

La richiamata pronuncia EDU sul caso de Tommaso si è occupata soltanto delle misure di prevenzione personali, e specificatamente di quelle relative alla c.d. pericolosità generica.

Non può ignorarsi tuttavia la sua potenziale incidenza sulle misure patrimoniali, perché, anche se queste ultime possono essere applicate disgiuntamente dalle personali e a prescindere dall'attualità della pericolosità sociale, esigono comunque l'accertamento della stessa pericolosità sociale⁵⁵⁴.

Orbene, la richiamata pronuncia della Corte d'Appello di Napoli ha aderito a quanto prospettato dai giudici europei nel caso De Tommaso, e ha, pertanto, ritenuto di dovere sollevare la questione di legittimità costituzionale, in quanto fondata e non manifestamente inammissibile, in relazione alla disciplina delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali) fondate sulle fattispecie di pericolosità generica, oggi disciplinate dall'art. 1 del d.lgs. n. 159/2011.

Invero, con l'ordinanza in esame è stata sollevata questione di legittimità costituzionale delle relative norme - ma nella versione precedente all'entrata in vigore del Codice antimafia - in quanto applicabili *ratione materiae* al caso concreto sottoposto all'attenzione della Corte - derivandone il contrasto con l'art. 117 comma 1 della Costituzione in relazione all'art. 2 prot. 4 CEDU, per ciò che concerne le misure di prevenzione personali, nonché all'art. 1 prot. add. CEDU, per quanto concerne quelle patrimoniali⁵⁵⁵.

⁵⁵⁴ Il riferimento è a Cass. pen., Sez. Un. Spinelli, cit.

⁵⁵⁵ Nello specifico la questione è stata sollevata con riferimento agli artt. 1, 3 e 5 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, agli artt. 1, 4, co. 1, lett. c), 6 ed 8 del d.lgs. n. 159 del 2011, tutti in contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione alla violazione dell'art. 2 Prot. 4 add. CEDU; nonché questione di legittimità costituzionale dell'art. 19 della legge 22 maggio 1975, n. 152 per contrasto con l'art. 117, co. 1, Cost., in relazione alla violazione dell'art. 1 Prot. add. CEDU, nonché per contrasto con l'art. 42 Cost.

Più in particolare, è stata ravvisata l'illegittimità della normativa in materia di misure di prevenzione, laddove descrive i primi due presupposti soggettivi di pericolosità generica, riferiti a *“a coloro che debbano ritenersi sulla base di elementi di fatto, abitualmente dediti a traffici delittuosi”* e a *“coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, sulla base di elementi di fatto, che vivono abitualmente anche in parte, con proventi di attività delittuose”*.

I giudici di merito nell'ordinanza sottolineano che le limitazioni al diritto di proprietà ai sensi dell'art. 1 prot. add. CEDU, sono legittime in quanto “previste dalla legge”; la consolidata giurisprudenza di Strasburgo richiede che la base legale risponda ai medesimi requisiti di qualità - in termini, in particolare, di idoneità della normativa a consentire all'interessato di prevedere la misura limitativa del diritto - che valgono per la limitazione di qualsiasi diritto convenzionale.

Ne deriva l'estensione dei principi ribaditi nel caso De Tommaso anche alla misura di prevenzione patrimoniale della confisca: cambia il parametro di legittimità convenzionale (art. 1 Prot. 1 CEDU), ma occorre che la base legale soddisfi gli stessi *standards* di “qualità”, in termini di *prevedibilità* e *determinatezza*.

Secondo il ragionamento dei giudici, infatti, se la normativa in materia di pericolosità generica è stata ritenuta inadeguata e illegittima, laddove pone delle restrizioni alla libertà di circolazione in assenza dei requisiti di precisione e prevedibilità, anche quella concernente l'applicazione della confisca di prevenzione sarà passibile di un'analogia valutazione.

Diversamente, si potrebbe *“pervenire all'illogica conseguenza per cui le misure di prevenzione patrimoniali potrebbero essere imposte nei confronti di persone che non possono definirsi pericolose a seguito della dichiarata illegittimità costituzionale della norma che definisce tale pericolosità⁵⁵⁶”*. Da ciò deriverebbe un'applicazione irrazionale della confisca di prevenzione: soggetti che

⁵⁵⁶ Idem.

non pericolosi, infatti, potrebbero essere destinatari della misura ablativa, con conseguente violazione della CEDU, ma anche dell'art. 42 della Costituzione.

Seguendo l'iter motivazionale dei giudici partenopei, quindi, le misure di prevenzione patrimoniali non si possono fondare sulle categorie soggettive di pericolosità generica previste dall'art. 1 L. 1423/1956, in quanto ciò implicherebbe ricollegarle a un precetto privo di chiarezza e precisione, con conseguente violazione dell'art. 1 Prot. 1 CEDU.

Su tale questione, è stata dunque investita la Corte Costituzionale, la quale potrà ripercorrere e portare a ulteriori conseguenze quanto in precedenza ritenuto, nel caso De Tommaso, in termini di compatibilità tra il sistema della prevenzione e principio di determinatezza⁵⁵⁷.

La pronuncia della Corte europea - si osserva⁵⁵⁸- avrebbe potuto costituire una fondamentale tappa verso un intervento legislativo in termini di maggiore determinatezza della normativa sui presupposti delle misure di prevenzione. Il legislatore, invece, ha preferito demandare alla giurisprudenza la funzione di "tassativizzare" la normativa in argomento.

La questione, dunque, non affrontata *illo tempore*, si ripropone oggi, aprendo scenari analoghi, ma anche innovativi. La violazione del principio di determinatezza, infatti, non può più essere fronteggiata soltanto su scala nazionale: gli obblighi scaturenti dal diritto europeo impongono, a questo punto, una presa di coscienza da parte del legislatore. A prescindere, infatti, da quelle che saranno le conclusioni della Consulta, viene da tutti gli osservatori ritenuto auspicabile un chiaro intervento normativo.

Alla luce del richiamato *excursus* giurisprudenziale, infatti, pare evidente che la tanto attesa pronuncia della Corte Costituzionale adita dalla Corte di Appello di Napoli interverrà a fare chiarezza sulla tematica, e potrebbe anche

⁵⁵⁷ Cfr. anche Corte cost., n. 177 del 1980, in *Giur.cost.*, 1980, p. 1546.

⁵⁵⁸ F. VIGANO', *Illegittime le misure di prevenzione personali e patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, in *Dir. Pen.cont., riv.trim.*, n. 3/2017.

porre le premesse per un nuovo intervento da parte del legislatore, così da dare concreta attuazione ai principi di tassatività e determinatezza.

Come è stato osservato da attenta dottrina⁵⁵⁹, se l'orientamento espresso dalla Corte europea nella sentenza De Tommaso venisse ribadito in future pronunce, potrebbe costituire un impulso per il ripensamento delle misure di prevenzione personali e patrimoniali, anche alla luce, laddove la proposta della Commissione del 21 dicembre 2016 fosse approvata, del futuro Regolamento sul mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca emanati in un procedimento penale, che imporrà - come verrà evidenziato nel prosieguo della trattazione - di valutare la possibilità di ricondurre il procedimento di prevenzione patrimoniale alla materia penale e alle relative garanzie.

Fermo restando che potrebbe aspettarsi un atteggiamento di resistenza della Corte Costituzionale rispetto a tale giurisprudenza della Corte europea, come testimonia la giurisprudenza costituzionale in tema di confisca urbanistica.

⁵⁵⁹ A.M. MAUGERI *“Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della “legge”, ma una rondine non fa primavera”*. Nota a Corte EDU, Grande Camera, 23 febbraio 2017, De Tommaso c. Italia, in *Dir.pen.cont., riv.trim.*, n. 3-2017.

CAPITOLO IV

LA TUTELA DEI DIRITTI FONDAMENTALI NEL PROCEDIMENTO DI PREVENZIONE

SOMMARIO: 1. Aspetti procedurali. 1.2. Il procedimento preventivo e il principio della pubblica udienza. 1.3. Il codice antimafia e i profili di compatibilità con la CEDU. 1.4. La riforma del codice antimafia. 2. La tutela dei terzi. 2.1. La nozione di terzo interessato. 2.2. La confisca nei confronti degli eredi e successori a titolo particolare. 2.3. La confisca di prevenzione e terzi titolari di diritti di credito.

1. Aspetti procedurali.

Dopo aver analizzato le questioni relative alla compatibilità con i principi di derivazione costituzionale e sovranazionale delle misure di prevenzione sotto il profilo sostanziale dei presupposti applicativi, è opportuno soffermarsi sulle eventuali criticità legate al modello procedimentale adottato.

L'adozione di tale modello si collega alla natura amministrativa che il legislatore attribuì alle misure preventive, in un'ottica di controllo della devianza sociale, affidato sostanzialmente agli apparati di sicurezza dello Stato⁵⁶⁰. Ne è derivato un procedimento privo di quelle garanzie che, invece, presiedono l'applicazione delle sanzioni penali, e trovano pieno riconoscimento sia nella Costituzione, sia nelle fonti sovranazionali, tra tutte, la CEDU.

Già a partire dagli anni '50, si cominciò a far strada un progressivo processo di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione, dovendo il legislatore adeguarsi ai rilievi dalla giurisprudenza costituzionale.

⁵⁶⁰ Cfr. F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione alla luce della giurisprudenza della Corte EDU. I principi. I problemi applicativi*, p. 3, in www.europeanrights.eu.it.

Per quanto, infatti, i giudici costituzionali abbiano fatto salvo il sistema preventivo, hanno in più occasioni proposto un'interpretazione costituzionalmente orientata, indicando dei principi inderogabili, anche nell'ambito della materia in esame.

E così, con la sentenza n. 2 del 1956⁵⁶¹, come già rilevato, la Consulta ha affermato la necessità di applicare le misure di prevenzione sulla base di fatti e non di meri sospetti, e l'obbligo di motivazione. Ha ritenuto che la motivazione del provvedimento dovesse avere natura sostanziale, richiamandosi ad elementi di fatto, indizianti realmente della sussistenza della pericolosità, non soggetta a mere valutazioni dell'autorità procedente.

Ancora, la Consulta ha precisato che, per quanto diverse siano le ragioni di politica criminale sottese alle misure di prevenzione, rispetto a quelle delle sanzioni penali, l'accertamento dei presupposti applicativi non può fondarsi su meri sospetti, ma su presunzioni corrispondenti però a comportamenti obiettivamente identificabili.

Ne derivava, quindi, la necessità della garanzia giurisdizionale nell'ambito del procedimento applicativo di prevenzione, la quale implicava che il provvedimento venisse applicato all'esito di un accertamento dei fatti da parte dell'autorità giudiziaria, nel rispetto del contraddittorio tra le parti e sulla base di elementi risultanti dalla motivazione del relativo provvedimento conclusivo.

Nell'ambito di tale indicazione giurisprudenziale, che indirizzava il legislatore a una progressiva giurisdizionalizzazione del sistema delle misure di prevenzione, va considerata l'entrata in vigore della legge 1956 n. 1423.

Con tale intervento normativo veniva devoluta l'applicazione della misura al giudice ordinario, limitando la competenza dell'autorità amministrativa soltanto alla formulazione della proposta.

⁵⁶¹ Corte cost., sentenza 14 giugno 1956, in *www.cortecostituzionale.it*.

Nonostante tale innovazione, non sono mancate successive pronunce della Corte Costituzionale, le quali hanno continuato a ovviare alle “falle” del sistema normativo, che presentava marcati caratteri inquisitori.

Per quanto, infatti, il legislatore avesse “depotenziato” il carattere amministrativo del procedimento, la Consulta tornava ad evidenziare dei profili di incompatibilità dello stesso con le garanzie costituzionali, che, in taluni casi venivano superati con delle decisioni interpretative di rigetto; in altri, invece, venivano stigmatizzati con delle pronunce di incostituzionalità.

Sotto il primo profilo, è significativa la sentenza in ordine alla necessità di garantire, nell’ambito del procedimento preventivo, il rispetto del principio del contraddittorio e del diritto di difesa dell’interessato, con la quale si asseriva che l’invito a comparire è equiparabile all’atto di contestazione dell’accusa nel processo ordinario. Di qui il rilievo secondo cui esso non può contenere soltanto l’indicazione della misura proposta, dovendo indicare anche le circostanze sulle quali si fonda la richiesta⁵⁶².

Per quanto concerne, invece, gli interventi, per così dire, demolitori della Consulta, va riconosciuta una sua funzione determinante nella delineazione della portata del diritto di difesa, che non poteva essere previsto soltanto su un piano meramente formale. Sul punto, infatti, i giudici costituzionali rilevavano che *“amministrativo o giurisdizionale che sia il procedimento nel quale un tale interesse viene in questione davanti a un giudice, spetti sempre al soggetto il diritto a uno svolgimento di un’integrale difesa...Al di là della specifica difesa sancita dall’art. 24, appare manifesto che gli artt. 13 e 111, secondo comma, interpretati nello spirito delle supreme esigenze fissate dalla Costituzione, conferiscono.....in relazione ai procedimenti che alla libertà si riferiscono, il diritto ad una effettiva integrale difesa di questo supremo interesse del cittadino*⁵⁶³

⁵⁶² Corte cost., 23 marzo 1975, n. 69, in www.giurcost.org.

⁵⁶³ Corte cost., 29 maggio 1968, n. 53, in *Giur.cost.*, 1969, p. 802.

Nel solco di tali principi, veniva, poi, dichiarata⁵⁶⁴ l'incostituzionalità dell'art. 4, comma 2 della predetta L.1423/1956, proprio per l'omessa previsione dell'assistenza tecnica obbligatoria del difensore, portando così a compimento l'*iter* logico-giuridico sotteso alla predetta pronuncia: alla necessaria presenza di un organo giurisdizionale, si aggiungeva così anche quella del difensore tecnico nel procedimento applicativo.

Rimaneva, tuttavia, ancora vigente il principio della non pubblicità del giudizio, stante il disposto dell'art. 4, comma 6 legge 1423/1956, secondo cui "*il tribunale prevede, in camera di consiglio, con decreto motivato, entro trenta giorni dalla proposta*".

Sulla scorta della disposizione citata, quindi, non era possibile per il soggetto interessato chiedere la pubblica udienza. Il rito camerale, infatti, era l'unico previsto, e non era nemmeno rimesso alla discrezionalità del giudice, che non poteva nemmeno derogarvi.

Invero, la scelta di un procedimento camerale rispondeva comunque ad una *ratio*, consistente nell'esigenza di tutelare il principio di segretezza della libertà di iniziativa economica privata del prevenuto, anch'essa costituzionalmente rilevante ex art. 41 Cost., nonché il diritto alla privacy.

Nel sistema delineato dal legislatore, tuttavia, tale principio finiva per avere una portata applicativa assoluta, senza consentire nemmeno l'eventualità di bilanciarlo con il principio di pubblicità dell'udienza, anch'esso di rilevanza costituzionale⁵⁶⁵, nonché rilevante anche alla luce delle fonti sovranazionali, e nello specifico, dell'art. 6 par. 1 della CEDU, così come interpretato dalla Corte di Strasburgo⁵⁶⁶. Tale norma prevede infatti che "ogni persona ha diritto a che la sua

⁵⁶⁴ Corte cost., 25 maggio 1970, n. 76, in *Giur.cost.*, 1970, p. 1031.

⁵⁶⁵ In più occasioni, infatti, la Corte Costituzionale ha messo in evidenza la rilevanza del principio di pubblicità dell'udienza. Ex multis, Corte cost., 16 febbraio 1989, n. 50, in *Foro.it.*, 1989, I, c. 823; Corte cost., 8 febbraio 1991, n.69, in *Giur. Cost.*, 1991, p. 499; Corte cost., 27 luglio 1992, n. 373, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1980.

⁵⁶⁶ Cfr. sentenza Bocellari e Rizza c. Italia, sez. II – 13 novembre 2007, ric. n. 399/02, in *Cass. Pen.*, 2008, p. 828.

causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale (...).”

Inevitabile era pertanto che la disposizione ex art. 4 comma 6 legge 1423/1956 cadesse sotto la scure della giurisprudenza europea, e poi, di quella costituzionale.

1.2. Il procedimento preventivo e il principio della pubblica udienza.

La disciplina del procedimento di prevenzione, così come delineato dalla L.1423/1956, prevedeva che la decisione del Tribunale venisse assunta “in camera di consiglio” (con decreto motivato, entro trenta giorni dalla proposta): non era quindi prevista la pubblicità dell’udienza.

Orbene, l’esclusione del carattere sanzionatorio delle misure di prevenzione non esclude di per sé la valutazione della compatibilità del procedimento applicativo con i principi del giusto processo di cui all’art. 6 della CEDU. Tale norma è stata infatti ritenuta applicabile anche al procedimento proprio delle misure preventive, e per quanto di interesse, ha determinato la valutazione da parte della Corte EDU della compatibilità della suddetta previsione in tema di udienza camerale con il principio della pubblica udienza sancito dall’art. 6 CEDU.

La Corte si è trovata a pronunciarsi, per la prima volta sulla questione nel noto caso *Bocellari e Rizza c./Italia*. I ricorrenti adivano i giudici europei⁵⁶⁷, prospettando la mancanza di pubblicità della procedura all’esito della quale era stata applicata la confisca⁵⁶⁸; analoghe le motivazioni sottese ai ricorsi presentati

⁵⁶⁷ Il ricorso veniva presentato a norma dell’art. 34 della Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Corte eur. dir. uomo, 13 novembre 2007, *Bocellari e Rizza c. Italia*, n. 399/02; Grande Camera 8 luglio 2008, *Perre e altri c. Italia*, ric. n. 1905/05.

⁵⁶⁸ Applicata sulla base di indizi che facevano ritenere l’appartenenza del proposto ad un’associazione di stampo mafioso.

successivamente, uno tra tutti il caso *Bongiorno e altri c. Italia*⁵⁶⁹, in occasione dei quali è stata sempre ribadita l'inderogabilità del principio di pubblicità processuale, così come enunciato dall'art. 6 della CEDU.

Ed invero, secondo i giudici europei, la segretezza del procedimento non può essere ammessa, nemmeno alla luce della finalità propria della misura preventiva, quale è il controllo delle finanze e della circolazione dei capitali, in quanto devono essere tutelati i diritti dell'interessato. Funzionale alla loro garanzia è la partecipazione del pubblico al procedimento, considerata anche la natura degli interessi in gioco.

A fronte della difesa del Governo italiano, che per giustificare la mancanza di pubblicità aveva dedotto la natura altamente tecnicistica del procedimento applicativo, la Corte afferma che *“non bisogna perdere di vista la posta in gioco delle procedure di prevenzione e gli effetti che sono suscettibili di produrre sulla situazione personale dei soggetti coinvolti”*, per cui *“di fronte a tale posta in gioco non si può non affermare che il controllo del pubblico non sia una condizione necessaria alla garanzia del rispetto dei diritti dell'interessato”*.

Di qui la conclusione secondo cui la normativa italiana doveva prevedere la possibilità per i soggetti coinvolti nel procedimento preventivo di chiedere una pubblica udienza, e la conseguente condanna dell'Italia.

Orbene, per comprendere appieno la portata delle conclusioni cui è giunta la giurisprudenza europea, va evidenziata la *ratio* sottesa al principio della pubblica udienza, individuata dalla stessa Corte di Strasburgo nell'ambito di altri ricorsi⁵⁷⁰, che esulano dalla questione specifica italiana dell'art. 4 co. 6 L.1423/1956, nonché l'effettiva portata dello stesso. Al riguardo, si è affermato che il principio di pubblicità dell'udienza si pone, al di là delle garanzie apprestate al singolo individuo, anche come fondamento del rapporto fiduciario tra organi giurisdizionali e consociati, i quali possono contare su un'amministrazione della

⁵⁶⁹ Sentenza *Bongiorno e altri c. Italia*, sez. II, 5 gennaio 2010, ric. N. 4514/07. Cfr. anche sentenza *Pozzi c. Italia*, 26 luglio 2012, ric. n. 55743/08.

⁵⁷⁰ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 8 dicembre 1983, *Axen c. Germania*, in *Foro it.*, 1984, IV, p. 266.

giustizia improntata al principio di trasparenza⁵⁷¹. I cittadini si sentono, così, messi al riparo da una “giustizia segreta”, potendo contare su un coinvolgimento ed un “controllo”, attraverso la partecipazione in udienza. Anch’essa, in sintesi, garantisce la democraticità nel funzionamento della giustizia.

La Corte europea ha inoltre precisato che il diritto alla pubblica udienza debba essere garantito in modo effettivo da un punto di vista sostanziale, e non meramente formale. Di qui il rilievo secondo cui non può ritenersi conforme alla Convenzione una disciplina normativa che si limiti a prevedere la non segretezza del procedimento, dovendo la stessa garantire, piuttosto, la conoscibilità delle *“date e luoghi in cui gli atti processuali vengono compiuti”*⁵⁷². In applicazione di tale principio, anche nei casi in cui non sia possibile procedere alla celebrazione del processo in un’aula di giustizia, devono comunque essere predisposte dall’autorità procedente delle misure tali, da consentire al pubblico, quando non anche agli organi di stampa, di presenziare in udienza⁵⁷³.

Per quanto rilevante, tuttavia, tale principio non ha una portata applicativa assoluta, potendo subire delle deroghe per stessa previsione normativa ex art. 6 CEDU. La disposizione della Convenzione, infatti, ammette alcune eccezioni, in presenza delle quali devono prevalere superiori interessi, rispetto a quelli del soggetto coinvolto, quali sono la tutela dell’ordine pubblico e della sicurezza nazionale, o in genere esigenze di tutela di altri soggetti. Ampia discrezionalità è, in proposito, concessa anche all’autorità giudiziaria, la quale può precludere l’accesso al pubblico in udienza, quando ritenga, in base a particolari situazioni, che tale scelta sia funzionale alla tutela dei citati interessi.

⁵⁷¹ F. VIGANO’, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Giappichelli, Torino, 2016, pp. 129 e ss.

⁵⁷² M. CHIAVIARIO, *Processo e garanzie della persona. II. Le garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 282.

⁵⁷³ Cfr. ex multis Corte eur. dei dir. dell’uomo, Sez. V, 9 giugno 2011, Luchaninova c. Ucraina, nel quale si fa riferimento a un caso in cui la celebrazione del processo avveniva presso una struttura ospedaliera.

Traslando quanto finora prospettato alla casistica italiana concernente il procedimento di prevenzione, pare evidente che i giudici europei non hanno ritenuto, nonostante le dimensioni del fenomeno della criminalità organizzata, che sussistessero degli interessi generali superiori, tali da porsi come eccezione al principio di pubblicità dell'udienza.

Quanto rilevato dalla Corte di Strasburgo ha inevitabilmente avuto delle ripercussioni anche sul piano dell'ordinamento nazionale.

A seguito della pronuncia nel caso *Bocellari e Rizza c. Italia*, infatti, la Corte Costituzionale è stata investita della questione della legittimità costituzionale dell'art. 4 legge 27 dicembre 1956 n. 1423, per la violazione dell'art. 111, comma 1 e 117, comma 1, della Costituzione, *“nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga, davanti al Tribunale e alla Corte d'Appello, nelle forme dell'udienza pubblica⁵⁷⁴”*.

Il giudice remittente, pertanto, non poteva non ripercorrere i precedenti europei, all'esito dei quali l'Italia era stata condannata per la violazione dell'art. 6 della CEDU⁵⁷⁵, “costringendo” i giudici costituzionali a prendere posizione sulle ulteriori conseguenze derivanti nell'ordinamento nazionale.

Orbene, la Corte Costituzionale⁵⁷⁶accoglie le predette prospettazioni.

Pur rilevando la mancanza di un espresso richiamo normativo nell'ambito dell'art. 111 della Costituzione, i giudici, infatti, non negano la rilevanza a livello costituzionale del principio di pubblicità dell'udienza, il quale, anzi, è stato

⁵⁷⁴ Più precisamente, il Tribunale di S. Maria Capua Vetere, con ordinanza 18 dicembre 2008 n. 18, sollevava la predetta questione, rilevando che nell'ambito del procedimento applicativo di un sequestro, il difensore del proposto aveva eccepito l'illegittimità della disposizione che non consentiva la deroga al rito camerale.

⁵⁷⁵ Secondo le prospettazioni del p.m., invece, l'*empasse* derivante dai precedenti della Corte di Strasburgo, poteva essere superato sulla base di una interpretazione analogica dell'art. 441 comma 3. c.p.p., laddove prevede che il giudizio abbreviato si svolge in camera di consiglio, ma che può essere trattato in udienza pubblica “quando ne fanno richiesta tutti gli imputati”.

⁵⁷⁶ Corte cost., 12 marzo 2010, n. 93, in *Giur.cost.*, 2010, p. 1053.

tradizionalmente richiamato dalla giurisprudenza costituzionale⁵⁷⁷ quale principio proprio di un ordinamento democratico. Ad ogni modo il principio in esame ha ricevuto anche un ulteriore fondamento normativo costituzionale, alla luce del rinvio di cui all'art. 117 della Costituzione ai vincoli derivanti dall'ordinamento internazionale, e quindi all'art. 6 della CEDU, divenuto parametro interposto.

Tali prospettazioni implicavano, in definitiva, la censura di incostituzionalità degli articoli 4 della legge n. 1423 del 1956 e, con specifico riferimento alle misure patrimoniali, dell'art. 2 ter della Legge 575 del 1965, che con la pronuncia in esame sono state dichiarate incostituzionali *“nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione si svolga davanti al Tribunale e alla Corte d'Appello, nelle forme dell'udienza pubblica”*.

Il legislatore con il Codice Antimafia si è adeguato a tale pronuncia, prevedendo che il procedimento si svolga in pubblica udienza quando l'interessato ne faccia richiesta (art. 7).

1.3. Il Codice antimafia e i profili di compatibilità con la CEDU.

Benché, come già evidenziato, con il d.lgs. 159/2011 il legislatore italiano abbia razionalizzato la normativa vigente in materia di misure di prevenzione attraverso un testo normativo di carattere ricognitivo, vanno evidenziati anche dei profili di innovatività, adottati, per lo più, in attuazione di quei principi affermati in via giurisprudenziale, e alla luce dei quali il procedimento preventivo aveva assunto carattere pienamente giurisdizionale.

⁵⁷⁷ Cfr. Corte cost., 2 febbraio 1971, n. 12, in *Giur. cost.*, 1971, p. 103; Corte cost., 10 febbraio 1981, n. 17, in *Giur. cost.*, 1981, p. 81; Corte cost., 8 febbraio 1991, n. 69, in *Giur. cost.*, 1991, p. 499; Corte cost., 16 febbraio 1989, n. 50, in *Foro.it.*, 1989, I, c. 823; Corte cost., 16 febbraio 1989, n. 50, in *Foro.it.*, 1989, I, c. 823; Corte cost., 27 luglio 1992, n. 373, in *Giur. cost.*, 1992, p. 1980.

Sul punto, va *in primis* considerata la previsione di cui all'art. 7 comma 1 d.lgs. 159/2011, a norma del quale “*Il presidente dispone che il procedimento si svolga in pubblica udienza quando l’interessato ne faccia richiesta*”: il legislatore italiano ha così recepito i principi espressi dalla Corte Costituzionale.

Sotto il profilo strettamente procedimentale, l'art. 7 al comma 9⁵⁷⁸ opera un rinvio alla disciplina prevista per l'incidente di esecuzione, sancendo che “*per quanto non espressamente previsto dal presente decreto, si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni contenute nell’articolo 666 del codice di procedura penale*”.

Il rinvio al procedimento di esecuzione ha posto delle perplessità in dottrina⁵⁷⁹, la quale ha evidenziato le implicazioni che ne derivano, in punto di tutela delle garanzie giurisdizionali, prospettando ulteriori profili di “frizione” con l'art. 6 della CEDU.

Deve riconoscersi che il codice antimafia ha comunque introdotto alcune garanzie per il soggetto interessato, rispetto al previgente regime normativo.

È stata, infatti, prevista la possibilità per il detenuto o l'internato in luogo posto fuori dalla circoscrizione del giudice, di essere sentito prima del giorno dell'udienza, dal magistrato di sorveglianza del luogo. È, inoltre, prevista la possibilità per il Presidente del Collegio di disporre l'audizione mediante collegamento audiovisivo, a norma degli articoli 146 bis, commi 3,4,5,6 e 7 disp. att. c.p.p.

Il d.lgs. risulta, tuttavia, lacunoso laddove non prevede l'ipotesi in cui il proposto, che si trovi fuori della circoscrizione del Tribunale, avanzi tempestiva richiesta di presenziare a partecipare.

⁵⁷⁸ L'art. 4 comma 6 L. 1423 del 1956 rinviava agli artt. 636 e 637 del codice di procedura penale previgente, riferiti al procedimento di sorveglianza.

⁵⁷⁹ *Misure di prevenzione, Costituzione, e CEDU: proposte per un'analisi critica. Relazione presentata al Convegno “Per combattere la criminalità: sequestro e confisca dei patrimoni, custodia e gestione dei beni, conservazione delle imprese, garantismo e difesa sociale” promosso da Fondazione CIRGS (Milano) e Fondazione Banca del Monte di Lucca, presieduto da S. E. Giorgio Santacroce, Viareggio, 9-10 maggio 2014.*

Prima dell'entrata in vigore del predetto decreto, tuttavia, la giurisprudenza⁵⁸⁰ riteneva che la presenza del soggetto proposto andasse comunque garantita, applicando al procedimento preventivo in via estensiva il regime giuridico previsto per quello di riesame. A conclusioni opposte giungeva, invece, per l'ipotesi in cui la richiesta veniva avanzata dal proposto per essere sentito.

Ebbene, alla luce del regime giuridico previsto dal codice antimafia, le conclusioni di tale orientamento sono risultate di dubbia applicabilità. In una prospettiva garantista, tuttavia, la giurisprudenza ha riconosciuto il diritto del proposto detenuto fuori del circondario di avanzare entrambe le richieste, sia quella di essere sentito, sia quella di partecipare all'udienza.

Si tratterebbe, invero, di una interpretazione imposta dallo stesso art. 6 della CEDU, il quale *“se non prevede esplicitamente il diritto alla comparizione innanzi al giudice tra i diritti fondamentali in materia di processo, che tale diritto sia di fatto inserito nell'articolo 6 risulta dalla previsione, nello stesso articolo, di diritti dell'interessato da esercitare in udienza e che, quindi, presuppongono il pieno diritto alla partecipazione^{581”}*.

Ancora, a differenza della pregressa disciplina, l'art. 7 comma 5, d.lgs. n. 159/11 prevede il rinvio dell'udienza nei casi di legittimo impedimento dell'interessato, che ha chiesto di essere sentito personalmente e che non sia detenuto o internato in luogo diverso da quello in cui ha sede il giudice. La norma recepisce, seppure parzialmente, l'orientamento giurisprudenziale, che ammetteva il rinvio dell'udienza per legittimo impedimento a comparire del proposto, anche nel caso in cui questi è detenuto fuori del luogo della circoscrizione del Tribunale⁵⁸².

⁵⁸⁰ Cass. pen., nn. 2531/96; 31334/08.

⁵⁸¹ Cfr. Corte eur. dir. uomo, 1 marzo 2006, Sejedovic v. Italy.

⁵⁸² ex multis cfr. Cass. pen., n. 19535/03; 46614/07.

Tuttavia, anche rispetto a tale ipotesi è venuta in soccorso la dottrina⁵⁸³, che ha proposto un'interpretazione costituzionalmente orientata, volta a garantire la partecipazione all'udienza del detenuto fuori circondario che chieda di presenziare l'udienza.

Per quanto, invece, il difensore costituisca parte necessaria del procedimento, il codice ha continuato a risultare carente laddove non attribuisce rilevanza al legittimo impedimento del difensore a comparire (salvo ad intervenire sul punto in sede di riforma, come sarà esaminato nel prosieguo).

La scelta del legislatore è stata condivisa dalla giurisprudenza di legittimità⁵⁸⁴, la quale ha avallato un'interpretazione secondo la quale l'art. 486, comma quinto, c.p.p. - norma che prevede la sospensione o il rinvio del dibattimento in caso di legittimo impedimento del difensore -, non trova applicazione per i procedimenti camerati, svolti secondo le forme di cui all'art. 127 c.p.p., quali sono i procedimenti di esecuzione e di prevenzione. Tale interpretazione, antecedente alla Legge costituzionale n. 2/1999, è stata riconfermata⁵⁸⁵ anche all'esito della modifica dell'art. 111, nonché dell'introduzione dell'art. 420 ter c.p.p., a norma del quale l'istituto del legittimo impedimento del difensore si applica anche all'udienza preliminare. Quest'ultima norma, in definitiva, non è stata interpretata estensivamente, fino a ricomprendere anche il procedimento camerale.

Tale regime giuridico è stato ritenuto legittimo, in quanto espressione della discrezionalità del legislatore, il quale può scegliere il tipo di garanzia difensiva da assicurare nei diversi procedimenti⁵⁸⁶.

Rimangono tuttavia notevoli criticità.

Il rinvio al procedimento di esecuzione determina l'inapplicabilità dell'art. 495 c.p.p., che garantisce il diritto alla prova a discarico, nel rispetto del principio

⁵⁸³ F. MENDITTO, *Confisca penale e di prevenzione davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Questione e giustizia.it*

⁵⁸⁴ Cass. pen., Sez. Un., n. 7551/98.

⁵⁸⁵ Cass. pen., n. 2405/00; 2634/00.

⁵⁸⁶ In tal senso cfr. Cass. pen., nn. 4855/00; 8917/2000; 405/01; 28211/03.

del contraddittorio. Si ritiene infatti che la norma *de qua* trovi applicazione nel processo di cognizione⁵⁸⁷, nel quale deve accertarsi la responsabilità dell'imputato, ma non anche in quello di esecuzione. La *ratio* di tale interpretazione è da rinvenire nella differente funzione propria del procedimento di esecuzione, in relazione alla quale risulta ragionevole il mancato riconoscimento del diritto della prova a discarico.

In senso critico, si rileva⁵⁸⁸ tuttavia che ad analoghe conclusioni non può pervenirsi per il giudizio di prevenzione, nel quale si finisce con il registrare un *vulnus* all'effettività del diritto di difesa del proposto. È stato infatti osservato che stante l'autonomia del procedimento preventivo rispetto al processo penale, l'interessato può essere chiamato a rispondere per i fatti ascrittigli, sulla base di una valutazione effettuata senza le garanzie proprie del giusto processo.

La tutela del diritto al contraddittorio, quindi, è realizzata nei limiti di cui all'art. 666 comma 5⁵⁸⁹ c.p.p., e del disposto ex art. 185 disp. att. c.p.p., il quale prevede che l'assunzione delle prove avviene “*senza particolari formalità*”, anche nelle ipotesi dell'esame dei testimoni e dell'espletamento della perizia. E tuttavia nella prassi applicativa si registra un deficit di garanzie, specie ove vengano depositati da parte dell'Accusa documenti in cancelleria, senza previo avviso ai difensori, al fine di contestare prospettazioni difensive⁵⁹⁰: venendo in gioco, con tutta evidenza, la previsione dell'art. 6 della CEDU, declinato con riferimento al diritto di difesa, ma anche al principio del contraddittorio e a quello della parità delle armi tra le parti.

Poiché l'art. 23 del Codice Antimafia prevede che al procedimento per l'applicazione di una misura patrimoniale si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni dettate dal titolo I capo II, sez. I (comprendente la modulazione del

⁵⁸⁷ Ex multis, cfr. Cass. pen., sez. I, 2 novembre 1993, n. 3605.

⁵⁸⁸ *Misure di prevenzione, Costituzione, CEDU, proposte per un'analisi critica, op. cit.*

⁵⁸⁹ La norma prevede che il giudice può chiedere alla autorità competenti tutti i documenti e le informazioni di cui abbia bisogno; se occorre assumere prove, procede in udienza nel rispetto al contraddittorio.

⁵⁹⁰ A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Arch. Pen.* 2017 n. 1, p. 20.

procedimento applicativo), non vi è dubbio che i principi dettati dall'art. 6 della CEDU debbano trovare applicazione non solo nel procedimento applicativo delle misure personali, ma anche nel procedimento diretto all'applicazione delle misure patrimoniali.

Con riferimento alla confisca di prevenzione antimafia, la dottrina⁵⁹¹ ha evidenziato le condizioni necessarie da rispettare nell'ambito del relativo procedimento, affinché il diritto di difesa possa ritenersi rispettato, alla luce dei principi della giurisprudenza della Corte di Strasburgo.

Per quanto, infatti, la Corte ammetta il ricorso alle presunzioni per l'applicazione della confisca antimafia, essa richiede anche che le stesse possano essere confutate nel rispetto del principio del contraddittorio. Più in particolare, ha avuto modo di affermare che sulla base di sufficienti indizi ben può presumersi che *“i beni della persona indiziata di appartenere ad un'associazione delittuosa costituiscono il profitto di attività illecite o il loro reimpiego”*⁵⁹², ma deve altresì garantirsi all'imputato la possibilità di provare il contrario, così da rigettare la presunzione di colpevolezza.

Sul punto la Corte europea ha ritenuto possibile l'esercizio del predetto diritto, nell'ambito del procedimento preventivo, in quanto esso prevede il contraddittorio in tre gradi di giurisdizione, Tribunale, Corte d'Appello e Cassazione⁵⁹³. Pertanto, proprio in considerazione del carattere giurisdizionale della procedura, si dovrà effettuare una valutazione oggettiva di fatti, supportati da adeguata documentazione, non essendo rilevanti dei meri sospetti, più propri di un

⁵⁹¹ A.M. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella CEDU, e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, in *Sequestro e confisca*, a cura di M. Montagna, Giappichelli, Torino, 2017, pp. 6 e ss.

⁵⁹² Corte eur. dir. uomo, *Prisco c. Italia*, Ric. N. 38662/97; *Salabiaku v. France*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme* 1988, Serie A, vol. 141, 10-15-17, 25 settembre 1992, *Pham Hoang v. France*, ivi 1992, vol. 243, 21 – 22.

⁵⁹³ Commissione eur., 15 aprile 1991, *Marandino*, n. 12386/86, in *Decisions et Rapports (DR)*, 70, 78. Tale principio è ribadito dalla Corte anche nel caso *Prisco c. Italia*, sentenza 15 giugno 1999, in cui ha ritenuto compatibile il procedimento di prevenzione all'art. 6 CEDU, rilevando che il richiedente aveva potuto sottoporre gli elementi di prova da lui ritenuti necessari a tre istanze giurisdizionali nel corso di una procedura informata al principio del contraddittorio, e che le decisioni giudiziarie risultavano adeguatamente motivate.

diritto penale d'autore, ben lontano dalle garanzie riconosciute a livello europeo e costituzionale⁵⁹⁴.

Tuttavia, in una prospettiva di effettività del diritto di difesa, si richiede di più: laddove, infatti, il proposto riesca a dare prova dell'origine lecita del patrimonio, l'accusa non potrà limitarsi a una contestazione generica delle allegazioni difensive, dovendo dedurre una precisa e puntuale controprova: diversamente, si determinerebbe la violazione del diritto di difesa⁵⁹⁵.

In più occasioni, la Corte di Strasburgo ha, altresì ribadito che, seppure rientri nella discrezionalità del legislatore nazionale, la scelta del mezzo idoneo a garantire l'esercizio del diritto di difesa, questo non può avvenire su un piano meramente formale⁵⁹⁶, paventando il diniego di giustizia ogni qualvolta un provvedimento non venga adottato sulla base di prove determinanti prodotte dalla difesa, o senza che l'autorità giudicante abbia proceduto al loro esame⁵⁹⁷. Effettiva deve essere, dunque, la possibilità della parte di far valere in giudizio le proprie ragioni⁵⁹⁸, in quanto *“que chaque partie se voie offrir une possibilité raisonnable de presenter sa cause dans des conditions qui ne la placent pas dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire”*⁵⁹⁹.

Parimenti si ravvisa il rischio della violazione di tali principi, quando, nell'ambito del procedimento preventivo, si valuta il presupposto della pericolosità sociale sulla base delle dichiarazioni rese dai collaboratori di giustizia, senza aver proceduto a un riscontro fattuale delle stesse, prassi condivisa dalla giurisprudenza italiana⁶⁰⁰. La giurisprudenza della Corte di Strasburgo impone, invece, alle

⁵⁹⁴ A.M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem? op. cit.*

⁵⁹⁵ A. M. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella CEDU e la giurisprudenza europea in tema di confisca*, op.cit, p. 59.

⁵⁹⁶ Corte eur. dir. uomo, sez. III, 10 ottobre 2002, Czekalla c. Portogallo.

⁵⁹⁷ Corte eur. dir. uomo, 19 aprile 1994, *Van de Hurk c. Paesi Bassi*, Serie A n. 288; *Kraska c. Svizzera*, 19 aprile 1993.

⁵⁹⁸ *Ex multis* Corte eur. dir. uomo, Sez. II, 17 luglio 2007, Bobek c. Polonia; Corte eur. dir. uomo, sez. I, 16 novembre 2006 Klimentyev c. Russia.

⁵⁹⁹ Corte eur. dir. uomo, 17 gennaio 1970, Delcourt c. Belgio, Serie A n. 11.

⁶⁰⁰ Cass. pen., sez. I, 21 ottobre 1999, Castelluccia, n. 5786; Id Sez. I, 29 aprile 2011, n. 2011, n. 20160, Bagalà.

autorità procedenti “*sforzi ragionevoli per assicurare la comparizione dei testimoni da controinterrogare*⁶⁰¹”, nonché di verificare che “*l'impossibilità per la difesa di interrogare o fare interrogare un testimone a carico è giustificata da un motivo serio*⁶⁰²”.

Particolarmente delicato risulta il tema dei rapporti tra procedimento di prevenzione e procedimento penale.

Se è vero che va ribadita l'autonomia dei due procedimenti, non può negarsi che, laddove gli elementi di accusa posti a base della richiesta di misura di prevenzione siano coincidenti con quelli oggetto di accertamento in sede penale, l'assoluzione emessa in tale sede possa (o debba) avere refluenze sul giudizio di prevenzione. Alla luce dei superiori rilievi, va stigmatizzata quella giurisprudenza italiana⁶⁰³ che fonda la pericolosità del prevenuto su un fatto su cui è intervenuta una sentenza di assoluzione, o una sentenza di condanna, poi ribaltata in grado di appello. Invero, nel caso *Geerings*, seppure con riferimento ad un'altra ipotesi di confisca⁶⁰⁴, la Corte europea ha chiaramente asserito che non vi è incompatibilità con i principi CEDU nel caso di confisca che prescinde dalla condanna, purché venga garantito uno *standard* probatorio minimo circa l'origine illecita dei beni⁶⁰⁵. Una differente valutazione implicherebbe il “*riconoscimento della colpevolezza dell'imputato senza che ne sia stata accertata la colpevolezza in conformità alla legge*⁶⁰⁶”.

L'art. 6 della CEDU impone anche la verifica rispetto ai principi dell'imparzialità e dell'indipendenza del giudice⁶⁰⁷.

⁶⁰¹ Corte eur. dir. uomo, 5 giugno 2009, *Mirilashvili v. Russia*, n. 6293/04.

⁶⁰² *Idem*.

⁶⁰³ Corte App. Caltanissetta, Sez. I, 18 ottobre 2012, dep. 23 ottobre 2012 (procedimento n. 50/08M.P.).

⁶⁰⁴ il riferimento è alla confisca allargata prevista dall'ordinamento olandese.

⁶⁰⁵ Corte eur. dir. uomo, 1 marzo 2007, *Geerings v. the Netherlands*, n. 30810/03.

⁶⁰⁶ *Idem*.

⁶⁰⁷ Come noto, il principio di imparzialità del giudice consiste nell'assunzione di un atteggiamento di equidistanza da parte del giudice rispetto ai fatti oggetto della causa, ma anche rispetto alle parti del processo; quello di indipendenza, invece, costituisce una condizione di esistenza del primo, non potendosi ritenere imparziale un giudice che deve rispondere ad altri del proprio libero convincimento.

Ebbene, il Codice Antimafia non prevede l'applicabilità al procedimento di prevenzione del regime giuridico previsto per il processo penale ordinario in materia di astensione e ricusazione⁶⁰⁸, e in particolare, per gli atti posti in essere dal giudice astenuto o ricusato. A norma della disciplina codicistica, opera per questi il principio dell'inutilizzabilità, a garanzia del principio di imparzialità⁶⁰⁹. Nulla di ciò è previsto per il procedimento preventivo, nel quale vige una prassi che va in direzione del tutto opposta.

Parimenti, si è sempre ritenuta compatibile la normativa in materia di procedimento preventivo con il principio del *ne bis in idem*, stante l'asserita natura preventiva e non sanzionatoria della confisca di prevenzione⁶¹⁰.

La questione è stata, invero, sottoposta all'attenzione della Corte di Strasburgo, da alcuni ricorrenti italiani, che adivano i giudici europei, lamentando di avere subito la lesione del predetto principio⁶¹¹. Ebbene, anche in tale occasione la Corte di Strasburgo ha sottolineato la non riconducibilità della confisca di prevenzione al novero delle pene, in quanto la loro *“imposizione non dipende da una preventiva pronuncia di una condanna per una infrazione penale(..). Di conseguenza, i ricorrenti non possono affermare di essere stati perseguiti o puniti penalmente nell'ambito della procedura controversa^{612”}*.

A tale *decisum* si è allineata anche la giurisprudenza della Corte di legittimità, la quale ha ribadito che il *“presupposto delle misure di prevenzione non è un reato, ma la pericolosità che si può desumere da illeciti penali o amministrativi...è una condizione, non un illecito di qualsivoglia natura”*. Rileverebbe il principio del *ne bis in idem*, solo se venisse applicata la misura

Cfr. G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*, R. Cortina, 2009.

⁶⁰⁸ Il riferimento è, in particolare, all'art. 42 c.p.p.

⁶⁰⁹ A.M. MAUGERI, *op. cit.*

⁶¹⁰ Corte eur. dir. uomo, sentenza 17 maggio 2011, ric. n. 24920/07 – Capitani e Campanella c. Italia.

⁶¹¹ Nel caso specifico, il Tribunale aveva disposto nei loro confronti la misura della sorveglianza speciale, e successivamente, la confisca di molti beni, in quanto, alla luce degli indizi raccolti, vi era motivo di ritenere che i ricorrenti avevano partecipato alle attività di un'associazione per delinquere, e che gli stessi rappresentassero un pericolo sociale.

⁶¹² *Idem*.

nell'ambito di un secondo procedimento, quando il primo sia stato già definito con una pronuncia irrevocabile⁶¹³.

Si consideri inoltre che nell'ambito del procedimento preventivo la preclusione del giudicato trova applicazione *rebus sic stantibus*⁶¹⁴. Alla luce del carattere della provvisorietà della misura preventiva, infatti, ben può accadere che vengano acquisiti “*ulteriori elementi, precedenti o successivi al giudicato, ma non valutati, che comportino un giudizio di maggiore gravità della pericolosità stessa e di inadeguatezza delle misure precedentemente adottate*”⁶¹⁵.

Il precedente giudicato non osta quindi a una loro successiva valutazione, e alla conseguente adozione della misura preventiva, in quanto non ha ad oggetto un fatto di reato, bensì la pericolosità del soggetto⁶¹⁶. Ne deriva, in definitiva, la possibilità che venga riaperto un procedimento preventivo sulla base della sussistenza di nuovi elementi indiziari, anche nei confronti di chi ha già subito analoghi accertamenti, a distanza di molto tempo⁶¹⁷.

1.4. La riforma del codice antimafia.

Non può infine non farsi riferimento al recente intervento normativo, con il quale sono state introdotte alcune modifiche al Codice Antimafia.

⁶¹³ Cass. pen., Sez. II, 4 giugno 2015, Friolo.

⁶¹⁴ A. M. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella CEDU e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, cit. pag. 68 e ss. Cfr. anche Cass. pen., Sez. Un., 29 ottobre 2009, n. 600, in *C.E.D. Cass.*, 245176; Id., Cass., Sez. Un., 13 dicembre 2000, Madonia, *ivi*, 217668.

⁶¹⁵ *Idem*.

⁶¹⁶ Cass. pen., Sez. Un., 30 marzo 1998, Rv. 210041; Cass. pen., sez. I, 6 marzo 1992, in *Foro.it*, 115, II, 1992, p. 555.

⁶¹⁷ Cfr. A.M. MAUGERI, secondo la quale si realizza la configurabilità “*di un vero e proprio circuito sanzionatorio senza fine, con evidente rischio di overcriminalisation*”.

Il 19 novembre 2017⁶¹⁸, infatti, è entrata in vigore la legge 17 ottobre 2017 n. 161, recante appunto modifiche al codice delle leggi antimafia e alle misure di prevenzione - e quindi al d.lgs. 2011 n. 159 -, ma non solo. Sono, infatti, state apportate delle modifiche anche alla disciplina codicistica, alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e ad altre disposizioni.

Ebbene, tra le varie novità previste, il primo elemento da evidenziare è quello concernente l'ampliamento dei soggetti destinatari delle misure di prevenzione patrimoniali e personali⁶¹⁹: tra questi, rilevano, particolarmente, i soggetti indiziati del reato di assistenza agli associati e di associazione finalizzata a numerosi reati contro la pubblica amministrazione.

Tale opzione normativa sottende certamente una scelta di tipo politico-criminale. Essa è, infatti, il frutto dell'ampio dibattito politico, nel quale si erano contrapposte posizioni che prediligevano un'estensione dell'applicazione della confisca ai cosiddetti colletti "bianchi", soprattutto al fine di combattere il fenomeno corruttivo, e posizioni che, invece, interpretavano una tale estensione in chiave giustizialista, con conseguente pregiudizio delle garanzie.

Alla fine è, invero, prevalsa una via intermedia, in quanto l'applicabilità delle misure di prevenzione è prevista per quei soggetti che hanno espresso la pericolosità in ambito associativo, e non a soggetti indiziati della commissione di reati, seppure seriali, ma commessi al di fuori di tale contesto⁶²⁰.

⁶¹⁸ Cfr. S. FINOCCHIARO, *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in *Dir. pen. cont.*, fasc. 10/2017, pp. 251 ss.

⁶¹⁹ La novella amplia il novero delle fattispecie di pericolosità qualificata di cui all'art. 4 del codice antimafia, tra cui si riportano a titolo esemplificativo: i soggetti indiziati del reato di assistenza agli associati ex art. 418 c.p.; le persone che abbiano posto in essere atti esecutivi diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei reati ex art. 4 lett. d) cod. antimafia; i soggetti indiziati del delitto di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche ex art. 640 bis c.p.; gli indiziati di associazione a delinquere finalizzata alla commissione di numerosi reati contro la pubblica amministrazione; i soggetti indiziati di *stalking*.

⁶²⁰ La versione definitiva della riforma accoglie gli emendamenti del Senato, in forza dei quali l'applicazione del sistema della prevenzione in materia di reati contro la P.A. viene limitata ai casi in cui questi siano commessi in forma associativa ex art. 416 c.p. e non individuale.

Parte della dottrina⁶²¹ ha comunque manifestato perplessità circa la compatibilità alla Costituzione e alla CEDU di una simile scelta, sul rilievo secondo cui l'estensione soggettiva delle misure patrimoniali rischierebbe di traghettarle da strumento settoriale a rimedio ablativo ordinario, venendo così meno quella esigenza di fronteggiare i fenomeni criminali più allarmanti, in base alla quale i giudici di Strasburgo hanno “consentito” una compressione di taluni diritti e garanzie individuali sancite a livello convenzionale.

Per converso si obietta che già prima di tale riforma, stante l'ampiezza della formula di cui all'art. 1 d.lgs. n.159/2011 nel descrivere le ipotesi di “pericolosità generica” (“*i soggetti abitualmente dediti a traffici delittuosi*” o che “*vivono abitualmente con i proventi di attività illecite*”), il dettato legislativo consentiva di applicare la misura patrimoniale alle condotte contraddistinte dalla commissione abituale di reati contro la pubblica amministrazione⁶²².

Inoltre, la stessa Corte di Strasburgo ha ritenuto compatibili alla CEDU misure patrimoniali *in rem* fondate sull'indizio di commissione di delitti di corruzione, a prescindere dal procedimento penale, ritenendole proporzionate allo scopo legittimo perseguito di contrasto alla criminalità amministrativa⁶²³.

Interessanti novità si riscontrano anche sul piano procedimentale, sotto diversi profili.

Sotto il profilo strettamente processuale, vanno annoverate la previsione della trattazione in via prioritaria dei procedimenti di prevenzione patrimoniale; il trasferimento della competenza per l'adozione dal Tribunale del capoluogo di provincia al Tribunale del distretto; e l'istituzione di sezioni specializzate per la trattazione dei procedimenti di prevenzione.

Si tratta di modifiche volte a garantire nella materia in esame l'impiego di magistrati altamente professionali e specializzati, che possano avvalersi di una

⁶²¹ C. VISCONTI, *Approvate in prima lettura dalla Camera importanti modifiche al procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Dir. pen. cont., riv. trim.*, 4-2015; C. VISCONTI, *Codice antimafia: luci e ombre della riforma*, in *Diritto penale e processo*, n. 2/2018, pp. 145 e ss.

⁶²² Cass. pen., Sez. Un., del 23 marzo 2010, n. 13426.

⁶²³ Corte eur. dir. uomo, 12 maggio 2015, Gogitidze e altri c. Georgia.

collaborazione sinergica, anche in considerazione dei settori in cui si trovano ad operare, nei quali sono richieste competenze interdisciplinari (quali quelle economiche, aziendalistiche e fallimentaristiche).

Ancora, significativo è l'intervento del legislatore anche sul piano della gestione giudiziaria e del controllo giudiziario dell'azienda, volto a garantire la massima trasparenza nella scelta degli amministratori. Sono, infatti, previste delle condizioni soggettive più stringenti, così da garantire una maggiore professionalità e il difetto di cause di incompatibilità⁶²⁴.

Particolarmente significative risultano le modifiche che hanno ovviato a lacune e a *deficit* sotto il profilo delle garanzie difensive, già oggetto di rilievi critici da parte degli operatori del diritto e dalla dottrina.

Al riguardo, innovativa è la modifica della disciplina del procedimento applicativo, laddove si precisa che il termine di trenta giorni – entro cui il Tribunale deve provvedere con decreto motivato – decorre dal deposito della proposta, e che l'avviso di fissazione dell'udienza contenga una concisa esposizione dei contenuti della proposta; evidente è il potenziamento del “diritto all'informazione” da parte dell'interessato⁶²⁵ (art. 7 co. 2). Ancora, è prevista la partecipazione all'udienza di detenuti e internati al di fuori della circoscrizione del giudice, a mezzo di collegamento audiovisivo, salvo che il collegio ritenga necessaria la presenza della parte, e la possibilità del rinvio dell'udienza anche nell'ipotesi di legittimo impedimento del difensore.

Ne deriva un procedimento improntato a un più effettivo e sostanziale contraddittorio, coerentemente alle esigenze di tutela imposte dal giusto processo, a norma degli art. 111 Costituzione e 6 CEDU. A conferma di tale considerazione, va valutata con favore l'aggiunta del comma 4 bis all'art. 7 del Codice, a norma del quale il Tribunale, accertata la regolare costituzione delle parti, ammette le

⁶²⁴ Il legislatore ha altresì disposto la riorganizzazione dell'Agenzia Nazionale per i beni confiscati, nonché il suo potenziamento, al fine di migliorarne la sua efficacia funzionale.

⁶²⁵ A. BALSAMO, P. MATTARELLA, *Riforma del codice antimafia*, Dig. Pen., agg. X, a cura di A. Gaito, B. Romano, M. Ronco, G. Spangher, UTET, Torino, 2018, pp. 41 e ss.

prove rilevanti, escludendo quelle vietate dalla legge o superflue, disciplinandosi, così, il “diritto alla prova” spettante alle parti⁶²⁶.

Per quanto concerne le misure patrimoniali, vanno evidenziate alcune novità nella disciplina del sequestro e della confisca antimafia.

Con riferimento al primo, è stata modificata l’esecuzione del sequestro, non più di competenza dell’ufficiale giudiziario (la cui presenza è soltanto eventuale), bensì della polizia. Viene, inoltre, elevato da 10 a 30 giorni il termine entro cui il sequestro urgente perde efficacia.

Per quanto attiene l’istituto della confisca, anche l’art. 24 è stato oggetto della riforma novellatrice. Il comma 1, in particolare, ha escluso, recependo i principi consolidati della giurisprudenza, la possibilità per il proposto di giustificare la legittima provenienza dei beni, “*adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell’evasione fiscale...*”⁶²⁷; viene, invece, confermato il termine di un anno e sei mesi⁶²⁸, entro il quale al sequestro deve seguire il provvedimento di confisca, pena la perdita di efficacia, e modificata la disposizione sulla possibilità di proroga in presenza di indagini complesse o aventi ad oggetto beni patrimoniali di una certa rilevanza. Nello specifico, viene mantenuto il termine di massimo di sei mesi, ma viene eliminato l’inciso “*per non più di due volte*”. Ne deriva che, rispetto al precedente regime giuridico, possono essere adottati dei provvedimenti di sospensione, i quali di sei mesi in sei mesi, potrebbero posticipare la decisione *sine die*, con conseguente pregiudizio per la ragionevole durata del procedimento.

La riforma ha, altresì, investito la disciplina del sistema delle impugnazioni delle misure patrimoniali.

Elemento dirompente è rappresentato dalla impugnabilità innanzi alla Corte di Appello del decreto con cui il giudice dispone l’applicazione, il diniego o la

⁶²⁶ A. BALSAMO, P. MATTARELLA, op.cit.

⁶²⁷ La modifica è stata, in particolare, introdotta dall’art. 5 comma 8 della riforma.

⁶²⁸ Il termine decorre dalla data d’immissione in possesso dei beni da parte dell’amministrazione giudiziario.

revoca del sequestro, secondo le forme ordinarie previste per il decreto di confisca (art. 27 nuovo co. 1). Si supera così la precedente possibilità di proporre incidente di esecuzione innanzi allo stesso giudice del sequestro, devolvendo il provvedimento ad un giudice diverso dotato di pieni poteri cognitori, così come accade in tema di sequestro penale.

Appare evidente il carattere innovativo della previsione che colma una grave lacuna del sistema previgente: un provvedimento di sequestro emesso senza contraddittorio poteva rimanere in piedi fino alla decisione di merito, magari emessa a distanza di diversi anni, con conseguenze spesso irreversibili sui diritti patrimoniali dei soggetti incisi.

Il nuovo comma 3 bis, poi, prevede la possibilità di sospendere, nelle more del giudizio di Cassazione, la decisione della Corte d'Appello di disporre la revoca del sequestro, in riforma del decreto di confisca emesso dal Tribunale; il comma 6 bis dell'art. 27, infine, estende il termine di un anno e sei mesi per l'emissione del decreto di confisca, anche all'ipotesi di annullamento dell'originario decreto con rinvio al Tribunale, con decorrenza del predetto termine a far data dalla ricezione degli atti presso la cancelleria del Tribunale stesso.

Da ultimo, ma non per rilevanza, va evidenziata la modifica attinente la disciplina sulla tutela dei terzi di buona fede⁶²⁹ nei procedimenti di prevenzione. Ed invero, mentre nella pregressa normativa il creditore poteva limitarsi a dimostrare la sua buona fede, al fine del riconoscimento del credito, il riformato art. 52 comma 1, lettera b) estende l'oggetto dell'onere probatorio. Il creditore, infatti, dovrà provare sia la mancanza di strumentalità del credito all'attività illecita, sia la sussistenza, oltre che della buona fede, anche dell'inconsapevole affidamento⁶³⁰.

⁶²⁹ C. FORTE, *Il nuovo codice antimafia e la tutela dei terzi*, in *Dir. pen. cont., riv. trim.*, n. 11- 2010.

⁶³⁰ Cfr. D. GIOVENZANA, in *La confisca antimafia e la tutela del nuovo creditore* in *Altalex*, 10/11/2017.

2. La tutela dei terzi.

2.1. La nozione di terzo interessato.

Come è emerso nel corso della trattazione, l'operatore giuridico che si trova a dovere individuare le ipotesi di disponibilità indiretta, non può esimersi dal valutare le implicazioni che la sua attività di accertamento può avere in ordine a soggetti terzi.

È necessario in primo luogo perimetrare la nozione di "terzi interessati", quali soggetti che subiscono o corrono un attuale e concreto rischio di subire un danno patrimoniale all'esito del procedimento di prevenzione⁶³¹.

A seconda della tipologia di posizione soggettiva vantata dal terzo, infatti, il sistema delle misure di prevenzione riconosce diverse forme di tutela: alcune sono finalizzate a garantire la partecipazione all'intero procedimento ablatorio, ovvero ad alcune fasi eventuali in via incidentale; altre, invece, consentono un intervento dei terzi soltanto all'esito del procedimento, attraverso la revocazione della confisca o mediante incidente di esecuzione.

Sul punto, va rilevato che parte della dottrina distingue il soggetto terzo interessato puro, al quale viene assicurata la partecipazione al procedimento in ragione del timore di una perdita patrimoniale propria, dal terzo interessato interposto fittizio. In questo secondo caso, il terzo rischia un depauperamento solo formalmente a proprio carico perché sostanzialmente il danno viene subito da altri. Egli si oppone alla confisca, adducendo la propria qualifica di intestatario formale dei beni aggrediti, ma nella realtà cela accordi occulti conclusi con il proposto, che è il sostanziale *dominus* di essi.

⁶³¹ F. BRIZZI, G. CAPECCHI, G. FICHERA *Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi*, Giappichelli, Torino, 2013, p. 4.

La dizione di terzo usata dalla legge avrebbe quindi un'accezione non tecnico-civilistica, ma puramente processuale, finalizzata alla legittimazione alla chiamata nel procedimento, salvo che, proprio in esito alle risultanze del processo stesso, la posizione di estraneità risulti meramente fittizia e il terzo perda la posizione sostanziale di intestatario del bene che risulta essere nella effettiva disponibilità del prevenuto⁶³².

Ad entrambe le categorie di terzi menzionate viene riconosciuto pari diritto partecipativo, dovendosi poi in sede di procedimento di merito accertare la natura fittizia o reale dell'intestazione formale del bene⁶³³.

Sono terzi anche gli eredi o aventi causa dal titolare del bene e i titolari di diritti di credito o di pretese di natura obbligatoria, muniti o meno di diritti reali di garanzia sui beni; infine, vengono in rilievo i terzi interessati indirettamente dal provvedimento di confisca⁶³⁴.

Sebbene la dottrina e la giurisprudenza concordino sull'opportunità di prevedere forme di tutela in favore dei terzi in buona fede ed estranei al reato, la concreta regolamentazione delle varie forme di tutela dei diritti sorti prima del sequestro, vantati dai terzi di buona fede, non è agevole. Emerge, infatti, "la necessità di conciliare i diritti e i principi del diritto civile con i rischi derivanti da precostituzione di posizioni di intestazione, finalizzate ad aggirare gli esiti dell'azione di prevenzione⁶³⁵". Accanto a tale esigenza sussiste, ancora, la necessità di non gravare il giudizio finalizzato all'applicazione della misura di prevenzione, senza rallentarlo con l'accertamento dei presupposti per il riconoscimento dei diritti dei terzi.

⁶³² Corte d'Appello, Reggio Calabria, decreto 6 marzo 1986, in Foro.it, II, 1987, p. 361.

⁶³³ S. MAZZARESE E A. AIELLO, *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2010.

⁶³⁴ F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, op cit., pp. 550 ss.

⁶³⁵ F. MENDITTO, *Verso un giusto processo al patrimonio: dal contrasto alla criminalità organizzata all'istituzione dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni*", seminario di studi, Bari, 5-6- maggio 2011, in www.udai.it.

La difficoltà del bilanciamento concreto tra le opposte esigenze ha impedito per lungo tempo un'espressa disciplina normativa della confisca sui diritti dei terzi, lasciando all'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale il compito di regolamentarne la tutela.

Il legislatore, infine, con il Codice Antimafia, ha dettato una regolamentazione della complessa materia, cui si farà cenno nel prosieguo.

Per quanto attiene in primo luogo ai terzi formali intestatari, la titolarità formale in capo ad un soggetto diverso dal prevenuto del bene attinto dal sequestro (adottato sul presupposto che il bene “risulti” nella disponibilità del prevenuto), comporta la necessità di apprestare al terzo ogni garanzia formale e di consentirgli di sviluppare le proprie difese di merito nella loro massima latitudine. La legge prevede quindi che il terzo sia chiamato ad intervenire affinché partecipi al procedimento e possa fornire ogni elemento idoneo a dimostrare la natura effettiva (e non simulata) della intestazione. A tale riguardo, la prova verterà soprattutto sulla confutazione degli elementi acquisiti dall'Accusa sulla natura fittizia della intestazione. Nel caso in cui non operino le richiamate presunzioni di fittizia intestazione, ed il sequestro sia stato fondato su acquisizioni di varia natura, il terzo potrà contestare l'efficacia dimostrativa di tali acquisizioni: l'attendibilità delle fonti dichiarative o dei risultati di conversazioni captate, ecc. Per sostenere l'assunto, sarà bene che alleghi le fonti finanziarie con le quali sono stati effettuati gli acquisti. Con l'ulteriore corollario che a tal fine, trattandosi di soggetto terzo non raggiunto di indizi di pericolosità, egli non dovrà dimostrare la “legittima” provenienza dei capitali impiegati, quanto piuttosto di averne avuto la disponibilità in misura correlata all'impegno economico richiesto per l'acquisto. Anche l'allegazione di redditi sottratti alla imposizione fiscali può giovare a tale prova (contrariamente a quanto accade per il prevenuto, sul quale grava l'onere di dimostrare la “legittima” provenienza dei beni e che, quindi, non potrebbe addurre a giustificazione l'evasione fiscale (secondo quanto ormai oggetto di espressa previsione normativa).

2.2. La confisca nei confronti degli eredi e successori a titolo particolare.

Deve riconoscersi la posizione di terzo anche agli eredi e legatari del proposto.

Si tratta di un ulteriore sfaccettatura della nozione di terzo che solo in epoca relativamente recente è stata disciplinata.

Con l'obiettivo di perseguire scopi di giustizia sostanziale e di riequilibrio sociale, il legislatore è intervenuto con norme che consentono la prosecuzione o la proposizione dell'azione di prevenzione contro gli eredi e i legatari del proposto o proponibile defunto.

Da un punto di vista prettamente storico, ancora prima della riforma del 2008, le Sezioni Unite, con la citata sentenza Simonelli⁶³⁶, avevano già ritenuto possibile l'adozione della confisca anche nel caso di decesso del proposto, purché la sua pericolosità sociale fosse stata comunque accertata, seppure con provvedimento non definitivo⁶³⁷.

La Corte Costituzionale⁶³⁸, adita in sede di verifica di costituzionalità di tale novità, avallava la scelta delle Sezioni Unite della Cassazione.

Pur riaffermando la portata del principio di accessorialità⁶³⁹, che avrebbe dovuto condurre ad opposta conclusione, la Corte condivideva la scelta

⁶³⁶ Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 1996 n.18, cit.

⁶³⁷ Per un'analisi critica delle soluzioni accolte dalle Sezioni Unite si veda: A. GIALANELLA, *La confisca di prevenzione antimafia, lo sforzo della giurisprudenza di legittimità e la retroguardia del legislatore*, in F. CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il pacchetto sicurezza*, Nel diritto, Roma, 2009, p. 133.

⁶³⁸ Corte cost., 8 ottobre 1996, n. 335 in *Foro it.*, 1997, I, p. 21.

⁶³⁹ Così, cfr. Corte cost., n. 465 del 1993. Nello specifico, il Tribunale di S. Maria Capua Vetere aveva sollevato questione di legittimità costituzionale in relazione agli artt. 3, 42 e 112 Cost. dell'art. 9-ter, comma 7, l. n. 575 del 1965, nella parte in cui non prevedeva che, oltre che nei casi di assenza, o di residenza o di dimora all'estero il procedimento di prevenzione potesse essere iniziato o proseguito anche nel caso di morte del prevenuto.

interpretativa operata dalle Sezioni Unite, affermando che la *ratio* della confisca, a differenza di quella delle misure di prevenzione in senso proprio, va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di soggetti pericolosi determinati e sorregge dunque la misura anche oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso.

La novella del 2008 prevede quindi che le misure patrimoniali possono essere disposte in caso di morte del soggetto destinatario della loro applicazione, sia che essa sopraggiunga nel corso del procedimento di prevenzione, sia che essa si verifichi ancor prima dell'instaurazione del procedimento stesso.

Viene, quindi, introdotta una nuova figura di terzo che è l'erede, soggetto "che mutua la sua posizione da quella del prevenuto, nel senso che la sua partecipazione al giudizio appare necessaria. Il suo diritto di difesa, in definitiva, deve essere riconosciuto negli stessi termini nei quali è riconosciuta al prevenuto⁶⁴⁰".

Più in particolare, la L. 31 maggio 1965, n. 575, art. 2 bis, comma 6 bis (oggi trasfuso nell'art. 18, comma 2, del Codice Antimafia) stabilisce che il procedimento, avviato nei confronti del proposto, alla sua morte "proseguia" nei confronti degli eredi o comunque degli aventi causa; invece, l'art. 2 *ter* (recepito senza modifiche nel comma 3 dell'art. 18) prevede che la proposta di confisca possa essere avanzata nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare del soggetto nei confronti del quale può essere disposta, purché entro il termine di cinque anni dal suo decesso.

E' evidente, dunque, che l'effettiva innovazione non riguarda la possibilità di potere proseguire il procedimento nei confronti degli eredi o successori in caso di morte del proposto avvenuta durante il procedimento, che era già stata consentita in via giurisprudenziale⁶⁴¹ in assenza di una norma che disponesse in tal

⁶⁴⁰ F. BRIZZI, G. CAPECCHI, G. FICHERA, *Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi*, Giappichelli, Torino, p. 71.

⁶⁴¹ Cass. pen., Sez. Un., 17 luglio 1996, n. 18, Rv. 205262, P.G. in proc. Simonelli e altri, in *Giur.it.*, 1998, p. 137.

senso, bensì l'introduzione, con i due "Pacchetti sicurezza" del 2008-2009, della possibilità di chiedere ed ottenere una misura patrimoniale indipendentemente dalla proposta di una misura personale. Tale fattispecie è disciplinata in modo esplicito, nell'ipotesi in cui il proposto fosse già deceduto prima della formulazione della proposta di sequestro/confisca.

Gli eredi o i successori a titolo universale o particolare diverranno quindi le parti processuali in luogo del loro avente causa, o i destinatari *ab origine* della proposta avanzata dall'autorità a ciò preposta. Ciò determina che tali soggetti siano fondamentalmente equiparati al proposto stesso ma non va trascurato il fatto che si tratta di soggetti diversi da colui che si è reso protagonista delle vicende lucrative illecite o delle intestazioni fittizie. Evidenti appaiono, quindi, le difficoltà che possono sorgere nel dovere ricostruire tutte le vicende patrimoniali di cui il proposto abbia beneficiato *mortis causa*.

Il nuovo sistema emerso, improntato sul principio dell'applicazione disgiunta, non ha mancato di sollevare diverse riserve in dottrina, fondate sulla possibile violazione di principi costituzionali, del diritto di difesa ed il diritto al contraddittorio.

A tal proposito, è stata prospettata l'incostituzionalità della previsione, essendo gli eredi chiamati a difendersi da contestazioni riguardanti condotte altrui. Si è, in particolare, rilevato che potrebbero sorgere condizioni oggettive di minorata difesa, in considerazione del fatto che l'erede potrebbe non disporre degli elementi per ricostruire la capacità reddituale del defunto, e quindi non si troverebbe in condizione di difendersi efficacemente su vicende che hanno coinvolto l'ascendente⁶⁴².

La questione, sorta nella vigenza della l. 575/65, ha mantenuto la sua attualità anche dopo l'entrata in vigore del d. lgs. n. 159/11 che ha riprodotto il

⁶⁴² A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione antimafia al vaglio dei principi del giusto processo: riflettendo sull'art. 111 Cost.*, in F. CASSANO, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Roma, 2009, p. 29.

sistema normativo previgente, anche con riferimento alla confisca disgiunta ed a quella nei confronti degli eredi del proposto defunto.

Riguardo alla dedotta violazione di tali diritti nei confronti degli eredi, la Corte Costituzionale ha rilevato, in linea generale, che al successore sono assicurati i mezzi probatori ed i rimedi impugnatori previsti per il *de cuius* ⁶⁴³.

Secondo la Corte, il procedimento di prevenzione ha peculiarità proprie, avendo ad oggetto non l'accertamento di un fatto di reato, ma di condotte sintomatiche di pericolosità. Ciò consente che *“le forme di esercizio del diritto di difesa possono essere diversamente modulate in relazione alle caratteristiche di ciascun procedimento”*, dovendosi tener conto delle *“profonde differenze, di procedimento e di sostanza, tra le due sedi, penale e di prevenzione”*.

Ciò posto, deve comunque essere garantita all'erede la più ampia facoltà di articolare prove contrarie al fine di dimostrare la legittima provenienza dei beni. Egli potrà, ad esempio, fare richiesta di ammissione di una nuova audizione di testi decisivi o di potere disporre di una perizia tecnico-contabile sugli elementi di natura patrimoniale raccolti ed elaborati in sua assenza, o ancora, di allegare elementi in tema di pericolosità del bene e di disponibilità originaria dello stesso in capo a costui, o sull'attività eventualmente svolta ed il valore del bene stesso ⁶⁴⁴.

⁶⁴³ Corte cost., 9 febbraio 2012, n. 21, in *Dir.pen.proc.*, 2012, 3, p. 293.

⁶⁴⁴ F. LICATA, *La costituzionalità della confisca antimafia nei confronti degli eredi: un altro passo verso la definizione della natura dell'actio in rem*, in accademia.edu.it. Per quanto concerne gli aspetti più strettamente tecnici della confisca nei confronti degli eredi e aventi causa, individuati come tali sulla base delle relative norme civilistiche, il terzo comma dell'art.18 del Codice Antimafia fissa in cinque anni dal decesso del soggetto nei cui confronti la confisca poteva essere disposta il termine entro il quale può essere avanzata la proposta di prevenzione. Il citato termine ha carattere perentorio e le conseguenze della sua inosservanza saranno l'inammissibilità della proposta (qualora essa sia stata formulata dall'autorità competente già dopo il decorso dei cinque anni dal decesso del soggetto pericoloso), ovvero la sua improcedibilità, rilevabile anche d'ufficio, allorché si accerti – nel corso del giudizio – che dal momento della morte a quello della presentazione della proposta siano decorsi più di cinque anni.

Tenendo conto del complesso della motivazione sembra, in sostanza, che la Corte ribadisca il diverso livello di garanzie riconosciuto nel procedimento di prevenzione patrimoniale⁶⁴⁵.

Ed allora, si può fondatamente sostenere che la confisca in capo all'erede risponda alla esigenza di evitare che l'erede si arricchisca (nel senso di incrementare il proprio patrimonio) con il provento di attività illecite poste in essere dal proprio dante causa, e che il delitto continui a “pagare”, seppure a favore di soggetto “estraneo al reato”, qual è per definizione l'erede.

Orbene, alla luce di quanto prospettato, la confisca *post mortem* risulterebbe in linea con la natura preventiva dell'istituto della confisca antimafia, la cui finalità è quella di *“sottrarre definitivamente i beni di provenienza illecita al circuito economico di origine per inserirli in altro esente da condizionamenti criminali, e dunque si proietta al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di determinate persone pericolose per sorreggere la misura stessa oltre il perdurare della pericolosità del soggetto al cui patrimonio è applicata”*⁶⁴⁶.

Giova infine segnalare che la giurisprudenza di legittimità a Sezioni Unite⁶⁴⁷ nel valorizzare la funzione – preventiva - della confisca di eliminare dal circuito economico beni di cui non sia data prova di legittima acquisizione, ha di recente confermato la confiscabilità anche di beni che erano nella disponibilità di fatto del *de cuius*, ma fittiziamente intestati o trasferiti a terzi.

⁶⁴⁵ Così F. MENDITTO, *“La confisca di prevenzione nei confronti del “morto”. Un non liquet della Corte Costituzionale, con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate*, in www.penalecontenporaneo.it. 2011.

⁶⁴⁶ Cass. pen., sez. II, 14 febbraio 2017, n. 12541.

⁶⁴⁷ E dunque non limitando il provvedimento ablativo ai soli beni pervenuti a titolo di successione ereditaria: Cass., Sez. Un., 16 marzo 2017, n. 12621.

2.3 Confisca di prevenzione e terzi titolari di diritti di credito.

Un'altra categoria di soggetti terzi, che possono subire pregiudizio all'esito del procedimento applicativo della confisca di prevenzione è rappresentata dai titolari di diritti di credito. Si tratta di una categoria estremamente ampia, comprendendo anche coloro che vantano pretese obbligatorie o comunque un interesse sul bene sequestrato, inteso quale necessità od opportunità di proseguire un rapporto continuativo nel caso di sostituzione coattiva del contraente⁶⁴⁸.

Il terzo creditore, infatti, con la confisca vede sottratto dal patrimonio del proprio debitore il bene su cui potere soddisfare il proprio credito, con conseguente riduzione o annullamento della garanzia patrimoniale.

La difficoltà che viene in rilievo in tale ambito è, pertanto, quella di conciliare l'esigenza dei creditori a vedere soddisfatto il proprio credito sul patrimonio del debitore (2740 c.c.) con quelle derivanti dalla funzione e dalla natura del procedimento di confisca.

Più in particolare, da un lato viene in rilievo l'esigenza di tutelare chi senza colpa ha assunto posizioni giuridiche attive sui beni successivamente oggetto di sequestro e confisca; dall'altro garantire l'effettività delle misure patrimoniali dirette a sottrarre al prevenuto il compendio economico delle proprie attività illecite⁶⁴⁹.

Invero, per molto tempo, è mancata una regolamentazione specifica della posizione dei titolari di diritti di credito sorti prima del sequestro, venendo le relative problematiche affrontate e risolte dall'attività ermeneutica giurisprudenziale.

⁶⁴⁸ A. BALSAMO- V. CONTRAFATTO- G. NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 182 e ss.

⁶⁴⁹ Così la relazione ministeriale della Commissione presieduta dal Prof. Giovanni Fiandaca, costituita presso il Ministero della Giustizia nel 1998.

La Consulta⁶⁵⁰ ha avuto modo di pronunciarsi sulla questione di legittimità, in relazione agli artt. 27 co. 1, 25 co. 3 e 24 co. 1 Cost., legata alla mancata previsione di strumenti di tutela in favore di tali soggetti nella materia in argomento. Ha così affermato che il legislatore rimane libero di apprestare gli strumenti ritenuti più idonei sia sul piano processuale, che su quello sostanziale. La predisposizione di tali mezzi rimane infatti rimessa alla sua discrezionalità, non sussistendo alcun vincolo in ordine alla previsione di tale tutela in seno al procedimento di prevenzione.

La giurisprudenza di legittimità - negli stessi anni - ha tuttavia affermato l'imprescindibilità della tutela dei terzi titolari di diritti reali di godimento o di garanzia, argomentando ex art. 240 co. 3 c.p., secondo cui la confisca non può applicarsi "se la cosa appartiene a persona estranea al reato⁶⁵¹".

Con l'adozione del Codice Antimafia, è stata infine dettata una disciplina organica in ordine alla tutela dei diritti dei terzi. Si prevede infatti che, oltre che i terzi che risultino proprietari o comproprietari dei beni sequestrati (categoria già considerata dall'originaria formulazione dell'art. 2 ter), sono chiamati ad intervenire dal Tribunale anche i terzi che vantano diritti reali o personali di godimento sui beni in sequestro. Per quanto concerne i terzi creditori, si prevede

⁶⁵⁰ Corte cost., 19 maggio 1994, n. 190, in *Il Fallimento*, 1994, pag. 804, in cui ha dichiarato l'inammissibilità della questione di legittimità costituzionale in ordine all'art. 2 ter co. 5 l. 575/65 nella parte in "cui non prevede per i terzi creditori (chirografari o privilegiati) del prevenuto la possibilità di ottenere una tutela sia all'interno del procedimento di prevenzione, che all'esterno, in sede di giudizio civile di cognizione o esecuzione", e del comma terzo della disposizione citata nonché dell'art. 4 co. 1 l. 282/1989 nella parte in cui non prevedano che gli effetti della confisca e della devoluzione allo Stato, non eccedano l'ambito personale e patrimoniale dell'indiziato mafioso, ma coinvolgono tali soggetti terzi, sottraendo loro la possibilità di soddisfare i propri crediti sulle cose del prevenuto confiscate"; in particolare il giudice *a quo* evidenziava il contrasto sia con gli artt. 27 co. 1 e 25 co.3 "perché è certo che i terzi creditori non hanno meritato di subire alcuna sanzione o alcun sacrificio, spesso notevole e irreversibile", che con l'art. 24 Cost. La Corte Costituzionale, in tale pronuncia, ha dichiarato inammissibile la questione perché l'intervento additivo richiesto non comportava una soluzione obbligata, ma diverse opzioni rimesse alla discrezionalità legislativa.

⁶⁵¹ Cass. pen., Sez. Un., 18 maggio 1994, Comit leasing s.p.a. in proc. Longarini.; Cass. pen., Sez. Un. 28 aprile 1999, n. 9, Bacherotti ed altri, in *Foro it.*, 1999, II, p. 580, relativa alla confisca ex art. 644 c.p. di bene pignorato; v. anche Cass. civ., sez. I, 12 novembre 1999, n. 12535, in *Foro.it.*, 2000, II, p. 535, secondo cui i titolari di diritti reali di garanzia possono sempre fare valere il proprio diritto nelle forme dell'incidente di esecuzione davanti al giudice penale; conf. Cass. pen., n. 24187/07.

invece un subprocedimento - nell'ambito del procedimento di prevenzione - per la verifica dei crediti e l'accertamento della buona fede dei creditori⁶⁵².

Tale normativa, tuttavia, è applicabile solo con riferimento ai procedimenti sorti dal 13 ottobre 2011, indipendentemente dall'epoca di adozione del sequestro o di definitività della confisca.

Orbene, prima dell'entrata in vigore del Codice Antimafia, la giurisprudenza, nel tentativo di creare soluzioni dirette a conciliare i principi e gli interessi propri del procedimento di prevenzione, elaborava il concetto di buona fede del terzo, al cui accertamento subordinare ogni forma di tutela, e distingueva tra creditori chirografari e creditori muniti di garanzie reali.

La stessa Corte Costituzionale⁶⁵³, nel dichiarare infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 3 *quinquies*, comma secondo, l. n. 575/65, nella parte in cui consente che il provvedimento di confisca dei beni ivi previsto possa riflettersi su soggetti per i quali non ricorrano i presupposti per l'immediata applicazione di una misura di prevenzione personale, ha affermato che la situazione di "sostanziale incolpevolezza" segna il limite della confisca, sottolineando che questa condizione soggettiva (sulla quale si fonda anche la tutela dei terzi in buona fede), viene esclusa senza ledere il principio della personalità della responsabilità (art. 27 Cost.) solo quando vi sia la scelta di una attività con la consapevolezza di ciò che ne può derivare e cioè la commistione di interessi tra attività di impresa ed attività mafiosa⁶⁵⁴.

⁶⁵² Il procedimento – di chiara derivazione fallimentaristica – si svolge davanti al Giudice delegato alla procedura, e prevede la predisposizione dello stato passivo, finalizzato al soddisfacimento dei creditori (con titolo certo e di buona fede), con il limite del 60% del valore dei beni sequestrati o confiscati (art. 53).

⁶⁵³ Corte cost., 20 novembre 1995, n. 487, in cui ha asserito che non sussiste buona fede in chi, pur non essendo assoggettabile a provvedimenti di prevenzione, abbia posto in essere attività agevolatrice che determinano obiettiva commistione di interessi tra attività di impresa e attività mafiosa.

⁶⁵⁴ Con la sentenza n. 1 del 1997 i Giudici Costituzionali hanno affermato con più vigore tale principio. La decisione riguardava la dichiarazione di illegittimità costituzionale dell'art. 301 comma 1 d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43 (Approvazione del t.u. delle disposizioni legislative in materia doganale), come modificato dall'art. 11 l. 30 dicembre 1991 n. 413, per violazione degli art. 3 e 27 comma 1 Cost. In tale pronuncia si afferma che il generale principio costituzionale della personalità della responsabilità penale esclude che la misura della confisca obbligatoria possa investire la cosa

Da qui l'esigenza di accertare la buona fede del terzo, attraverso il controllo dei crediti nella sede della prevenzione, con il precipuo strumento dell'incidente di esecuzione⁶⁵⁵.

Ai terzi titolari di diritti di credito assistiti da garanzie reali si apprestava tutela, in una interpretazione estensiva del concetto di "appartenenza" di cui all'art. 2 ter co. 5 L.575/1965, estendendo le garanzie previste per il terzo titolare di diritti reali di godimento.

Nella medesima ottica, peraltro si è mosso il legislatore della riforma del Codice Antimafia, che prevede che siano chiamati ad intervenire, oltre i titolari di diritti reali di godimento, anche i titolari di diritti reali di garanzia. Così ulteriormente stigmatizzando una differenza ontologica tra questi ed i creditori chirografari.

Ai creditori non assistiti da garanzia non veniva riconosciuta alcuna facoltà di intervento nel procedimento di prevenzione: argomento a contrario, in considerazione del fatto che la legge Rognoni-La Torre del 1982 riservava all'art. 14 la facoltà di intervento nel procedimento di prevenzione soltanto al terzo che vanta un diritto reale sul bene sequestrato⁶⁵⁶.

In assenza di diversa previsione normativa, restava esclusa qualsiasi tutela dei terzi incolpevoli⁶⁵⁷. La *ratio* sottesa a siffatta prospettazione è da rinvenire nel principio secondo cui, chi concede il credito deve attrezzarsi diligentemente contro l'eventuale rischio di inadempimento⁶⁵⁸. Ne deriva che il diritto di credito è

appartenente al terzo estraneo al reato di contrabbando, quando questi dimostri di esserne divenuto proprietario senza violare alcun obbligo di diligenza, e quindi in buona fede; potendosi soltanto ammettere per la migliore protezione della posizione privilegiata dello Stato che la tutela dell'affidamento incolpevole non avvenga in base a presunzione, ma con onere di prova a carico del terzo.

⁶⁵⁵ F. ANFUSO, Relazione svolta nell'incontro di studio del C.S.M. sul tema "*Secondo corso di formazione di diritto commerciale: questioni di diritto dell'impresa, di diritto industriale e di diritto societario*", Roma, 25-28-2.02. Altri orientamenti giurisprudenziali riconoscevano la tutela in sede civile, cfr. Cass. civ., Sez. II, 29 ottobre 2003, n. 16227.

⁶⁵⁶ Trib. Palermo, sentenza del 18 aprile 1989.

⁶⁵⁷ E. AGUGLIA, in "*Il diritto fallimentare e delle società commerciali*", 1990, p. 613.

⁶⁵⁸ G. CAPECCHI "*La tutela dei terzi creditori del proposto*" in "*Misure di prevenzione patrimoniale e tutela dei terzi*", Torino, 2013, p. 172.

certamente azionabile dal terzo nei confronti del proposto, ma resta esclusa la possibilità di agire nei confronti dei beni confiscati e sequestrati frutto di attività illecite e acquisiti al patrimonio dello Stato. Lo Stato, infatti, non è successore a titolo universale dei rapporti patrimoniali che fanno capo al prevenuto. Pertanto, il prevenuto a cui siano stati confiscati alcuni o anche tutti i beni continua a rispondere, in virtù dell'art. 2740 c.c., delle obbligazioni originariamente assunte con i terzi.

Nell'impegnativo percorso ermeneutico, nel tempo si fa strada la consapevolezza della necessità di valorizzare le indicazioni fornite dalle Convenzioni internazionali, in materia di confisca, le quali da sempre raccomandano una tutela per i terzi di fronte ad interventi di carattere ablatorio o espropriativo⁶⁵⁹.

Gli operatori giuridici nel bilanciamento tra interessi meritevoli di tutela ma contrapposti devono così farsi guidare dal principio di affidamento, dovendo verificare la presenza, in capo ai terzi, della buona fede.

Nel complesso bilanciamento tra opposte esigenze, il legislatore nazionale deve introdurre dei criteri per dirimere il conflitto tra interessi egualmente riconosciuti meritevoli di tutela e la buona fede, anche secondo la normativa europea.

Il testo del "Progetto di azione comune sulla spartizione dei beni confiscati" approvato nel gennaio del 2000 stabilisce all'art. 7 che i diritti dei terzi in buona fede sono tutelati dagli Stati membri, che si avvalgono della presente azione comune come riferimento per la spartizione dei beni e del relativo valore. Gli Stati membri si consultano ai fini della tutela di tali diritti in caso di pregiudizio di quest'ultimi a seguito della spartizione dei beni.

Stessa indicazione è contenuta al punto 40 del documento redatto in occasione del Consiglio europeo di Tampere del 1999, in cui si afferma la

⁶⁵⁹ Così la Convenzione di Strasburgo 8 novembre 1990 n. 141, ratificata con legge n. 328/1993 e Convenzione di Vienna 20 dicembre 1988 ratificata con legge 328/1990, che non distinguono il tipo di credito da tutelare. Cfr. G. CAPECCHI, op.cit.

necessità “di una elaborazione equilibrata di misure a livello di Unione contro la criminalità proteggendo nel contempo le libertà e i diritti giuridici delle persone e degli operatori economici”.

In modo più specifico l'art. 5 del Secondo protocollo alla Convenzione relativa agli interessi finanziari della Comunità adottata il 19 giugno del 1997 dispone che ciascuno Stato membro adotta le misure che gli consentono il sequestro e, fatti salvi i diritti dei terzi in buona fede, la confisca o la privazione degli strumenti e proventi del riciclaggio⁶⁶⁰.

Un cenno merita anche La Convenzione di Strasburgo⁶⁶¹ del '90 sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e confisca dei proventi di reato ratificata dall'Italia con. L. 328/93 prevede che *“la Parte richiesta nell'esaminare le richieste di cooperazione.. riconosce qualsiasi decisione giudiziaria presa nella Parte richiedente per quanto riguarda i diritti rivendicati dai terzi. Il riconoscimento può essere rifiutato se i terzi non hanno avuto sufficiente possibilità di far valere i propri diritti..”*.

Di peculiare importanza risulta poi la Direttiva 2014/42/UE di cui si parlerà nel prosieguo, relativa al congelamento e alla confisca dei beni strumentali e dei proventi da reato nell'Unione Europea, la quale prevede “norme minime relative al congelamento di beni, in vista di un'eventuale confisca, e alla confisca di beni in materiale penale”, riconoscendo tutela ai terzi di buona fede⁶⁶².

⁶⁶⁰ Anche la Convenzione ONU contro il traffico illecito di sostanze stupefacenti e psicotrope adottata a Vienna il 20 dicembre 1988 dispone all'art. 8 co. 5 che “non debbano essere pregiudicati i diritti dei terzi di buona fede”.

⁶⁶¹ Convenzione di Strasburgo n. 141 del 1990 del Consiglio d'Europa sul riciclaggio e la confisca dei proventi del reato.

⁶⁶² L'art. 6 recita infatti: “Gli Stati membri adottano le misure necessarie per poter procedere alla confisca di proventi da reato o di latro beni di valore corrispondente a detti proventi che sono stati trasferiti, direttamente o indirettamente, da un indagato o un imputato a terzi, o che sono stati da terzi acquisiti da un indagato o imputato, almeno se tali terzi 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. E al comma secondo: il paragrafo 1 non pregiudica i diritti dei terzi in buona fede”.

Orbene, il nuovo Codice Antimafia, sia pure nato all'insegna della ricerca della massima efficacia dell'azione di contrasto patrimoniale, ha finito con il riconoscere una tutela dei terzi creditori più ampia di quella riconosciuta prima della sua emanazione: giacché ormai - seppure alle condizioni e nei limiti cui si è accennato - anche i creditori chirografari vanno soddisfatti⁶⁶³.

La Corte Costituzionale⁶⁶⁴ ha salutato con favore il *novum* legislativo, ritenendo che esso “*rappresenta un bilanciamento tra l'interesse dei creditori del proposto a non veder improvvisamente svanire la garanzia patrimoniale sulla cui base avevano concesso il credito, e dall'altro l'interesse pubblico ad assicurare l'effettività della misura di prevenzione patrimoniale, privando il destinatario dei risultati economici dell'attività illecita*”.

Appare comunque difficilmente conciliabile con i principi che regolano i rapporti di diritto civile la prevista falcidia dei crediti (che possono essere soddisfatti soltanto nella misura del 60%), nonostante sia stata accertata l'origine pienamente lecita del credito e la condizione soggettiva di assoluta buona fede del creditore al momento della nascita del diritto.

Ai sensi dell'art. 52 dlgs. n. 159/2011 la tutela dei diritti dei terzi creditori è subordinata alla sussistenza di talune condizioni⁶⁶⁵: l'anteriorità del diritto rispetto al sequestro risultante da atto di data certa; la previa escussione del restante patrimonio del proposto; la non strumentalità del credito all'attività illecita, ovvero la prova da parte del creditore di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità; nel caso di promessa di pagamento o ricognizione di debito, che sia

⁶⁶³ Nella prassi, deve tuttavia registrarsi la postergazione del procedimento di verifica ad epoca successiva alla adozione della confisca (almeno in primo grado), per evitare un impegno che si rivelerebbe inutile nel caso di restituzione dei beni sequestrati: con evidente compressione (almeno sotto il profilo della conseguente notevole dilatazione dei tempi per il pagamento) del diritto dei creditori a vedere riconosciute le proprie legittime aspettative di adempimento. Il legislatore della riforma del Codice Antimafia, facendo tesoro di tale esperienza, prevede – opportunamente - che la verifica avvenga dopo la pronuncia della confisca di primo grado.

⁶⁶⁴ Corte cost., 28 maggio 2015, n. 94.

⁶⁶⁵ F. MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori: un difficile bilanciamento di interessi. Approfondimento a margine dei recenti interventi della Corte Costituzionale (sentenza n. 94 del 2015 e ordinanza n. 101 del 2015)* in *Dir. pen.cont., riv. trim.*, n. 3-2015.

provato il rapporto fondamentale; nel caso di titoli di credito, che il portatore provi il rapporto fondamentale e quello che ne legittima il possesso.

E tuttavia appare ancora di difficile qualificazione la ridefinizione del concetto di buona fede.

La giurisprudenza di legittimità⁶⁶⁶, ancor prima del Codice Antimafia, ha elaborato un concetto di buona fede in termini di estraneità alle attività illecite del reo, intesa come situazione nella quale il terzo non abbia tratto alcun vantaggio dall'altrui attività criminosa, ovvero, avendo di fatto tratto vantaggio dalla stessa, non sia tuttavia in grado di dimostrare di trovarsi in una condizione soggettiva di buona fede, nel senso di non conoscenza o non conoscibilità del collegamento tra il proprio diritto e l'altrui condotta delittuosa.

Buona fede e incolpevole affidamento secondo la giurisprudenza di legittimità⁶⁶⁷ non possono comunque ravvisarsi quando il fatto illecito fosse “conoscibile”, ma ignorato per colpa dal terzo creditore.

Il dlgs. 159 del 2011 nella originaria formulazione prevedeva che il terzo dovesse fornire la dimostrazione “di avere ignorato in buona fede il nesso di strumentalità” tra il credito e l'attività illecita del prevenuto. La previsione è stata novellata dalla recente riforma, che prevede che ricorra la buona fede quando il creditore abbia “fornito la prova della buona fede e dell'incolpevole affidamento”. È stato rilevato come “la clausola di salvezza afferente lo stato soggettivo del creditore migra così dalla buona fede oggettiva a quella soggettiva, mantenendo, però, come appiglio centrale, l'idea dell'ignoranza scusabile circa la situazione apparente del debitore⁶⁶⁸”.

L'osservazione richiama la elaborazione originaria del concetto di buona fede in questa materia, connotato sia in senso soggettivo (buona fede quale atteggiamento psicologico di mancata conoscenza della attività del mafioso), che

⁶⁶⁶ Cass.pen., S.U. Bacherotti, 28 aprile, n. 9, cit.

⁶⁶⁷ Cass. pen., 9 ottobre 2013, n. 37597; conf. 27 febbraio 2014, n. 34039, Ferrari e altri in *C.E.D. Cass.*, n. 261192.

⁶⁶⁸ A. BALSAMO, P. MATTARELLA, op.cit.

in senso oggettivo (collegamento funzionale del credito rispetto all'illiceità dell'impresa mafiosa)⁶⁶⁹.

Il riferimento (alternativo) ai due profili sembra mantenere la sua carica di equivocità anche a seguito della riforma.

Significativa è anche la pronuncia delle Sezioni Unite civili del 7 maggio 2013 n. 10532, in cui si afferma la compatibilità della normativa nazionale in tema di terzi alla disciplina europea e convenzionale, *“finanche nell'addossare al terzo l'onere della buona fede”*.

Un cenno merita infine, nell'ottica della verifica della compatibilità costituzionale, la previsione del Codice Antimafia (art. 52 comma 7) con riguardo a beni sequestrati che siano intestati *pro quota* a soggetti terzi. In questo caso, è previsto che il terzo abbia diritto di prelazione per l'acquisto della quota confiscata. Ove tale diritto non sia esercitato, o non si possa procedere alla vendita, il bene può essere acquisito per intero al patrimonio dello Stato ed il terzo ha diritto alla corresponsione di una somma equivalente al valore attuale della propria quota.

L'istituto, oggetto ancora di scarsa attenzione da parte della dottrina, sembra atteggiarsi come una forma di espropriazione (assimilabile a quella per pubblica utilità) in danno del terzo, il cui diritto cede rispetto all'esigenza che il bene venga acquisito (nella sua interezza) al patrimonio indisponibile dello Stato.

Ancora maggiori perplessità suscita la previsione finale dell'articolo in argomento, secondo cui la corresponsione del valore della quota al terzo può avvenire *“nell'ambito delle risorse disponibili a legislazione vigente”*: formula di riserva di difficile giustificazione costituzionale (ex art. 42 Cost.).

Va recepita con favore la tendenza ad un innalzamento della tutela dei terzi creditori operata dal legislatore della riforma del Codice Antimafia, laddove prevede che il creditore istante, mentre prima era gravato dall'onere della

⁶⁶⁹ F. CASSANO, nota a sentenza del Tribunale di Palermo, 18.12.1998, Pres. Marino, est. Anfuso, in *Il fallimento*, 1999, 12, 1355 e ss.

preventiva escussione del restante patrimonio del proposto, possa ottenere l'ammissione del credito in mancanza di altri beni sui quali esercitare la garanzia patrimoniale idonea al soddisfacimento del credito⁶⁷⁰.

Nonostante la nuova normativa del codice antimafia, anche alla luce delle recenti modifiche (disponendo la necessaria citazione dei terzi titolari di diritti reali di garanzia su beni in sequestro ex art. 23 comma 4), assicuri una tutela più ampia ai terzi creditori, permangono in dottrina dubbi di compatibilità alla CEDU.

Taluni autori infatti, sul rilievo secondo cui il diritto di proprietà ex art. 1 Prot. 1 CEDU è inteso dai giudici di Strasburgo in un'ottica sostanziale - come accennato nel secondo capitolo del presente lavoro - come tale comprensivo di qualsiasi utilità economica inclusiva anche dei crediti, ritiene che tale sostanziale espropriazione a favore dello Stato ponga perplessità in termini di legittimità convenzionale⁶⁷¹.

Tuttavia, nella giurisprudenza EDU si afferma la compatibilità alla Convenzione della disciplina antimafia sulla tutela dei terzi, a condizione però - sottolinea la Corte - che *“il ricorrente possa sostenere di avere almeno una speranza legittima di ottenere il godimento effettivo del diritto di proprietà⁶⁷²”*.

Principi analoghi sono stati ribaditi dalla Corte europea sia pure in controversie di tipo diverso, in occasione delle quali ha affermato che anche i crediti possono costituire “beni” ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 CEDU e che condizione essenziale *“affinchè un'ingerenza sia considerata compatibile con l'art 1 del Protocollo n. 1 è che essa sia legale ovvero giustificata nella prospettiva di un interesse pubblico. Inoltre, deve essere rispettato il requisito dell'equo bilanciamento alla luce del principio per cui ogni ingerenza debba essere ragionevolmente proporzionata al fine perseguito. Tale requisito non risulta rispettato se la persona interessata deve sostenere un onere individuale eccessivo,*

⁶⁷⁰ A. BALSAMO, P. MATTARELLA, op.cit.

⁶⁷¹ S. MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, in *Juscivile.it*, 7, 2013, pp. 434 e ss.

⁶⁷² Corte eur. dir. uomo, 31 maggio 2011, Maggio e altri c. Italia; conf. 7 giugno 2011, Agrati e altri c. Italia.

doendosi quindi bilanciare il sacrificio inferto rispetto all'interesse pubblico che viene in considerazione⁶⁷³.

In definitiva, il panorama normativo e giurisprudenziale appare ancora assai frastagliato, e presenta notevoli criticità.

⁶⁷³ Corte eur. dir. uomo, 23 settembre 1982, John e altri c. Italia; *Sporrong e Lönnroth c. Svezia*.

CAPITOLO V

UNA PROSPETTIVA INTEGRATA: VERSO UN MODELLO UNICO DI CONFISCA EUROPEA

SOMMARIO: 1. Un'analisi comparatistica delle confische senza condanna. Cenni. 2. Gli atti UE e il principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca. 2.1. Nuovi sviluppi sulla confisca europea: la direttiva 2014/42/UE e la Proposta di regolamento europeo del 2016.

1. Un'analisi comparatistica delle confische senza condanna. Cenni.

A conclusione del presente lavoro, appare utile allargare lo sguardo al panorama normativo europeo in tema di provvedimenti ablativi.

L'esame delle diverse normative nazionali straniere consente di rintracciare quattro principali modelli di confisca: 1) la confisca generale dei beni, che colpisce i soggetti dichiarati colpevoli in un procedimento penale, a prescindere dall'origine delittuosa dei beni da confiscare; 2) la confisca dei beni aventi destinazione illecita, avente ad oggetto beni che, nella disponibilità dei membri di un'organizzazione criminale, si presume siano destinati alla realizzazione di finalità illecite; 3) la confisca dei beni di sospetta origine illecita, applicata a soggetti condannati per determinati reati (che rappresenta il modello più diffuso); 4) la confisca emessa all'esito di un procedimento avente ad oggetto il patrimonio (secondo il modello della c.d. *actio in rem*)⁶⁷⁴.

⁶⁷⁴ Cfr. A. M. MAUGERI, *I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato* in www.csm.it; A. BALSAMO, *Il "Codice Antimafia" e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?* In *Dir. pen. cont., riv. trim.* n. 3-2012.

È in questo ultimo modello che può ascriversi, anche se non totalmente, la confisca di prevenzione dell'ordinamento italiano.

Il primo modello, quello della confisca generale del patrimonio, concepisce la misura ablatoria come una vera e propria "pena" contro il patrimonio, e dunque postula necessariamente l'esistenza di una sentenza di condanna emessa a carico del suo destinatario. Lo si ritrova prevalentemente nel Nord America (*criminal forfeiture*)⁶⁷⁵, in Francia (*confiscation general*), e in Germania (*Vermogenstrafe*).

Si tratta di una misura limitata alle sole ipotesi delittuose più gravi, come i crimini contro l'umanità, il traffico illecito di stupefacenti, l'estorsione, la tratta di esseri umani, il riciclaggio, e altre fattispecie tipicamente connesse alla criminalità organizzata⁶⁷⁶.

È proprio la rilevanza dei beni giuridici presidiati dalle norme penali incriminatrici a giustificare la previsione di una pena patrimoniale "accessoria".

Si osserva inoltre che tale sanzione non assolve soltanto alla funzione retributiva propria della pena, ma anche preventivo-deterrente, perché il soggetto, nello scegliere se determinarsi all'illecito, avendo come prospettiva quella di perdere ogni suo avere, probabilmente desisterà da quest'ultimo⁶⁷⁷.

È prevista la possibilità di indirizzare l'ablazione anche verso i terzi e le persone giuridiche.

La previsione di una confisca generale dei beni, come opportunamente osservato⁶⁷⁸, risulta particolarmente afflittiva in quanto non comprime soltanto il diritto di proprietà ma incide anche sulla dignità della persona umana, ponendo delle frizioni con il principio di proporzionalità, e dunque dubbi di legittimità

⁶⁷⁵ L. FORLATI, *Final Report- Production of Study Report on The Reversal of the burden of proof regardign the apparently illelit derivation of profits and assets in the context of the fight againts the criminal economy*, UNOV/ISPAC Contract n. 97/548.

⁶⁷⁶ A. M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 268 e ss.

⁶⁷⁷ M. MASCIANDARO, *Analisi economia della criminalità, teoria della regolamentazione e riciclaggio finanziario*, in *Mercati illegali e mafie*, a cura di ZAMAGNI, Bologna 1993, pp. 262 ss; POSNER, *Economic analysis of Law*, Boston 1977, p. 167.

⁶⁷⁸ A. M. MAUGERI, op.cit.

costituzionale; inoltre, avendo natura sanzionatoria, dovrebbe essere graduabile in ragione della gravità del fatto e della colpevolezza, entro parametri determinati dal legislatore, frustrando il rischio che la discrezionalità giudiziaria possa sfociare in arbitrio.

Per tal ragione la *Vermogenstrafe* tedesca è stata dichiarata incostituzionale⁶⁷⁹ per violazione da un lato dei principi di legalità e tassatività della pena, perché mancava la fissazione entro certi limiti edittali del valore del patrimonio aggredibile con tale strumento, che quindi era rimesso al libero apprezzamento del giudice; dall'altro, del principio di colpevolezza, in quanto non era graduabile alla luce del grado di colpevolezza espressa nel fatto di reato, ma sulla base dell'entità – questa sì valutabile dall'organo giudiziario - del patrimonio del reo.

Sebbene qualche dubbio di costituzionalità sia stato evidenziato anche con riferimento alla confisca generale nordamericana (*criminal forfeiture*), sotto il profilo della sua eccessiva afflittività, esso è stato fugato dalla Corte d'Appello Statunitense⁶⁸⁰, la quale non ha riscontrato alcun contrasto né sotto il profilo del rispetto del principio di proporzione, né del diritto di difesa e al contraddittorio.

Il secondo modello di confisca si fonda invece su un sospetto di “destinazione illecita” dei beni di un soggetto condannato per partecipazione o concorso in un'organizzazione criminale.

Anche tale forma di ablazione presuppone dunque la condanna, e colpisce tutti i valori patrimoniali che si trovano nella disponibilità di un gruppo criminale, potendo indirizzarsi non soltanto su un suo membro, ma anche sul sostenitore dell'associazione.

⁶⁷⁹ BGH, 15 novembre 2002, 2 StR 302102 (LC Frankfurt a. M.), in *NStZ* 2003, p. 198.

⁶⁸⁰ United States v. Huber, 603 F. 2d 387, 397 (2d Cir. 1979) citata in TAYLOR, *Forfeiture under 18 U.S.C. 1963- Rico's Most Powerful Weapon*, in *Am. Crim. L. Rew* 1980, p. 389.

Il legislatore di taluni ordinamenti, come ad esempio quelli svizzero⁶⁸¹ e austriaco⁶⁸², “presume” che i beni nel potere di un’organizzazione criminale siano destinati all’ulteriore svolgimento di attività illecite da parte di quest’ultima, concependo uno strumento che si necessita della condanna, ma è svincolato dall’accertamento del rapporto tra lo specifico bene e il reato, e dunque dalla prova della sua origine delittuosa, dirigendosi direttamente in capo all’organizzazione.

Tale presunzione di finalizzazione illecita, supposta dal dato legislativo, sicuramente agevola sotto il profilo probatorio il contrasto alla criminalità del profitto⁶⁸³; tuttavia, alla luce della necessità di garantire il rispetto del diritto di proprietà, è previsto che l’imputato possa vincere tale presunzione dimostrando che i beni *de quibus* non appartengono al gruppo criminale⁶⁸⁴.

Anche tale strumento può indirizzarsi sui terzi (ad. es. intestatari fittizi) e le persone giuridiche; inoltre, assomigliando ad una vera e propria pena patrimoniale - dunque afferente alla materia penale - la dottrina ne evidenzia profili di criticità rispetto alla presunzione d’innocenza e al principio di proporzionalità, dato che si indirizza su tutto il patrimonio dell’affiliato o sostenitore, nella disponibilità presunta dell’associazione⁶⁸⁵.

Proprio alla luce di tali rilievi, la dottrina svizzera⁶⁸⁶ suggerisce una lettura restrittiva in senso maggiormente garantistico dell’inversione dell’onere della prova, differenziandolo a seconda che l’imputato sia un membro o un concorrente esterno del gruppo criminale. In tale ottica, la controprova dell’origine lecita dei propri beni e della indisponibilità di questi ultimi da parte dell’associazione dovrebbe senz’altro riconoscersi all’*extraneus*. È da segnalare tuttavia che il Consiglio Federale

⁶⁸¹ Art. 72 StGB; GASSER, *Von der vermuteten Unschuld des Geldes- Die Einziehung von Vermögenswerten Krimineller Herkunft in Bekämpfung der Geldwascherei*, a cura di PIETH, Stuttgart 1992, 169 ss.

⁶⁸² Art. 20 b co StGB austriaco.

⁶⁸³ A. M., MAUGERI, op. cit.

⁶⁸⁴ M. PIETH “Das zweite Paket gegen das Organisierte Verbrechen”, *die Überlegungen des Gesetzgebers*, in ZStrR (RPS) 1995, p. 237.

⁶⁸⁵ A. M. MAUGERI, op. cit.

⁶⁸⁶ C. SHIMID, *Das neue Einziehungsrecht nach StGB art. 58 ff.*, in Schw. Zeit. Fur Strafrecht, 1995, p. 347.

svizzero⁶⁸⁷ ha fatto salva tale tipologia di confisca, ritenendo che essa soddisfi tutte e tre le condizioni per giustificare una limitazione del diritto fondamentale di proprietà: rispetta infatti il principio di legalità, giacché possiede un fondamento normativo, e il principio di proporzione; infine, essa persegue un interesse pubblico, ossia la lotta alla criminalità.

La terza tipologia di confisca che si ravvisa con tratti comuni negli ordinamenti giuridici è poi rappresentata da quella fondata su una presunzione non di destinazione, bensì di origine illecita dei beni confiscabili.

Anche tale forma di ablazione postula l'intervenuta condanna per determinate categorie di gravi reati, connessi sempre al crimine organizzato.

Si pensi al *confiscation* inglese, al *Verfall* tedesco, e alla “nostra” confisca allargata di cui all'art. 12 *sexies* l. 356/92.

Come osservato dalla dottrina⁶⁸⁸, le presunzioni alla base di tale forma di confisca sono di due tipologie: quella che considera illecito tutto il patrimonio del soggetto condannato per un reato, come accade per la confisca di cui all'art. 12 *sexies* o per il *Verfall* tedesco; quella che invece è temporalmente determinata all'epoca precedente all'inizio del procedimento applicativo della misura o al tempo concomitante o successivo alla commissione del reato; è il caso ad esempio del *confiscation* inglese, o del *criminal forfeiture* australiano⁶⁸⁹ previsto dal Proceeds of Crime Act (POCA) del 2002, basato su “chances of probabilities” che la proprietà posseduta dall'imputato al tempo o poco dopo la commissione del reato sia di provenienza illecita.

La delimitazione temporale facilita senz'altro l'esercizio del diritto di difesa dell'imputato, rendendo meno onerosa la prova dell'origine lecita del proprio patrimonio⁶⁹⁰, assicurando altresì il rispetto dei principi di tassatività e proporzione. La giurisprudenza inoltre cerca di superare l'attrito con la presunzione d'innocenza

⁶⁸⁷ *Botschaft des Bundesrates*, 30 giugno 1993, p. 321.

⁶⁸⁸ A. M. MAUGERI, op. cit.

⁶⁸⁹ E. KOREN, *Civil forfeiture regimes in Canada and Internationally*, 10 e ss., www.publicsafety.gc.ca

⁶⁹⁰ S. DI LENA, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind. Pen.*, 1999, p. 1222.

richiedendo che il giudice sia “convinto” dell’origine illecita dei beni, sulla base di una prova indiziaria e dell’onere della prova gravante sull’accusa, rispettando così la regola “*in dubio pro reo*”⁶⁹¹.

Le presunzioni ivi contemplate si distinguono a loro volta: o in una conseguenza automatica della condanna, e quindi con inversione dell’*onus probandi*; oppure in una presunzione con ridotto onere probatorio a carico della pubblica accusa.

In quest’ultima direzione muove l’ordinamento italiano, giacché nella struttura dell’art. 12 *sexies* l. 575/65 spetta al Pubblico Ministero dimostrare la titolarità o la disponibilità dei beni da parte del condannato e il requisito della “sproporzione” tra il loro valore e i redditi dichiarati, e l’ordinamento austriaco⁶⁹², dovendosi fornire indizi circa l’origine illecita del patrimonio.

Ipotesi di presunzione come mera conseguenza della condanna vengono invece conosciute nell’ordinamento tedesco (*Verfall*⁶⁹³) e in quello inglese (*confiscation*).

La Corte Costituzionale tedesca ha affermato nel 2004⁶⁹⁴ la compatibilità del *Verfall* con il principio di tassatività, e con il diritto di proprietà, in quanto non è da considerarsi in termini di “sanzione penale”: essa infatti non mira a punire un colpevole, ma a rimuovere situazioni patrimoniali illecite⁶⁹⁵. Inoltre, ribadendo già quanto affermato dalla giurisprudenza per assicurarne il rispetto con il principio della presunzione d’innocenza, ritiene che ove il giudice abbia dei dubbi circa la provenienza delittuosa dei beni da confiscare, non possa disporre il provvedimento ablatorio; occorre dunque la piena convinzione che l’imputato abbia tratto quei profitti dal reato.

⁶⁹¹ A. M. MAUGERI, op. cit.

⁶⁹² Art. 20 c.2 *oStGB*.

⁶⁹³ Art. 73d *StGB*.

⁶⁹⁴ BVerfG, 14.1.2004- 2 BvR 564/95.

⁶⁹⁵ Anche la Corte di Strasburgo, del resto, a più volte ribadito la funzione compensativa e non sanzionatoria di forme di confisca senza condanna. Cfr., ex multis, Corte eur. dir. uomo, Butler v. United Kingdom, n. 41661798, cit.

Accanto a queste tipologie di confisca, si osserva poi che in taluni Paesi la tendenza legislativa è quella di concepire un procedimento patrimoniale accessorio o addirittura autonomo rispetto a quello penale volto ad accertare la colpevolezza del reo. È in tale categoria che quindi può sussumersi la confisca di prevenzione di cui all'art. 24 Codice Antimafia.

Tuttavia si osserva⁶⁹⁶ che la confisca di prevenzione non risponderebbe al prototipo di un'*actio in rem* pura, perché non si tratta di un procedimento che permette di colpire il patrimonio a prescindere da particolari condizioni soggettive del titolare del bene. Il sistema continua infatti ad essere fondato sulla stretta correlazione tra applicazione della misura personale e quella patrimoniale; le ipotesi di applicazione disgiunta appaiono infatti residuali.

Per quanto concerne il procedimento applicativo, possono essere individuate tre principali tipologie⁶⁹⁷.

La prima è quella in cui la confisca assume i caratteri della sanzione amministrativa o civile, e dunque applicata in un procedimento non penale (secondo il modello dell'*actio in rem*). Ciò avviene per il *civil forfeiture* (nordamericano, australiano, irlandese), e vi è parzialmente riconducibile anche la confisca di prevenzione del sistema italiano ex art. 24 Codice Antimafia.

Il secondo tipo è quello in cui non sia possibile procedere *in personam*, come avviene per l'*erweiterter Verfall* tedesco (acquisizione pubblica dei profitti) o, ancora, per la confisca prevista nel codice svizzero⁶⁹⁸ e austriaco⁶⁹⁹.

Infine vi è l'ipotesi in cui il processo patrimoniale "accessorio" è parte di un più complesso procedimento penale, da cui si sgancia per ragioni di efficienza e celerità. Ciò accade nel *confiscation* inglese o per il *criminal forfeiture* statunitense. Il rischio in tale ultimo caso è però che si sottoponga a giudizio il soggetto per fatti

⁶⁹⁶ A. M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?* in O. MAZZA-F. VIGANO' (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 137.

⁶⁹⁷ A. M. MAUGERI, *op.cit.*

⁶⁹⁸ Art. 70-72 StGB.

⁶⁹⁹ Art. 20 StGB.

anteriori o comunque ulteriori rispetto a quelli del procedimento principale, così processandolo in assenza delle garanzie proprie del giudizio penale⁷⁰⁰.

Se dunque è innegabile che il procedimento autonomo sia più efficiente, fugando il pericolo di ritardi nel pervenire alla condanna, e consentendo di apprendere anche beni individuati successivamente alla sentenza di condanna, occorre però rilevarne il possibile *vulnus* alle garanzie difensive.

Come prima anticipato, il prototipo⁷⁰¹ dell'*actio in rem* è rappresentato dal *civil forfeiture* proprio dei sistemi di *common law* (USA, Regno Unito, Irlanda, Canada, Australia, Nuova Zelanda).

Il *civil forfeiture* è una confisca applicata all'esito di un procedimento civile, sulla base di una *fictio iuris* in base alla quale è *guilty* il patrimonio e quindi non rileva la colpevolezza del suo titolare⁷⁰².

Tale procedimento può essere instaurato quando quello penale è pendente, oppure si è concluso, anche con una sentenza di non luogo a procedere o di assoluzione.

È proprio in base alla citata *fictio iuris* che si consente, in diffusi Paesi di *common law*, di abbassare lo *standards* di garanzie difensive: si pensi ad esempio al ricorso ad un onere probatorio di tipo probabilistico (c.d. *probable cause*, cioè una base ragionevole per ritenere probabile che il bene sia stato acquisito con proventi illegali, con conseguente spostamento dell'onere probatorio sulla difesa), con il rischio di applicare una misura considerevolmente afflittiva nei suoi effetti senza le garanzie proprie del processo penale.

Ciò ha posto in taluni ordinamenti dubbi circa la compatibilità di tale strumento autonomo rispetto al procedimento penale alla CEDU.

⁷⁰⁰ A. M. MAUGERI, op. cit.

⁷⁰¹ A.M MAUGERI, op.cit.

⁷⁰² E. KOREN, *Civil forfeiture regimes in Canada and internationally*, www.publicsafety.gc.ca; *Impact study on civil forfeiture*, Council of Europe, 2013, www.coe.int; NOYA *Hoisted by their own petard: adverse inferences in civil forfeiture*, in *Jour. Crim. Law & Crim.* Vol. 86, 1996, p. 500.

Autorevole dottrina ha infatti evidenziato come la predetta *fiction iuris* si riveli “pericolosissima” sotto il profilo delle garanzie proprie del diritto penale, della tutela dei terzi e del giusto processo⁷⁰³.

Anche negli Usa il *civil forfeiture* è applicato all’esito di un procedimento *in rem* di natura civile avente ad oggetto la “proprietà contaminata” (*tainted property*)⁷⁰⁴.

Esso, regolato nell’ambito del traffico illecito di stupefacenti a partire dagli anni ‘70 dal D.A.P.C.A. (*Drug Abuse Prevention and Control Act*), è autonomo rispetto all’eventuale procedimento *in personam* e va promosso direttamente nei confronti del bene, connesso al reato da un rapporto di strumentalità o derivazione; e se quest’ultimo manca, è possibile confiscarne il valore equivalente.

È proprio la *res in sé*, a prescindere dalla condotta del soggetto, ad essere considerata “colpevole”, a partire dalla commissione del reato; ed è da questo momento che retroagisce il titolo di proprietà dello Stato su di essa.

Tale strumento è stato ritenuto nel 1996⁷⁰⁵ conforme all’ottavo emendamento della Costituzione americana, che vieta di fare ricorso a pene “crudeli e inusitate”, chiarendosi che esso non possiede natura punitiva.

Anche tale strumento pone delle criticità in punto di abbassamento delle garanzie difensive, come ad esempio non si considera il diritto del soggetto ad essere processato innanzi a una giuria e non si applica il principio del *ne bis in idem* (*double jeopardy*); inoltre, avendo natura non penale, si aggancia la confisca ad uno standard probatorio civilistico fondato sul “*by a preponderance of evidence*”. È cioè sufficiente che l’accusa dimostri una “causa probabile” (*probable cause*) di connessione del bene rispetto al reato, per spostare l’onere probatorio a carico della

⁷⁰³ L. FORNARI, *Criminalità da profitto e tecniche sanzionatorie, confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale “moderno”*, Cedam, Padova, 1997, pag. 119 e ss. A. M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un’actio in rem?* In O. MAZZA- F. VIGANO’ (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)* Giappichelli, Torino, 2008, p. 129.

⁷⁰⁴ A. M. MAUGERI, op. cit., Giuffrè, Milano, 2001, pp. 279 e ss.

⁷⁰⁵ *United States vs Ursery* 518 U.S. 267 (1996) in www.supreme.justia.com

difesa; prevale la parte che riesce a dimostrare la propria tesi - circa l'estraneità o connessione del bene rispetto al reato - con maggiore attendibilità rispetto a quella contraria. Il provvedimento è adottato infatti sulla base della "preponderanza delle prove" addotte⁷⁰⁶.

Per tale ragione parte della dottrina e della giurisprudenza⁷⁰⁷ criticano tale istituto, considerandolo una vera e propria pena (*punishment*)⁷⁰⁸.

È stato infatti sostenuto che alla confisca civile non possa ritenersi applicabile uno statuto di garanzie inferiore rispetto a quello previsto per la pena pecuniaria: ciò alla luce del carattere serio e stigmatizzante del provvedimento *de quo*.

Nonostante tali rilievi, parte della giurisprudenza americana⁷⁰⁹ ha tuttavia ritenuto che la confisca in esame abbia natura civilistica e non penale, giacché ha la funzione di "compensare" ("*remedial forfeiture*") la collettività per i "costi" del comportamento antisociale sotteso all'acquisizione illecita del bene.

Nel Regno Unito il *civil recovery* è previsto dal *Proceeds of crime Act* (POCA) del 2002⁷¹⁰, che ha sostituito il *Criminal Justice Act* del 1988, il *Drug Trafficking Act* del 1994 e il *Proceeds of Crime Act* del 1995. Anche in tal caso la misura è emessa dal giudice civile ed è sussidiaria rispetto al processo penale, giacché viene emessa quando non è possibile agire contro il reo sul piano penale.

Avendo natura di sanzione civile, è applicata con il minor rigore probatorio proprio del processo civile, per cui rischia anch'essa di rappresentare una "strada più facile" nell'ipotesi in cui non sia possibile addivenire ad una condanna⁷¹¹.

⁷⁰⁶ L. FORNARI, *Criminalità da profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"*, op.cit., p. 126.

⁷⁰⁷ V. *One 1958 Plymouth Sedan v. Pennsylvania*, 380, U.S., 693 (1965).

⁷⁰⁸ *United States v. Halper*, 490 US 435 (1989) in cui si afferma che i procedimenti in questione "*sebbene civili nella forma, sono nella loro natura penali*" in www.supreme.justia.com.

⁷⁰⁹ *United States v. \$ 2500 in United States Currency*, 689 F.2d 10 (2nd Cir. 1982).

⁷¹⁰ I. SMITH – T. OWEN, A. BODNAR, *Asset Recovery: Criminal confiscation and Civil Recovery*, Oxford University Press, 2015.

⁷¹¹ S. VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*, Cedam, Padova, 1992.

Ecco perché la dottrina inglese⁷¹² ha evidenziato dubbi di compatibilità dell'istituto in argomento con l'*Human Rights Act* del 1998, che ha recepito la CEDU a livello nazionale.

In particolare, si è evidenziato il contrasto con gli art. 6 co. 2 (presunzione di innocenza) e 7 CEDU (principio di irretroattività), auspicando un'estensione delle garanzie proprie del sistema penale.

La giurisprudenza inglese ha invece salvato la misura *de qua* sotto il profilo del rispetto dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU, ribadendone la natura civilistica e non di pena⁷¹³.

Anche la Corte di Strasburgo⁷¹⁴- utilizzando i noti criteri *Engel* - ha escluso nel caso *Walsh vs Regno Unito* la natura di *punishment* del *civil recovery* britannico, ribadendone la natura preventiva, e dunque ha ritenuto legittima l'esclusione delle garanzie proprie del processo penale (in particolare l'art. 6 CEDU)⁷¹⁵.

La Corte europea, ribadendo quanto già affermato nel caso *Phillips vs Regno Unito*⁷¹⁶, ha sostenuto la natura recuperatoria e non punitiva del *civil recovery*, giacché lo stesso avrebbe la funzione di recuperare un vantaggio illecito piuttosto che punire il colpevole di un reato, e che l'ammontare della somma di denaro non è di per sé da sola determinante ai fini della qualificazione della natura penale del procedimento⁷¹⁷.

⁷¹² I. SMITH – T. OWEN, A. BODNAR, op.cit.

⁷¹³ EWHC, *Director of the Assets Recovery Agency v. Satnam Singh*, n. 2335/2004.

⁷¹⁴ Corte eur. dir. uomo, *Walsh v. United Kingdom* n. 43384/05; Corte eur. dir. uomo, *Butler v. United Kingdom*, n. 41661/98.

⁷¹⁵ Nello specifico, il sig. *Walsh* era stato assolto in sede penale dai reati di frode ma sottoposto comunque alla confisca civile prevista dal "Proceeds of Crime Act 2002". Il giudizio penale si era concluso davanti alla *House of Lords*, che rigettò le istanze del ricorrente, confermando la precedente confisca, sulla base delle pregresse condanne a suo carico (e non per i reati per i quali lo stesso era stato assolto). Il criterio adottato a base della decisione fu quello probabilistico per cui si ritenne che i beni fossero "più probabilmente che non" provento della sua vita criminale.

⁷¹⁶ *Phillips v. United Kingdom*, n. 41087/98, ECHR 2001-VII; *Butler v. United Kingdom* n. 41661/98, ECHR 2002-VI.

⁷¹⁷ *Porter v. United Kingdom*, n. 15814/02, 8 July 2003.

Anche l'ordinamento irlandese accanto al *confiscation order* (confisca penale) conosce dal 1996 una forma di confisca civile applicata dalla *Hight Court*, contemplata attualmente nel *Proceeds of Crime (Amendment) Act* del 2005.

Il relativo procedimento applicativo si articola in tre fasi distinte e può indirizzarsi anche nei confronti dei terzi. Lo *standard* probatorio è quello civilistico, e nel caso in cui i beni colpiti dalla misura provvisoria (*interim* o *interlocutory orders*) siano sottoposti a confisca in un procedimento penale, prevale il provvedimento penale.

La sua compatibilità alla Costituzione è stata più volte affrontata dalla Suprema Corte irlandese⁷¹⁸, che ne ha affermato la natura civile, essendo svincolata da qualsiasi accertamento della colpevolezza del soggetto proprietario della *res*, e dunque la compatibilità con la garanzia della presunzione di innocenza, del *right trial by jury* e del *double jeopardy* (*ne bis in idem*).

Anche la Corte di Strasburgo ha risolto positivamente la questione della compatibilità alla CEDU di tale modello di *actio in rem*, affermandone la natura preventiva e non sanzionatoria, ritenendo che il valore economico dei beni o del denaro oggetto di confisca non sia in alcun modo decisivo ai fini della determinazione della natura penale della misura in esame⁷¹⁹.

Da quanto fino ad ora illustrato emerge che i giudici di Strasburgo hanno ritenuto compatibili alla CEDU forme di confische senza condanna modulate secondo lo schema dell'*actio in rem*, riconoscendone il carattere della proporzionalità e non richiedendo prove "oltre ogni ragionevole dubbio" sull'origine illecita dei beni acquisiti; hanno inoltre ritenuto che dette misure possano essere applicate anche nei confronti di soggetti terzi, salvaguardando il margine di apprezzamento dei Legislatori nazionali.

⁷¹⁸ Irish Supreme Court, Gilligan v. Citizens Advice Bureau, 18 October 2001.

⁷¹⁹ Corte eur. dir. uomo, Grayson & Barnham c. Regno unito, nn. 19955/05 e 15085/06.

Merita un richiamo la pronuncia resa dalla Corte nel caso *Gogitidze e altri c. Georgia*⁷²⁰, in cui è stato affermato che i procedimenti civili *in rem*, diversi da quello penale sfociante in una condanna, non sono da considerare una sanzione ma una forma di regolamentazione dell'uso della proprietà ai sensi dell'art. 1 Prot. 1 CEDU, con conseguente inoperatività della garanzia sottesa al diritto alla presunzione di innocenza (art. 6 par. 2 CEDU); è solo la confisca emessa a seguito di condanna penale che può considerarsi una “*penalty*”, determinando l'applicazione dell'art. 6 CEDU in tutta la sua portata.

Inoltre la Corte ha rilevato che nel caso sottoposto al suo esame era stata fornita la possibilità ai ricorrenti di esporre nel procedimento le proprie ragioni, non ritenendo violato pertanto il giusto equilibrio tra l'interesse generale della comunità e la protezione dei diritti fondamentali.

2. Gli atti UE e il principio del mutuo riconoscimento dei provvedimenti di confisca.

Per quanto finora emerso, la rilevanza dell'istituto giuridico della confisca non può essere circoscritta all'ambito nazionale; la stessa, in particolare, ha costituito oggetto di particolare attenzione anche nell'ambito dell'ordinamento europeo.

Il legislatore comunitario è stato ben consapevole⁷²¹ delle potenzialità repressive dell'istituto, in quanto efficace strumento di lotta del fenomeno della

⁷²⁰ Corte eur. dir. uomo, *Gogitidze e altri c. Georgia* n. 36862/05 in cui la Corte, dopo aver qualificato la misura applicata all'ex ministro georgiano in termini di *actio in rem* di natura civile, l'ha ritenuta legittima giacché dotata di una idonea base legale e proporzionata.

⁷²¹ Policy Paper, *Confisca dei beni illeciti: verso un modello ideale a livello europeo*, in *Trasparenza International*, BULGARIA- ROMANIA- ITALIA.

criminalità organizzata a carattere transnazionale. L'applicazione della confisca⁷²² si pone, infatti, quale ostacolo a quelle attività delittuose finalizzate a produrre profitto, quali il traffico di droga, la corruzione e il riciclaggio di denaro, in quanto va a colpire proprio i proventi da esse derivanti. Pertanto è sempre di più al centro della politica europea, e negli ultimi decenni si sono avuti degli interventi normativi più incisivi, riconducibili alla competenza dell'Unione Europea in materia penale.

Il primo atto normativo che ha segnato delle aperture verso il riconoscimento di una competenza in materia penale anche alle istituzioni dell'Unione Europea, è da individuare nel Trattato di Maastricht⁷²³. Esso ha introdotto la struttura a tre pilastri, nel cui terzo pilastro della giustizia e degli affari interni era compreso il settore della cooperazione giudiziaria in materia penale.

Sulla base di quanto previsto da tale Trattato la regolamentazione della materia penale, ancorché sottratta agli atti legislativi propri dell'Unione, era demandata all'adozione di strumenti di cooperazione rafforzata⁷²⁴, quali le Decisioni quadro.

Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona⁷²⁵, la struttura a tre pilastri è venuta meno, e la cooperazione in materia penale è ora regolata dagli articoli 83 e ss. TFUE, avendo incluso lo "spazio di libertà, sicurezza e giustizia" tra le materie di competenza concorrente dell'Unione⁷²⁶. Più in particolare, sulla scorta di quanto previsto dall'art. 79 TFUE, in materia penale, le misure dell'Unione europea sono

⁷²² Tuttavia il conseguimento di una effettiva armonizzazione tra le legislazioni nazionali è difficile e lento, sia perché la confisca rientra nel sensibile ambito del diritto penale, sia perché i modelli di sequestro e di confisca si differenziano molto l'un l'altro.

⁷²³ Trattato del 7 febbraio 1992 ed entrato in vigore il 1 novembre 1993, ratificato con L. 3 novembre 1992, n. 454.

⁷²⁴ Successivamente la Corte di Giustizia europea, con la celebre sentenza 13 settembre 2005, in materia di reati ambientali riconobbe la competenza dell'Unione ad imporre agli Stati membri, mediante l'adozione di direttive il ricorso allo strumento penale, laddove necessario al fine di garantire l'efficace attuazione delle politiche europee (si tratta dei c.d. obblighi di criminalizzazione).

⁷²⁵ Entrato in vigore il 1 dicembre 2009.

⁷²⁶ Gli Stati membri, pertanto, sono competenti a prendere decisioni su una particolare questione se questa non ha ancora deliberato. L'Unione Europea da parte sua è competente a prendere decisioni nel rispetto del principio di sussidiarietà.

adottate dal Parlamento e dal Consiglio (o da un quarto degli Stati membri), mediante lo strumento della direttiva⁷²⁷.

Con precipuo riferimento alla produzione normativa in materia di confisca a livello europeo, l'Unione ha adottato un "*pacchetto di strumenti coerente e completo sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto quello procedurale*"⁷²⁸.

Il riferimento è, in particolare, alle decisioni quadro, la prima delle quali è la 2001/500/GAI del Consiglio, concernente il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato.

Tale atto ha determinato l'avvio del riavvicinamento delle normative nazionali in materia di confisca di beni appartenenti alla criminalità organizzata, introducendo i presupposti sostanziali per gli Stati membri in presenza dei quali avviare le confisca dei proventi di reato, nonché le procedure con le quali può essere eseguito il provvedimento ablatorio.

Ancora, a distanza di due anni è stata adottata la decisione quadro del 2003/577/GAI del Consiglio del 22 luglio 2003, relativa all'esecuzione nell'Unione dei provvedimenti di blocco⁷²⁹ dei beni o di sequestro probatorio. Essa costituisce applicazione del principio del mutuo riconoscimento⁷³⁰ delle decisioni giudiziarie in materia penale, affermatosi nel Consiglio di Tampere del 1999, ed è stata adottata in attuazione delle misure già previste nell'ambito del Programma di misure per l'attuazione di tale principio.

⁷²⁷ Esse sono, inoltre, sottoposte alla giurisdizione della Corte di Giustizia, e se non attuate, danno luogo a procedura di infrazione nei confronti degli Stati membri inadempienti.

⁷²⁸ In tal senso cfr. C. PESCE, *Il recepimento italiano degli atti UE in materia di sequestro e di confisca*, in *Eurojus.it*.

⁷²⁹ Nella nozione di blocco, termine di derivazione anglosassone, o di sequestro di beni, secondo la definizione contenuta nell'art. 2 della decisione quadro, rientrano tutti i provvedimenti adottati dalla competente autorità dello Stato di emissione, al fine di impedire provvisoriamente ogni operazione di "distruzione, trasformazione, spostamento, trasferimento o alienazione di un bene o proprietà che possa formare oggetto di prova o di confisca del bene nell'ambito di un procedimento penale pendente nello Stato.

⁷³⁰ Tale principio è il fondamento della cooperazione giudiziaria nell'Unione; i considerando n. 1 n. 2 della decisione quadro 2003/577/GAI, ne estendono l'applicazione, oltre che al processo, anche alle ordinanze processuali, in particolare a quelle che "consentono alle autorità giudiziarie competenti di procedere rapidamente al sequestro probatorio e alla confisca di beni facilmente trasferibili".

Tra le misure contemplate vanno considerate quella di cui al punto 6, che prevedeva l'elaborazione di uno strumento sul riconoscimento delle decisioni di blocco degli elementi di prova per impedire la dispersione delle prove con riferimento a beni che si trovano nel territorio di un altro Stato membro, e la misura 7, la quale faceva riferimento all'elaborazione di uno strumento sul riconoscimento delle decisioni in materia di sequestro dei beni.

L'atto normativo perseguiva la finalità di disporre il sequestro in via d'urgenza senza ricorrere alle procedure dell'assistenza giudiziaria. Di qui la previsione di norme sulla base delle quali uno Stato membro riconosce ed esegue nel proprio territorio un provvedimento di blocco o di sequestro emesso dall'autorità giudiziaria di un altro Stato membro, senza necessità della mediazione dell'autorità centrale.

Il legislatore italiano ha, tuttavia, recepito la decisione quadro in esame nel nostro ordinamento soltanto nel 2016, con decreto legislativo 2016 n. 35, con un ritardo di oltre dieci anni, rispetto alla scadenza prevista⁷³¹. Anche in Italia, pertanto, è stato previsto che l'autorità giudiziaria *“provveda senza ritardo al riconoscimento, con proprio provvedimento, del blocco o sequestro, disponendo che sia data immediata esecuzione alla richiesta”*⁷³².

Sul piano dell'ordinamento comunitario, il legislatore è nuovamente intervenuto con la decisione quadro 2005/2012/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 2005 relativa alla confisca di beni, proventi e strumenti di reato, adottata, anch'essa, nell'ambito del procedimento volto ad armonizzare le varie normative nazionali.

Tra le disposizioni previste, rileva quella che ha introdotto il principio di obbligatorietà della confisca diretta e per equivalente per qualunque reato punibile con pena detentiva superiore ad un anno di reclusione (art. 2); l'applicazione della misura patrimoniale anche a fronte dell'intervenuta prescrizione, nonché la previsione della cosiddetta confisca estesa (art. 3). Quest'ultima trova applicazione

⁷³¹ L'art. 14 della decisione quadro poneva quale termine di scadenza il 2 agosto 2005.

⁷³² Art. 7 del decreto legislativo 15 febbraio 2016 n. 35, conformemente a quanto previsto dagli artt. 5 e 7 della decisione quadro.

in caso di gravi reati espressamente stabiliti, commessi nell'ambito di un'organizzazione criminale oggetto della decisione quadro del Consiglio 2002/475/GAI del 13 giugno 2002 sulla lotta al terrorismo.

L'elemento che vale a caratterizzare tale confisca è che qualora siano stati commessi i predetti reati, è anche possibile confiscare beni diversi dai proventi del reato, senza necessità di accertare quindi il nesso di pertinenzialità.

Costituisce elemento di novità la previsione della possibilità di disporre la misura ablatoria anche in procedimenti diversi da quello penale (art. 3 punto 4)⁷³³.

Ciononostante, sembra comunque necessaria una *previa condanna*⁷³⁴, non contemplando la decisione in esame dei procedimenti *in rem*, che consentono l'applicazione di forme di confisca anche a prescindere dalla stessa⁷³⁵. Tale limite alle sole ipotesi di condanna rifletteva, tuttavia, una incompatibilità con la citata decisione di taluni modelli di confisca europei, che come sopra evidenziato, prescindono dal previo accertamento della responsabilità penale (si pensi ad esempio alla *civil forfeiture* o alla confisca ex art. 24 del Codice antimafia).

La decisione quadro 2005/212/GAI, poi, ha sancito per la prima volta la possibilità di confiscare i beni nella disponibilità di soggetti terzi rispetto alla persona condannata⁷³⁶.

I presupposti applicativi vengono delineati dal legislatore europeo in via alternativa nei seguenti termini: 1) o quando il giudice, sulla base di fatti circostanziati, sia *pienamente convinto* che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata, commesse durante un periodo ragionevole anteriore alla condanna; 2) quando il giudice, sulla base di fatti circostanziati, sia *pienamente convinto* che il bene sia il provento di *analoghe* attività criminose, purché queste siano state commesse entro un periodo ragionevole

⁷³³ Art. 3

⁷³⁴ Si fa, infatti, riferimento alla persona condannata.

⁷³⁵ Tale limite sarà superato dalla direttiva 2012/85, che, a seguito degli emendamenti proposti dalla Commissione LIBE, prevede una *actio in rem*, funzionalizzata alla lotta contro la criminalità organizzata.

⁷³⁶ Il riferimento è anche ai familiari e alle persone giuridiche.

anteriore alla condanna; 3) quando sussiste sproporzione tra il valore del patrimonio e il reddito del soggetto condannato, sulla base della quale il giudice dovrebbe pienamente convincersi che il bene in questione sia il provento di attività criminose della persona condannata.

Chiaro è il riferimento. in tutte e tre le condizioni, al pieno convincimento del giudice, sulla base di fatti circostanziati, a proposito dell'origine illecita dei beni, che secondo la dottrina⁷³⁷ richiama all'“oltre ogni ragionevole dubbio” penalistico o, quantomeno, alla “prova chiara ed evidente” degli ordinamenti di *common law*.

Nel 2006 è, poi, seguita la decisione quadro 2006/783/GAI, la quale ha regolamentato per la prima volta il principio del mutuo riconoscimento delle decisioni di confisca adottate dai Paesi dell'Unione, cosicché uno Stato membro può riconoscere ed eseguire direttamente nel proprio territorio le decisioni di confisca adottate da un giudice di un altro Stato membro, senza seguire quindi una particolare e rigorosa procedura. In sintesi è stato sancito il principio di libertà di circolazione e di esecuzione dei provvedimenti di confisca in tutto il territorio dell'Unione europea⁷³⁸.

Le disposizioni di tale decisione sono state riprodotte dal legislatore italiano soltanto con il d. lgs. 7 agosto 2015 n. 137, attuativo dell'atto comunitario, ed entrato in vigore il 17 settembre 2015.

Infine, nel 2007 è stata adottata la decisione 2007/845/GAI, la quale ha potenziato gli strumenti con i quali recuperare i beni oggetto di ablazione.

Ebbene, da tali disposizioni si evince che il legislatore europeo ha ammesso delle forme di confisca extra-penale, che comunque trovano il loro presupposto *in una sentenza di condanna*, pronunciata in un giudizio separato rispetto a quello in cui si adotta la misura.

⁷³⁷ A.M. MAUGERI, *Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi di reato: prime riflessioni*, in *Dir.pen.cont., riv. trim.*, 18 giugno 2012, p. 186.

⁷³⁸ C. PESCE, *Il recepimento italiano degli atti UE in materia di sequestro e confisca*, in *Eurojus.it*.

Tuttavia, con un più recente intervento normativo l'Unione europea ha voluto dare impulso a un processo di generalizzazione delle misure ablatorie *in rem*.

Il 25 ottobre 2011, infatti, il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione⁷³⁹, la quale ha potenziato lo strumento delle misure patrimoniali in un'ottica di repressione quanto più efficace possibile del fenomeno della criminalizzata organizzata.

Tale obiettivo ha impegnato la Commissione europea alla presentazione di una *proposta di direttiva* sulla procedura di sequestro e di confisca dei proventi di reato, che contempri forme di confisca in assenza di condanna.

Di qui la proposta di direttiva COM (2012)85, presentata il 12 marzo 2012 dalla Commissione europea⁷⁴⁰.

Orbene, con tale intervento normativo, è stato portato a compimento l'*iter* iniziato con le predette decisioni quadro, adottate nel "vecchio" terzo pilastro dell'Unione europea in materia di confisca, e che vengono richiamate dal testo stesso.

La direttiva *de qua* rinviene, infatti, il suo fondamento giuridico negli artt. 82 e 83 del TFUE, i quali, come prima evidenziato, prevedono dopo il trattato di Lisbona ed il superamento della divisione delle politiche dell'Unione in tre pilastri, le nuove competenze dell'Unione in materia di diritto penale e processuale penale⁷⁴¹.

In particolare, le ragioni e gli obiettivi della direttiva vengono ricondotti all'esigenza di recuperare i proventi della criminalità organizzata transfrontaliera, di porre delle norme minime di armonizzazione in materia di congelamento e confisca di tali proventi, nonché nella promozione di forme di riconoscimento dei provvedimenti e cooperazione reciproca tra gli Stati.

⁷³⁹ A. BALSAMO, *Il codice antimafia e la proposta di direttiva europea sulla confisca. Quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?* in *Dir. pen. cont., riv.trim.*, 20 luglio 2012.

⁷⁴⁰ COM/2012/85 final- 2012/0036 (COD), consultabile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

⁷⁴¹ Essa consta di 22 *consideranda* e 16 articoli, il cui contenuto viene presentato e motivato da una relazione.

A tal fine viene prevista un'estensione dell'ambito applicativo della confisca, e, come prima anticipato, la sua operatività a prescindere dalla previa condanna, seppure in ipotesi limitate.

Sotto il primo profilo va rilevato che la misura viene disposta anche per i reati già considerati dalla Convenzione relativa alla lotta contro la corruzione dei funzionari delle Comunità europee o degli Stati membri del 1997, e da diverse decisioni-quadro⁷⁴².

Essa, inoltre, abbraccia, come accade in altri Stati membri, beni che “è molto più probabile” che siano stati originati da attività criminali “di natura o gravità analoga” a quella per cui il soggetto viene condannato⁷⁴³.

Emerge quindi che a differenza della precedente decisione quadro non è più richiesto il pieno convincimento del giudice, anche se non è chiaro se sia sufficiente lo *standard* civilistico del “più probabile che non” utilizzato da alcuni ordinamenti di *common law* per forme di confische applicate a seguito di una condanna in sede penale (come il *confiscation* inglese o il *criminal forfeiture* nordamericano).

Viene, altresì, prevista la possibilità che la misura ablatoria patrimoniale colpisca anche i beni posseduti da soggetti terzi che siano in mala fede, intesa come conoscenza o conoscibilità della provenienza illecita dei beni medesimi.

Sempre in un'ottica di estensione dell'operatività e di una sua maggiore effettività, viene ampliato il concetto di *provento*, fino ad includervi anche i ricavi indiretti, frutto del reinvestimento o della trasformazione dei profitti diretti⁷⁴⁴.

⁷⁴² In materia di falsificazione di monete, lotta alle frodi, lotta al terrorismo, riciclaggio, corruzione nel settore privato, stupefacenti, reati informatici, criminalità organizzata, tratta di essere umani e dalla direttiva 2011/92/UE contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile (in www.eur-lex-europa.eu).

⁷⁴³ Si tratta, quindi, di una confisca estesa, vincolata però ancora al requisito di una condanna per un reato, analogamente a quanto previsto nell'ordinamento italiano dall'art. 12 *sexies* del d.l. n. 306/1992).

⁷⁴⁴ In definitiva, viene estesa la nozione di profitto a quello indiretto ed accolta la logica “per equivalente”.

Viene, inoltre, prevista l'introduzione di un sequestro in grado di assicurare la confisca dei proventi del reato, purché sia adottato da un'autorità giurisdizionale, volto a prevenire la dispersione dei beni confiscabili⁷⁴⁵ e proporzionato.

Per quanto concerne il presupposto applicativo della condanna, la proposta di direttiva, se da un lato mantiene fermo il principio della confisca dei beni di soggetti condannati, dall'altro, prevede, tuttavia, una deroga, introducendo delle ipotesi di confisca senza condanna. Il riferimento è a quei casi in cui non può giungersi a una condanna definitiva per motivi di malattia, decesso o per la fuga della persona indagata o imputata.

Come evidenziato da autorevole dottrina⁷⁴⁶, tuttavia, non viene introdotta una vera e propria *actio in rem* che consente di aggredire il patrimonio a prescindere dal processo penale, giacché il procedimento è autonomo ma operante solo nei casi in cui non sia possibile procedere in *personam*. Occorre inoltre che il giudice si convinca in ordine alla responsabilità dell'imputato, e quindi che il procedimento, ove effettivamente svolto nei confronti della persona fisica, si sarebbe concluso con una condanna.

Orbene, proprio in considerazione di tali limiti, assumono rilievo gli *emendamenti* presentati dalla Commissione per le libertà civili, la giustizia e gli affari interni (LIBE) del Parlamento europeo in data 20 maggio 2013. Sono, infatti, finalizzati a introdurre un generale modello di confisca europea, applicabile a prescindere da una pronuncia di condanna e per una più ampia categoria di ipotesi delittuose⁷⁴⁷.

In particolare, la confisca senza condanna (art. 5) è applicabile nel caso di assenza di prove sufficienti per ottenere una condanna penale, nei casi in cui il

⁷⁴⁵ Alla luce di una verifica periodica della sussistenza di tale esigenza.

⁷⁴⁶ A.M. MAUGERI, *L'actio in rem assurge a modello di confisca europea nel rispetto delle garanzie CEDU? - Emendamenti della Commissione LIBE alla proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi di reato*, in *Dir. pen. cont., riv.trim.*, n. 3-2013.

⁷⁴⁷ La confisca senza condanna è infatti praticabile per tutti i reati di cui all'art. 83 TFUE (e dunque non più ai soli fenomeni di criminalità organizzata).

giudice sia comunque convinto, dopo aver adoperato tutti i mezzi di prova disponibili, che i beni derivino da attività criminale.

L'ottica è quella della massima espansione. In tal senso si specifica⁷⁴⁸ che la confisca non deve limitarsi a colpire i proventi di reato, dovendo estendersi a qualsiasi proprietà che risulti dalle attività criminali.

Viene affermata la necessità del mutuo riconoscimento sia della confisca adottata in procedimenti diversi da quello penale, che di quella adottata in assenza di una condanna⁷⁴⁹. Viene quindi generalizzata la possibilità di disporre confisca senza condanna, il che ha indotto la dottrina a parlare di vera e propria "*actio in rem*" come modello di confisca europea⁷⁵⁰.

Ancora, si prevede la confisca in caso di prescrizione del reato⁷⁵¹, e si introduce una forma di confisca senza condanna anche nei casi in cui l'autorità giudiziaria sia comunque convinta⁷⁵², che i beni siano il frutto o il provento del reato⁷⁵³.

Orbene, da quanto prospettato, si evince⁷⁵⁴ che la Commissione LIBE mira a realizzare un modello di confisca *praeter probationem delicti*⁷⁵⁵ che presenta delle tinte differenti rispetto a quello delineato nella proposta della Commissione europea.

⁷⁴⁸ Considerando n. 1.

⁷⁴⁹ Evidente il riferimento alla confisca di prevenzione prevista nell'ordinamento italiano.

⁷⁵⁰ A. M. MAUGERI, *L'actio in rem*, op.cit., p. 270.

⁷⁵¹ Possibilità espressamente esclusa invece dal testo proposto dalla Commissione europea.

⁷⁵² A. M. MAUGERI, op.cit., secondo cui "*l'uso del termine convinto...induce senza dubbio a ritenere che la Commissione LIBE richieda ai fini di una forma di confisca "senza condanna", non lo standard della prova civilistica, ma un pieno convincimento in base allo standard penalistico "oltre ogni ragionevole dubbio", un pieno convincimento fondato oltre che su una pluralità di fatti specifici, anche su tutti i mezzi di prova disponibili*".

⁷⁵³ Il considerando 12, come emendato, chiarisce che ciò vale anche nell'ipotesi di assenza di prove sufficienti per ottenere una condanna penale.

⁷⁵⁴ Cfr. anche F. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, in *dir.pen.cont.*, *riv.trim.*, n. 3-2013.

⁷⁵⁵ A. BALSAMO, *Diritto dell'UE e della CEDU e confisca di prevenzione in "Il Libro dell'anno del diritto 2014*, in www.treccani.it

Essa sembra⁷⁵⁶, piuttosto, avere dei tratti analoghi alla confisca di prevenzione del nostro ordinamento⁷⁵⁷.

Tuttavia, nonostante quanto affermato nell'ambito del dibattito dottrinale e giurisprudenziale che ha confermato il carattere preventivo della confisca di prevenzione antimafia, nel testo emendato della direttiva viene attribuita natura di sanzione penale alla confisca, a prescindere dalla intervenuta condanna, alla luce dei noti criteri *Engel*.

Con tutta evidenza, il superiore rilievo conferma il problema della sua compatibilità con i principi fondamentali della CEDU.

In proposito, si è rilevato⁷⁵⁸ che nel testo della Commissione, laddove si afferma la compatibilità della confisca con i diritti fondamentali alla luce dei principi giurisprudenziali e, in particolare, con le garanzie processuali di cui all'art. 6 della CEDU, non si tiene in debita considerazione che la Corte di Strasburgo ha affermato ciò proprio sulla base della ritenuta natura non penale della misura.

Ove, invece, si asserisce la natura penale della confisca, la stessa dovrà soddisfare tutte le garanzie proprie del diritto penale, compreso il principio di presunzione di innocenza.

Orbene, problemi di compatibilità potrebbero porsi proprio tra la confisca e il predetto principio, laddove è ammessa l'applicabilità della misura *de qua* in assenza di prove sufficienti a sostenere l'accusa in giudizio o, comunque, ad ottenere una condanna penale, *pur* avendo la stessa carattere penale.

⁷⁵⁶ F. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, cit.

⁷⁵⁷ In quanto postula anch'essa un accertamento della sproporzione del patrimonio rispetto ai redditi dichiarati.

⁷⁵⁸ A. BALSAMO, *Diritto dell'UE e della CEDU e confisca di prevenzione in "Il Libro dell'anno del diritto 2014*, in www.treccani.it; cfr. anche F. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione LIBE del Parlamento europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato*, cit.

L'attuazione della scelta del legislatore europeo, dunque, potrebbe ragionevolmente subire una battuta d'arresto con l'applicazione dei cosiddetti contro-limiti previsti dai vari sistemi costituzionali⁷⁵⁹.

2.1. Nuovi sviluppi sulla confisca europea: la direttiva 2014/42/UE e la Proposta di Regolamento europeo del 2016.

I dubbi di compatibilità del modello di confisca, così come delineato dagli emendamenti alla proposta di direttiva del 2012, con le garanzie e la tutela dei diritti fondamentali, sono stati affrontati nell'ambito del procedimento di approvazione della stessa.

Il riferimento è alla direttiva 2014/42/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 3 aprile 2014, in materia di "gestione dei beni confiscati", adottata all'esito del procedimento di approvazione del Parlamento e del Consiglio il 3 aprile del 2014⁷⁶⁰. Il termine finale di attuazione era stato fissato per il 4 ottobre 2016⁷⁶¹.

⁷⁵⁹ Cfr. sul punto G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il caso Melloni*, 7 giugno 2013, e S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "a la carte"*, 17 maggio 2013, in *Dir. pen. cont., riv.trim.*, n.3-2013.

⁷⁶⁰ La Proposta è stata approvata con il voto contrario della Polonia e senza la partecipazione al voto dell'Inghilterra e della Danimarca, la quale è stata invece la promotrice della confisca allargata 212/2005 sui poteri allargati di confisca; ha aderito anche l'Irlanda, ma limitatamente ai reati contemplati dagli strumenti legislativi cui è vincolata. Il testo della direttiva è consultabile sul sito www.eur-lex.europa.eu.

⁷⁶¹ La direttiva è stata attuata in Italia con il Dlgs. 29 ottobre 2016, n. 202, entrato in vigore il 24 novembre 2016.

Come è stato osservato, l'esigenza di un ulteriore atto legislativo nella materia è da rinvenire nella "disfunzionalità" applicativa del procedimento del mutuo riconoscimento derivante dalle decisioni quadro del 2005 e del 2006.

Gli Stati membri potevano, infatti, scegliere tra uno dei modelli di confisca ivi contemplati, nonché introdurre nuove forme di confisca, anche assistite da minori garanzie.

Ciò ha minato l'effettivo coordinamento tra gli Stati membri, in quanto nella prassi si finiva con il rifiutare il mutuo riconoscimento, laddove il modello di confisca accolto dallo Stato fosse diverso rispetto a quello dello Stato richiesto⁷⁶².

Con l'introduzione della direttiva del 2014, pertanto, il legislatore comunitario ha inteso migliorare il processo di armonizzazione della materia, al fine di attuare il principio di reciproco riconoscimento di tutti i provvedimenti di confisca⁷⁶³. Essa è, così, venuta a sostituire, seppure parzialmente le decisioni quadro 2001/5003 2005/212.

Orbene, l'armonizzazione tra le varie normative nazionali si fonda su un terreno comune, quale è il sistema delle garanzie della CEDU.

Il considerando n. 38 della Direttiva, sul punto, recita *"La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (la Carta) e dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (la CEDU), come interpretate nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo"*.

L'esigenza di non ledere i diritti fondamentali, compresi il diritto di proprietà, la presunzione di innocenza, il diritto di difesa, il diritto ad un ricorso effettivo, il diritto ad un giudice imparziale, il diritto a non essere giudicati due volte per lo stesso reato, e di garantire quel minimo inderogabile standard di tutela

⁷⁶² Così, A. M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42 relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione Europea tra garanzie ed efficienza: 2Un work in progress*, in *Dir. pen. cont., riv.trim.*, n. 3-2014.

⁷⁶³ Si veda la valutazione di impatto che accompagna la proposta di Direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio relativa al congelamento e alla confisca dei proventi del reato nell'Unione Europea, SWD (2012) 32 definitivo, 12 marzo 2012 n. 9.

degli stessi, sta alla base dell'istituto giuridico della confisca senza condanna, così come delineato dall'art. 4 della direttiva.

Questa, infatti, limita ulteriormente, rispetto a quanto previamente previsto dalla Proposta e a maggior ragione da quella emendata, le ipotesi di confisca senza condanna⁷⁶⁴. Non è più prevista infatti l'ipotesi di morte del reo, ma solo quella in cui il sospettato o imputato sia malato o nascosto, e solo in relazione alla confisca degli strumenti del reato o del profitto accertato, con esclusione quindi delle ipotesi di confisca estesa. A ulteriore garanzia dei diritti dei soggetti coinvolti, poi, è previsto che il sospettato o imputato contumace sia informato e convocato, nonché il diritto di difesa dell'ammalato⁷⁶⁵ attraverso la presenza dell'avvocato.

Alla luce di quanto evidenziato, emerge che la direttiva non contempla un'*actio in rem* pura, volta a colpire i proventi o gli strumenti del reato⁷⁶⁶. L'art. 4 consente di applicare il provvedimento di confisca diretta in quelle ipotesi in cui, pur in presenza dell'accertamento del fatto tipico e dell'origine illecita dei proventi o dell'utilizzo dei beni come strumento del reato, non si possa pervenire a una condanna, perlomeno nell'ipotesi di fuga o di malattia. Si tratta, dunque, di una misura patrimoniale applicata comunque all'esito dell'accertamento della responsabilità penale, che, tuttavia, per motivi contingenti (fuga o malattia) non ha potuto concludersi con un provvedimento di condanna.

La scelta del legislatore è stata ritenuta troppo garantista, in quanto presuppone l'avvio di un procedimento penale *in personam* che si sarebbe potuto concludere con una condanna penale se l'indagato o l'imputato fosse stato nelle condizioni di subire il processo.

⁷⁶⁴ Escludendola nel caso di morte del reo, e ammettendola in quelle in cui il sospettato o imputato sia malato o nascosto e comunque solo in relazione alla confisca degli strumenti del reato o dei profitti accertati.

⁷⁶⁵ Il considerando n. 16 intende per malattia l'impedimento dell'indagato o dell'imputato a comparire nel procedimento penale per un periodo prolungato, e di conseguenza, il procedimento non può proseguire in condizioni normali.

⁷⁶⁶ A.M. MAUGERI, *L'actio in rem* assurge a modello di "confisca europea" nel rispetto delle garanzie CEDU? *Emendamenti della Commissione LIBE alla Proposta di direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi del reato*, cit.

Sul punto, va tuttavia rilevato che l'art. 4 non esclude la possibilità che uno Stato membro possa introdurre delle nuove forme di confisca in assenza di condanna, anche in altre situazioni⁷⁶⁷, stabilendo la natura del relativo procedimento.

Ne deriva che la confisca-misura di prevenzione dell'ordinamento italiano, come anche il *civil forfeiture* dell'ordinamento inglese o irlandese, non sono incompatibili con i principi della direttiva.

E tuttavia la normativa in argomento ha rappresentato una "occasione mancata" per la legittimazione espressa della confisca di prevenzione a livello europeo⁷⁶⁸.

In senso opposto è stato ritenuto che l'attuazione della citata direttiva rappresenti un'opportunità perduta per il Legislatore nazionale ai fini di riequilibrare il rapporto tra garanzie ed efficienza in tema di diritto penale patrimoniale, sul rilievo per cui se l'obiettivo degli atti dell'UE è quello di armonizzare le normative degli Stati membri, tutte quelle confische che non trovano un omologo negli altri ordinamenti potrebbero essere abbandonate. Ecco che il legislatore italiano avrebbe potuto "*eliminare o quantomeno contrarre*" il sistema di prevenzione patrimoniale, che rappresenta un *unicum* a livello europeo⁷⁶⁹.

Va infine richiamato un ulteriore intervento sul principio del mutuo riconoscimento del provvedimento di confisca, nonché sulla tematica della previsione di un modello di *actio in rem*. Il riferimento è alla Proposta di Regolamento pubblicata il 21 dicembre 2016, riguardante il mutuo riconoscimento dei provvedimenti di congelamento e confisca⁷⁷⁰.

⁷⁶⁷ Nel considerando 22 si precisa che "*la direttiva stabilisce norme minime...e non impedisce agli Stati membri di attribuire poteri più estesi nel proprio diritto nazionale, anche, per esempio, in relazione alle norme sulle prove.*"

⁷⁶⁸ A.M. MAUGERI, op.cit.

⁷⁶⁹ C. CUPELLI E G. DE SANTIS, *L'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all'economia illecita*, in *Sequestro e Confisca*, a cura di M. Montagna, Giappichelli, Torino, 2017, pag. 43 e ss.

⁷⁷⁰ Proposal for a regulation of the European Parliament and of the Council on the mutual recognition of freezing and confiscation orders, (COM (2016) 819 final), in *eurlex.europa.eu*.

Tale proposta si pone in continuità con la predetta direttiva, ma prevede un ambito applicativo più esteso⁷⁷¹. Più in particolare, il considerando 13 prevede che il principio del reciproco riconoscimento opera non solo per le confische previste dalla direttiva, ma anche in relazione ai provvedimenti di confisca pronunciati senza una condanna, pur sempre però adottati all'interno di un procedimento penale. Inoltre il principio viene sancito anche per gli Stati che non conoscono il modello della confisca senza condanna⁷⁷². Vengono, invece, escluse dall'ambito applicativo del Regolamento le confische di carattere civile o amministrativo, in quanto si osserva che tale opzione verrebbe a porsi in potenziale contrasto con l'assetto di tutela dei diritti fondamentali.

Risulta tuttavia problematico addivenire ad una nozione unitaria di procedimento penale, stante la diversità delle realtà nei vari ordinamenti nazionali⁷⁷³.

Si consideri, ad esempio, il *confiscation* britannico, il quale ai sensi del POCA 2002 trova applicazione in base allo *standard* della prova civilistica circa l'origine illecita dei beni, fondandosi sulla presunzione che il condannato per determinati reati abbia uno stile di vita criminale; e ancora, la stessa confisca ex art. 12 *sexies* d.l.306/92, che in sede di esecuzione non presenta tutte le garanzie procedurali della materia penale⁷⁷⁴.

Soccorre a tale perplessità, il precipuo riferimento nella Proposta di Regolamento alla necessaria applicazione di tutte le garanzie del processo penale, come definite dall'art. 6 della CEDU.

⁷⁷¹ Giacchè quanto trova applicazione per tutti i reati e non solo per quelli transnazionali.

⁷⁷² Cfr. A.M. MAUGERI, *EUlaw/policy on confiscation of asset: the perspective of mutual recognition*, in *The Handbook of Criminal and Terrorism financing law*, a cura di KING-WALKER-GURULE, Palgrave Mac Millan 2017.

⁷⁷³ A. MAUGERI, *Prime osservazioni sulla nuova "proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca*, p. 25.

⁷⁷⁴ La confisca *de qua* può essere pronunciata *inaudita altera parte*, salva la possibilità di udienza camerale in seguito all'opposizione, e non ammette l'impugnazione dell'appello.

Ancora, l'art. 1 della Proposta di Regolamento, prevede quale limite al principio del mutuo riconoscimento la possibilità di invocare la tutela dei diritti umani fondamentali, la cui violazione diviene un potenziale strumento per giustificare il rifiuto di applicare il provvedimento di confisca.

Il legislatore comunitario, quindi, da un lato rinuncia a un modello generale di confisca senza condanna, ma dall'altro impone il mutuo riconoscimento anche agli Stati membri che non vogliono adottare un modello di confisca senza condanna, condizionandolo tuttavia alla necessaria adozione delle garanzie procedurali del processo penale.

Ne deriva che potrà essere imposto il rispetto delle garanzie individuali, con un sistema più incisivo e più prestante, di quanto avvenuto con l'adozione dello strumento della direttiva, specie se si consideri che l'atto normativo in commento è un regolamento, e quindi direttamente operante in seno agli Stati membri.

Ed allora conclusivamente si può ritenere che fino a quando la confisca di prevenzione resterà priva dei caratteri e delle garanzie proprie del procedimento penale, rimarrà fuori dall'ambito applicativo del Regolamento, con un evidente depotenziamento della lotta alla criminalità del profitto⁷⁷⁵.

⁷⁷⁵ A. M. MAUGERI, op.cit.

CONCLUSIONI

Il sistema delle misure ablatorie, iscritte nell'ambito del più generale strumentario diretto a contrastare l'accumulazione di capitali illeciti, si muove in un'ottica di progressiva e - sembra, almeno finora - costante espansione.

Attraverso provvedimenti normativi ancora molto spesso frammentari e di settore, *si moltiplicano gli strumenti di aggressione* a disposizione degli operatori: dalla confisca diretta, a quella allargata, alla confisca di prevenzione, alle ipotesi sempre più ampie di confisca per equivalente, alla confisca nei confronti degli enti, ecc.

Si amplia progressivamente la platea dei destinatari. Basti pensare al catalogo dei reati presupposto della confisca allargata; al catalogo, continuamente aggiornato, dei reati presupposto della confisca ex L.231/2001; al bacino dei destinatari delle misure di prevenzione patrimoniali, che nate per colpire l'accumulazione dei capitali delle organizzazioni criminali, hanno finito col prevedere l'applicazione anche ai soggetti portatori di c.d. "pericolosità generica" (*id est* delinquenti comuni).

Si allarga l'oggetto dei beni confiscabili: da quelli di diretta derivazione dal reato (in rapporto quindi di pertinenzialità con questo), anche attraverso un percorso della giurisprudenza, si prevede l'aggredibilità di beni in rapporto di derivazione indiretta dal reato (che costituiscono anche il reimpiego del profitto). Si implementa al contempo (e via via si estende) il modello della confisca allargata, diretta a colpire beni senza alcun collegamento pertinenziale con il reato, sulla base di meccanismi presuntivi, e tuttavia legittimato dalla condanna definitiva del titolare per uno dei reati presupposto. Si arricchisce infine il modello delle misure di prevenzione, che consente l'aggressione di patrimoni a prescindere dalla condanna del soggetto titolare ancora sulla base di presunzioni; per di più prevedendo ipotesi

di intestazione fittizia presunta, alla caccia di soggetti ritenuti, fino a prova contraria, prestanome del prevenuto.

Il presente studio ha cercato di ripercorrere i tratti più significativi del variegato e complesso sistema normativo, che prevede e regola l'adozione di provvedimenti ablativi di natura patrimoniale, nell'ottica di metterne in luce i profili legati alla compatibilità (o alla eventuale inconciliabilità) con i principi costituzionali e con quelli di derivazione sovranazionale.

Ne scaturisce un quadro assai problematico, in continua evoluzione, che partendo dalla sofferta identificazione della natura giuridica della confisca, manifesta tensioni sia con riferimento alle norme sostanziali, che con riguardo alla disciplina processuale prevista per ciascun tipo di confisca: alla ricerca del difficile compromesso tra l'esigenza di colpire l'accumulazione illecita di ricchezza - che determina un'inammissibile distorsione del mercato e della libera concorrenza - e l'esigenza di garantire il diritto di proprietà, ma anche il diritto ad una difesa effettiva e non solo formale.

Si è posto in evidenza come la tensione con i principi costituzionali e con i principi della Carta dei Diritti dell'Uomo in questa tanto delicata materia non solo ha avuto modo di manifestarsi spesso in modo drammatico; ma sia destinata a crescere in parallelo rispetto alla espansione segnalata: perché tanto maggiore è (e sarà) l'ambito di applicazione delle misure ablatorie, tanto più alto è (e sarà) il rischio di ledere diritti fondamentali dei soggetti a vario titolo incisi.

È stato evidenziato il percorso di legittimazione delle varie misure operato dalla Corte Costituzionale, con riferimento ai parametri di cui agli artt. 42 e 41 Cost. (diritto di proprietà e diritto di iniziativa economica); con riferimento ai principi di tipicità e riserva di legge, irretroattività; con i principi in tema di diritto di difesa, di giusto processo, di partecipazione dell'interessato al procedimento, di diritto alla prova. È stato pure posto in rilievo come ogni misura ablatoria debba fare i conti con i diritti di terzi spesso incolpevoli, o dei quali comunque va accertata la

eventuale “non incolpevolezza” (a partire dalla nozione di *terzo estraneo al reato* di cui l’art. 240 c.p., per arrivare al *terzo di buona fede* del Codice Antimafia).

Ci si è soffermati più diffusamente sulla giurisprudenza della CEDU, che ha avuto modo di scandagliare svariati profili problematici degli strumenti in esame, contribuendo a definirne la natura giuridica, per trarne effetti sostanziali e processuali. Attraverso l’adesione ad una nozione sostanzialistica di sanzione, a prescindere dalla qualificazione formale che ne faccia la legislazione statale, ha finito con il delineare (ed imporre) uno statuto delle garanzie minime che debbono essere assicurate ai destinatari delle misure ablatorie: appuntando tuttavia prevalentemente l’attenzione censoria sul versante procedimentale piuttosto che sul versante sostanziale dei presupposti per la adozione del provvedimento.

Si è cercato in proposito di mettere in evidenza come il rispetto di garanzie formali, legate alla gestione del processo, pur imprescindibile, non esaurisca affatto l’ambito delle garanzie da offrire al soggetto sottoposto al procedimento: che anzi, in termini sempre più incisivi, si trova esposto a subire provvedimenti ablatori sulla base di un giudizio “probabilistico”, alimentato da presunzioni sempre più penetranti e sempre meno controvertibili (rispetto alle quali la prova contraria richiesta finisce col diventare il più delle volte una prova diabolica).

E tuttavia sembra potersi cogliere, nella articolazione delle fonti normative sovranazionali che si sono succedute nel tempo, una indicazione verso un giudizio probabilistico (che si affranca in questa materia definitivamente dal criterio di valutazione della decisione adottata “oltre ogni ragionevole dubbio”), ma che ribadisce la necessità che tutto venga accertato nell’ambito di un *procedimento penale* e comunque che la misura ablatoria sia adottata *in caso di condanna*. Cosicché la condanna legittima l’allentamento (se non il superamento *tout court*) del principio di pertinenzialità.

Più impervia la via della legittimazione delle misure ablatorie in assenza di condanna, che trovano la propria giustificazione (soltanto) nella necessità di

contrastare l'accumulazione di ricchezza da parte delle organizzazioni criminali, caratterizzate da una spiccata pericolosità.

Si è rilevato come rimanga alta l'attenzione delle Corti di Giustizia sul tema dell'abbassamento dello *standard* probatorio (specie in tema di confisca di prevenzione). Si sono messe in evidenza le criticità legate all'applicazione disgiunta della confisca di prevenzione rispetto alla pericolosità del soggetto destinatario, ma anche all'allargamento della platea dei destinatari, ormai estesa ben al di là dei soggetti indiziati di mafia: con il conseguente rischio della "perdita di senso" (e quindi di "legittimazione") rispetto alle istanze, condivise al livello sovranazionale, di aggressione della ricchezza delle (sole) organizzazioni criminali. Appaiono infine evidenti le perduranti criticità, pur dopo l'entrata in vigore del Codice Antimafia, legate alla difficile (e solo parziale) possibilità di riconoscimento dei diritti dei terzi.

Da qui la legittimazione di un modello a "doppio binario", nel quale - assicurate a tutti pari garanzie formali del procedimento ablatorio - si possono prevedere da parte dei singoli Stati garanzie sostanziali (standard probatorio, presunzioni, ecc.) meno stringenti nei confronti dei soggetti che esprimono una pericolosità qualificata.

Il sistema così delineato entra in crisi allorché si abbandona pure il parametro della pericolosità qualificata, consentendo l'applicazione delle misure patrimoniali anche ai "pericolosi comuni", nei cui confronti l'abbassamento delle garanzie sostanziali non può trovare una giustificazione etico-politica.

Ed ancor più quando si preveda l'applicazione delle misure anche in assenza di pericolosità *tout court* (in caso di morte del prevenuto o di mancanza di attualità della pericolosità): nei quali casi si finisce così per applicare un ibrido processo al patrimonio (*actio in rem?*) di difficile tenuta "costituzionale".

Non vanno infine trascurati i profili di problematicità legati al deficit di tutela effettiva rispetto agli atti di gestione dell'Amministratore giudiziario; ed alla diffusa opacità della gestione, conseguente alla ritenuta non ostensibilità degli atti relativi.

L'approfondimento operato a Strasburgo presso la Corte dei Diritti dell'Uomo ha infine consentito, oltre che di esaminare numerose pronunce su molti dei richiamati "nervi scoperti", anche di cogliere un clima di preoccupazione dei rappresentanti del nostro Paese presso l'Organismo in relazione alla recente rimessione alla Grande Chambre della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo della questione della ammissibilità della confisca nel caso in cui il (sottostante) reato di lottizzazione abusiva sia dichiarato prescritto. Peraltro la recente decisione conferma l'indirizzo più garantista, suscettibile di "mettere in crisi" non solo il regime della confisca urbanistica - cui la decisione si riferisce - ma più in generale i casi di confisca senza condanna. E tra questi il più rilevante è senz'altro quello della confisca di prevenzione.

Evidente è poi lo *sfavor* della Corte europea verso forme di confisca obbligatoria, scarsamente flessibili, in contrasto con il principio di proporzionalità.

La nozione sostanzialistica di *penalty* adottata dai giudici di Strasburgo dovrebbe condurre ad una rilettura delle confische in termini di sanzione penale, abbandonando la qualificazione in termini di misura di sicurezza, ovvero di misura "extra-penale". Appare netta la distanza tra giurisprudenza europea e giurisprudenza nazionale: se quest'ultima infatti, ai fini della qualificazione giudica della misura, appunta l'attenzione sulla "funzione" da quest'ultima svolta all'interno delle varie normative, i giudici di Strasburgo ritengono che il fine preventivo ben possa coesistere con quello repressivo- afflittivo. Orbene, se si guardano le confische attraverso i criteri sostanzialistici individuati dalla Corte europea, è possibile avvalorarne la loro natura penale.

Se in prospettiva il rischio di *fughe in avanti* in senso garantistico appare concreto, a partire dalla sconfessione del modello di confisca di prevenzione, i tempi sono maturi per un complessivo ripensamento della materia: magari con la

previsione - ipotizzata da autorevole dottrina⁷⁷⁶ - di un *processo al patrimonio*, del tutto affrancato dalla necessità di dimostrare (o comunque di prospettare) responsabilità penali del soggetto destinatario⁷⁷⁷; nel quale peraltro, venendo in discussione “soltanto” diritti patrimoniali, e non diritti legati alla libertà personale del destinatario (quali quelli incisi dalle misure di prevenzione personali), diventa accettabile un più blando livello di garanzie sostanziali.

Le delineate linee di tendenza a livello sovranazionale si traducono sul piano della elaborazione interna in due correnti di pensiero: da un lato si auspica la riconduzione delle misure ablatorie nell’ambito del procedimento penale attraverso forme di confisca “allargata” ma pur sempre legata alla condanna: con l’abbandono di scorciatoie probatorie difficilmente giustificabili alla stregua dei principi. Dall’altro si invoca l’implementazione del modello italiano delle misure di prevenzione - che l’esame comparatistico rivela essere unico in Europa - cui si riconosce una particolare efficacia e del quale per questo si continua ad auspicare la piena legittimazione sovranazionale.

Se si vuole guardare all’intera materia alla luce dei principi di garanzia, nello spirito che ha animato la presente ricerca, appare comunque necessaria una profonda riflessione sul tema dei presupposti applicativi di natura sostanziale delle

⁷⁷⁶ L’esame comparatistico consente di rilevare “la tendenza alla separazione del procedimento volto all’accertamento della responsabilità penale da quello destinato all’accertamento dei presupposti della confisca e ciò attraverso la creazione di un procedimento accessorio, con tutte le garanzie del processo penale o, addirittura, di un procedimento autonomo, laddove non sia possibile agire contro la persona, sino ad accettare in taluni ordinamenti una vera e propria *actio in rem* (A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, op. cit.). V. anche il Progetto per la ricognizione e il riordino della normativa di contrasto della criminalità organizzata elaborato dalla Commissione presieduta dal prof. G. Fiandaca, presentato nel marzo del 2001 al Ministero della Giustizia.

⁷⁷⁷ Tale soluzione renderebbe accettabile un minor livello di garanzie, in considerazione della minore tutela apprestata da tutti gli ordinamenti al diritto di proprietà rispetto a quella posta a presidio della libertà della persona; ed offrirebbe la possibilità di pervenire ad una decisione in termini di “alta probabilità” (come per le cause di natura civile) rispetto allo standard della decisione, in ambito penalistico, resa in quasi tutti gli ordinamenti “al di là di ogni ragionevole dubbio”.

varie misure: sul versante dei presupposti soggettivi, ma anche sul versante dei rapporti tra processo penale e procedimento di prevenzione⁷⁷⁸.

La strada più coerente con i principi appare infine quella del rafforzamento delle garanzie sostanziali: che si realizzano anche con interventi sul piano procedurale (quali la previsione di mezzi di impugnazione tempestivi ed efficaci, l'allungamento di termini per proporre l'appello avverso la statuizione di confisca di primo grado, ecc.). Mentre va salutata con favore l'attribuzione di tutti i procedimenti patrimoniali ad un Tribunale specializzato, di competenza distrettuale, vanno rafforzate le garanzie sul fronte della gestione giudiziaria, magari attraverso la previsione di un apparato di gestione di natura pubblica, finalmente affrancato da logiche libero-professionali, la cui inadeguatezza è stata ampiamente sperimentata anche in tempi recenti.

Il rilievo della confisca nel panorama penalistico attuale impone al legislatore di abbandonare interventi di settore e mettere finalmente mano ad un nuovo "statuto delle garanzie": il legislatore della riforma non sembra essersi mosso in tale direzione. Ma i giochi continuano a restare aperti, sotto l'occhio vigile delle Corti sovranazionali.

⁷⁷⁸ Apparendo i tempi maturi, ad esempio, per l'eventualità che l'Italia sia condannata nel caso di applicazione della confisca di prevenzione a soggetto assolto in sede penale, anche alla stregua del principio del *ne bis in idem* sostanziale cui si ispira la giurisprudenza della CEDU.

BIBLIOGRAFIA

G. ABBADESSA, *Guida in stato di ebbrezza e divieto di applicazione retroattiva della confisca*, 8 dicembre 2010, in *Dir. pen.cont., riv.trim.*, n. 3-4-2012.

A. ACQUAROLI, *La ricchezza illecita tra tassazione e confisca*, Dike, 2012.

E. AGUGLIA, nota a Trib. Palermo 18 aprile 1989, “*Il diritto fallimentare e delle società commerciali*”, 1990, p. 613.

A. ALESSANDRI, *Confisca (Voce)*, in *Digesto delle discipline penalistiche*, Utet, Torino, III, 1989.

A. ALESSANDRI, *La confisca*, in AA. VV., *Il nuovo diritto penale delle società*, Ipsoa, Milano 2002, p. 106 ss.

A. ALESSANDRI, *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. Disc. Pen.*, III, Utet, Torino, 2002, pp. 43 ss.

G. AMATO, *Poteri di polizia e potere del giudice nelle misure di prevenzione*, Il Mulino, Bologna, 1974, p. 345 e ss.

F. ANFUSO, Relazione svolta nell'incontro di studio del C.S.M. sul tema “*Secondo corso di formazione di diritto commerciale: questioni di diritto dell'impresa, di diritto industriale e di diritto societario*”, Roma, 25-28-2.02.

A. BALSAMO, *Il “Codice Antimafia” e la proposta di direttiva europea sulla confisca: quali prospettive per le misure patrimoniali nel contesto europeo?* In *Dir.pen.cont, riv.trim.*, 20 luglio n. 3-2012.

A. BALSAMO, *Diritto dell'UE e della CEDU e confisca di prevenzione in "Il Libro dell'anno del diritto 2014*, in www.treccani.it.

A. BALSAMO, *Le misure di prevenzione patrimoniali come modello di "processo al patrimonio" Il rapporto con le misure di prevenzione personali*, in BALSAMO-CONTRAFFATTO-NICASTRO (a cura di), *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Giuffrè, Milano, 2010.

A. BALSAMO, P. MATTARELLA, *Riforma del codice antimafia*, *Dig. Pen.*, agg. X, a cura di A. Gaito, B. Romano, M. Ronco, G. Spangher, Utet, Torino, 2018.

A. BARBERA, *Principi costituzionali della libertà personale*, Giuffrè, Milano, 1967.

P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Il Mulino, Bologna, 1984.

S. BARTOLE- P.DE SENA-V. ZAGRELBESKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2011, pp.7 e ss.

C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, a cura di G.D. PISAPIA, Giuffrè, Milano, 1973, pp. 66-67.

A. BERNARDI, *Commento sub art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in S. BARTOLE- B. CONFORTI- G. RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 2001, pp. 252-253.

A. BERNARDI, *Il principio di legalità dei reati e delle pene nella Carta europea del diritto: problemi e prospettive*, in *Riv. It. Pubbl. comunit.*, 2002, 04, p. 674.

P. BERNASCONI, *La "speciale" confisca introdotta dal d.l. 20 giugno 1994 n. 399 conv. dalla l. 8 agosto 1994, n. 501*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1996, p. 1421.

- G. BERNIERI, *La confisca dei beni dei fascisti e dei collaborazionisti*, in *Arch. Pen.*, 1946, II, pp. 444 ss;
- M. BERTOLINO, *Le opzioni penali in tema di usura: dal codice Rocco alla riforma del 1996*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1997, p. 774.
- M. BIGNAMI, *Le gemelle crescono in salute: la confisca urbanistica tra Costituzione, CEDU e diritto vivente*, in *Dir. pen. contemp., riv.trim.*, p. 301.
- F. BILANCIA, *I Diritti fondamentali come conquiste sovrastatali di civiltà. Il diritto di proprietà nella CEDU*, Giappichelli, Torino, 2002.
- G. BIONDI, *Le Sezioni Unite Paternò e le ricadute della sentenza della Corte Edu De Tommaso c. Italia sul delitto ex art. 75, comma 2, d.lgs. n. 159/2011: luci ed ombre di una sentenza attesa*, in *Dir.pen.cont., riv.trim.*, 10/2017.
- F. BONELLI, *D. lgs. 231/2001: tre sentenze in materia di profitto confiscabile/sequestrabile*, in *Dir. pen. cont., riv. trim*, n. 1- 2012, p. 133.
- R. BORGOGGIO, *Commento a Sezioni Unite 26 giugno 2014* in *Arc. Pen.* 2014, 3.
- U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli, 1937, pp. 105 sgg.
- F. BRICOLA, *Forme di tutela ante delictum e profili costituzionali della prevenzione*, in *Le misure di prevenzione (Atti del convegno di Alghero)*, Milano, 1975.
- F. BRIZZI, G. CAPECCHI, G. FICHERA *Misure di prevenzione patrimoniali e tutela dei terzi*, Giappichelli, Torino, 2013, 4.

- A. CADOPPI, *Il principio di irretroattività*, in *Introduzione al sistema penale*, a cura di G. Insolera, N. Mazzacuva, M. Pavarini, M. Zanotti, vol. I, Giappichelli, Torino, 1997, p. 176.
- A. CAIRO, *“Le misure di prevenzione patrimoniale. Amministrazione giudiziaria, fallimento, tutela dei terzi”*, Satura, Napoli, 2007, pp. 101 ss.
- G. CAPECCHI *“La tutela dei terzi creditori del proposto”* in *“Misure di prevenzione patrimoniale e tutela dei terzi”*, Giappichelli, Torino, 2013, p.172.
- I. CARACCIOLI, *I problemi generali delle misure di sicurezza*, Giuffrè, Milano, 1970, p. 148.
- P CARETTI, *Le norme della Convenzione europea dei diritti umani come norme interposte nel giudizio di costituzionalità delle leggi: problemi aperti e prospettive*, in *dir.um. e dir.int.*, 2/2008.
- F. CASSANO, nota a sentenza del Tribunale di Palermo, 18.12.1998, Pres. Marino, est. Anfuso, in *Il fallimento*, 1999, 12, pp. 1355 e ss.
- F. CASSANO, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il pacchetto sicurezza*, Nel diritto, Roma, p. 133.
- D. CAVALCA, *Il bando nella prassi e nella dottrina giuridica medioevale*, Milano, pp. 260 ss.
- A. CAVANNA, *La codificazione penale in Italia. Le origini lombarde*, Giuffrè, Milano, 1987, p. 44.
- A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell’ordinamento italiano?* (in margine della sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato) in [www. Diritto.it](http://www.Diritto.it)

- F. CHIAROTTI, *La nozione di appartenenza nel diritto penale*, Giuffrè, Milano, 1950, p. 56.
- F. CHIAROTTI, *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato in materia di confisca*, in *Giust.pen.*, 1956, II, c. 639.
- M. CHIAVIARIO, *sub art. 6*, in BARTOLE- DE SENA- ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Cedam, Padova, 2011.
- M. CHIAVIARIO, *Processo e garanzie della persona. Le garanzie fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1984, p. 282.
- A. CISTERNA, M.V. DE SIMONE, B. FRATTASI, S. GAMBACURTA, *“Commento al codice antimafia”*, Maggioli editore, 2011.
- A. CISTERNA, *La confisca di prevenzione al test della verità: sanzione patrimoniale o solo misura di sicurezza?*, in *Arc.Pen.* 2014, 1.
- G. CIVELLO, *Rimessa alla Grande Chambre la questione della confisca urbanistica in presenza di reato prescritto: verso il superamento della sentenza Varvara?* in *Arch. Pen.*, 2015, n. 2.
- G. CIVELLO, *Le Sezioni unite “Lucci” sulla confisca del prezzo e del profitto di reato prescritto: l'inedito istituto della “condanna in senso sostanziale”*, nota a Cass., S.U., 26 giugno 2015, Lucci, in *Arch. Pen.*, n. 2 del 2015.
- C. CIVOLI, *Confisca (Diritto penale)*, in *Digesto Italiano*, Torino, 1893, p. 900.
- B. CONFORTI, *Quelque reflexions sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme et du reglement des conflits par le droit international. Liber Amicorum Lucius Cafilish*, M.G. Kohen, Leiden, 2007, pp. 171 ss.

- R. CONTI, *CEDU, Costituzione e diritti fondamentali: una partita da giocare alla pari*, in *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti*, a cura di G. BRONZINI e R. FOGLIA, Milano, 2013, p. 245.
- R. CONTI, *La CEDU assediata? 2015, Fasc. 1*, in *Consulta online*, pp. 183 ss.
- R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*. Aracne, 2011, p. 233.
- G. CORSO, *L'ordine pubblico*, Il Mulino, Bologna 1979.
- P. M. CORSO, *La confisca per equivalente non è retroattiva*, in *Corr. trib.*, 2009.
- P. M. CORSO, *Profili costituzionali delle misure di prevenzione, Aspetti teorici e prospettive di riforma*, in AA. VV., *La legge antimafia tre anni dopo*, a cura di G. Fiandaca e Ss. Costantino, Milano, 1986.
- C. CUPELLI E G. DE SANTIS, *L'intervento sul patrimonio come strumento di contrasto all'economia illecita*, in *Sequestro e Confisca*, a cura di M. Montagna, Giappichelli, Torino, 2017.
- M. D'AMICO, *Sub art. 25 Cost.*, in *Commentario alla Costituzione*, a cura di R. BIFULCO- A. CELOTTO- M. OLIVETTI, Torino, 2006, p. 545.
- A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Archivio Penale 2017 n. 1*, p. 20.
- A. DE MARSICO, *Il codice penale illustrato articolo per articolo*, sotto la direzione di Conti, I, Milano, 1934, p. 963.

- G. DE AMICIS, *All'incrocio tra diritti fondamentali, mandato d'arresto europeo e decisioni contumaciali: la Corte di Giustizia e il caso Melloni*, in *penalecontemporaneo.it*, 7 giugno 2013, p. 18.
- P. DEL GIUDICE, *Diritto penale germanico rispetto all'Italia*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale moderno*, Milano, 1905, p. 542.
- L. DELLA RAGIONE, *La confisca per equivalente nel diritto penale tributario*, in *dir. pen. cont.* n. 4-2010.
- G.P. DOLSO; *Misure di prevenzione e costituzione*, in *Le misure di prevenzione*, a cura di F. FIORENTIN, Giappichelli, Torino, 2007, pp. 15 e ss.
- D. DONATI, *I trattati internazionali nel diritto costituzionale*, Torino, 1906.
- O. DI GIOVINE, in *Commento all'art. 19 della legge n. 47/1985*, in *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, a cura di Predieri, Roma.
- S. DI LENA, *In tema di confisca per possesso ingiustificato di valori*, in *Ind. Pen.* 1999, p.1222.
- A. DE LIA, *La sconfinata giovinezza delle misure di prevenzione*, in *Arch.pen.* n. 1-2017 p. 12.
- L. DI LORENZO, *Dal procedimento di impugnazione alla natura giuridica della confisca*, in *Temi*, 1957, pp. 144-145.
- F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II, Jovene, Napoli, 1973, pp. 13 ss.

S. DI LENA, *Giudice dell'esecuzione e confisca di valori ingiustificati: un principio di diritto non "innocuo" dal punto di vista costituzionale*, in *Ind. Pen.* 2005, pp. 1205 ss.

A. DI PERNA, *Il caso di Punta Perotti di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti civili e politici*, pp. 438-439.

A. DI STASI, *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno (2010-2015)*, Cedam, Padova, 2016.

L. ELIA, *Libertà personale e misure di prevenzione*, Giuffrè, Milano, 1962.

B. FERRINI, *Esposizione storica e dottrinale del diritto penale romano*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, 1905, pp. 160 ss.

A. FIALE, *La confisca penale delle costruzioni abusive e dei terreni abusivamente lottizzati*, in lexambiente.it/urbanistica/184/7960-urbanistica-confisca-penale-delle-costruzioni-abusive-e-dei-terreni-abusivamente-lottizzati.html

A. FIALE, *Diritto urbanistico*, Simone, Napoli, 2015, p. 2555 e ss.

G. FIANDACA – E. MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2014, p. 846 ss.

G. FIANDACA, *Misure di prevenzione (fondamenti costituzionali)*, in *Dig. disc. Pen.*, VI ed., VIII, Utet, Torino, 1994

G. FIANDACA- C. VISCONTI, *Scenari di mafia. Orizzonte criminologico e innovazioni normative*, Giappichelli, Torino, 2010, pp. 231 ss.

- G. FIANDACA, *Commento all'art. 1 L. 13 settembre 1982, n. 646*, in *Leg.pen.*, 1982, p. 267.
- S. FINOCCHIARO, *Art. 1 prot. Add. Protezione della proprietà*, In *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. UBERTIS e F. VIGANO', Giappichelli, 2017.
- S. FINOCCHIARO, *La riforma del codice antimafia (e non solo): uno sguardo d'insieme alle modifiche appena introdotte*, in *Dir. pen. cont., riv. trim.*, fasc. 10/2017, pp. 251 ss.
- L. FIORAVANTI, *Il regolamento penale gregoriano*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *I codici preunitari e il codice Zanardelli*, Padova, 1999, pp. 273-274.
- P. FLORIO, G. BOSCO, L. D'AMORE, *"Il sequestro e la confisca nelle misure di prevenzione"*, p. 220 e ss., in *"Amministratore Giudiziario"*, II ed., Wolters Kluwer Italia.
- L. FORLATI, *Final Report- Production of Study Report on The Reversal of the burden of proof regardign the apparently illicit derivation of profits and assets in the context of the fight againts the criminal economy*, UNOV/ISPAC Contract n. 97/548.
- O. FORLENZA, *Confisca obbligatoria in caso di condanna definitiva*, in *Guida al diritto* n. 42/2000, p. 52.
- L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale "moderno"* Cedam, Padova, 1997.
- C. FORTE, *Il nuovo codice antimafia e la tutela dei terzi*, in *Dir. pen. cont., riv.trim.*, fasc. 11/10.

G.M. FLICK, *Fisiologia e patologia della penalizzazione del diritto penale dell'economia*, in *Riv. Delle società*, 2011, pp. 42 ss.

L. FILIPPI, *Il sistema delle misure di prevenzione dopo la "controriforma" del 2008*, in *Atti dell'incontro di studi tenuto dal Csm*, Roma, 24-26 settembre 2008.

S. FURFARO, *Misure di prevenzione patrimoniali*, in *Dig.disc.pen.*, Agg. I, 2005, p. 877.

R. GAROFOLI, *Manuale di diritto penale*, Parte generale, Nel diritto, IX Ed. 2013, pp. 22 ss e 1491 e ss.

A. GIALANELLA, *Un problematico punto di vista sui presupposti applicativi del sequestro e della confisca di prevenzione dopo le ultime riforme legislative e alla luce della recente giurisprudenza di legittimità*, in FIANDACA – VISCONTI, *Scenari di mafia*.

A. GIALANELLA, *La confisca di prevenzione antimafia, lo sforzo della giurisprudenza di legittimità e la retroguardia del legislatore*, in F. CASSANO (a cura di), *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il pacchetto sicurezza*, Bari, 2009.

D. GIANNELLI, *La confisca urbanistica (art. 7 Cedu)*, in A. Di Stasi (a cura di), *CEDU e ordinamento italiano*, Cedam, Vicenza, 2016.

D. GIANNELLI, *Confisca urbanistica: luci e ombre tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, op.cit. in www.concorsomagistratura.it

D. GIANNELLI, *Confisca urbanistica: luci e ombre tra giurisprudenza nazionale e comunitaria*, in www.concorsoinmagistratura.it.

G. GRASSO, in M. ROMANO, G. GRASSO e T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, sub art. 240, p. 610.

- S. GUAZZINI, *Tractatus de confiscatione bonorum*, Venetis 1611, c.1 nn. 1-2 p.1.
- R. GUERRINI- L. MAZZA- S. RIONDATO, *Le misure di prevenzione. Profili sostanziali e processuali*, CEDAM, Padova, 2004 p. 6.
- C. M. IACCARINO, *Confisca (Diritto amministrativo)*, in *Dig.it.*, IV, 1959, P. 36;
TRAPANI, *Confisca: II) Diritto penale*, in *Enc. Giur.*, VIII, 1988, p. 4.
- G. IZZO, *Disponibilità sproporzionata al reddito dichiarato e confisca di prevenzione*, in *Impresa c.i.*, 1999.
- E. KOREN, *Civil forfeiture regimes in Canada and Internationally*, pag. 10 e ss.,
www.publicsafety.gc.ca
- E. KOREN, *Impact study on civil forfeiture*, Council of Europe, 2013,
www.coe.int; NOYA *Hoisted by their own petard: adverse inferences in civil forfeiture*, in *Jour. Crim. Law & Crim.* Vol. 86, 1996, p. 500.
- S. LAGANA', *La morte del prevenuto e le antinomie del sistema di confisca*, in S. Mazzaresse- A. Aiello, *Le misure patrimoniali antimafia*, cit., pp. 296 ss.
- E. LAMARQUE, *I giudici italiani e l'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea e alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?* Jovene, Napoli cit., pp. 260 ss.
- F. LAMBERTI, *Il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione*, Palladio Editrice- Salerno, 2006.
- A. LARONGA, *La confisca urbanistica in assenza di condanna, dopo C. Cost. 49/15*, in *Questione giustizia*, pp. 6 ss.

- F. P. LASALVIA, *Le misure di prevenzione dopo la Corte EDU De Tommaso*, in *Arch.pen.*, 2/2017, p. 12.
- L.V. LO GIUDICE, *Confisca senza condanna e prescrizione: il filo rosso dei contro limiti*, in *dir.pen.cont.*, riv.trim.. n. 4/2017.
- G. LOZZI, *L'appartenenza nel diritto penale*, in *Riv. It. proc. pen.*, 1958, p. 720.
- V. MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*", in *Dir. pen. cont.*, riv. trim. 3-4/2012.
- V. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir.pen.proc.*, 2010, pp. 440 ss.
- S. MANACORDA, *Dalle carte dei diritti a un diritto penale "a'la carte"*, 17 maggio 2013, in *Dir. pen. cont.*, riv. trim. n. 3/2013.
- V. MANES- Z. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, Giuffrè, Milano, 2011.
- V. MANES, *La confisca "punitiva" tra corte costituzionale e CEDU: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, pp. 534 ss..
- V. MANES, *L'incidenza delle "decisioni quadro" sull'interpretazione in materia penale: profili di diritto sostanziale*, in *Cass. pen.*, 2006, pp. 1150 ss.
- V. MANES, *Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem*, in *Cass. pen.*, 2010, pp. 112 ss.

A. MANGIONE, *Le misure di prevenzione antimafia al vaglio dei principi del giusto processo: riflettendo sull'art. 111 Cost.*, in F. CASSANO, *Le misure di prevenzione patrimoniali dopo il "pacchetto sicurezza"*, Roma, 2009, 29.

A. MANGIONE, *La "contiguità" alla mafia tra prevenzione e repressione: tecniche normative e categorie dogmatiche*, in *Riv.it.dir.proc.pen.*, 1996, pp. 705 e ss.

V. MANZINI, *Diritto penale italiano*, Utet, Torino, 1948, vol. III, p. 126.

M. MASCIANDARO, *Analisi economia della criminalità, teoria della regolamentazione e riciclaggio finanziario*, in *Mercati illegali e mafie*, a cura di ZAMAGNI, Bologna, 1993, 262 ss.

M. MASSA, *Confisca (in diritto e procedura penale)*, in *Enciclopedia del diritto*, VIII, 1961, Utet, Milano.

A.M. MAUGERI, *I modelli di sanzione patrimoniale nel diritto comparato* in csm.it

A.M. MAUGERI, *"I soggetti destinatari delle misure di prevenzione"* in studiosiprocessoopenale.it

A.M. MAUGERI, *"L'actio in rem assurge a modello di confisca europea nel rispetto delle garanzie CEDU? - Emendamenti della Commissione LIBE alla Proposta di Direttiva in materia di congelamento e confisca dei proventi di reato"*, in *Dir.pen. cont.,riv.trim.* n. 3-2013.

A.M. MAUGERI, *La direttiva 2014/42 relativa alla confisca degli strumenti e dei proventi da reato nell'Unione Europea tra garanzie ed efficienza: 2Un work in progress*, in *Dir. pen. cont., riv.trim.*, n. 1-2015, pp. 300 ss.

A. M. MAUGERI A.M., *La riforma delle misure patrimoniali*, in *Il pacchetto sicurezza 2009: commento al D.l. 23 febbraio 2009, n. 38 e alla l. 15 luglio 2009, n. 94*, a cura di O. MAZZA e F. VIGANO', Giappichelli, Torino, 2009.

A.M. MAUGERI, *La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un'actio in rem?* in O. MAZZA-F. VIGANO' (a cura di), *Misure urgenti in materia di sicurezza pubblica (d.l. 23 maggio 2008, n. 92 conv. in legge 24 luglio 2008, n. 125)*, Giappichelli, Torino, 2008, p. 129.

A. M. MAUGERI, *La tutela della proprietà nella CEDU e la giurisprudenza della Corte europea in tema di confisca*, in *Sequestro e Confisca*, a cura di M. Montagna, Torino, Giappichelli, 2017.

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

A. M. MAUGERI, *Le Sezioni Unite devono prendere posizione: natura della confisca antimafia; l'applicabilità del principio di irretroattività; la necessità della "correlazione temporale". Commento in margine a Cass., sez. VI, ord. 30 gennaio 2014 (dep. 11 marzo 2014), n. 11752, Pres. Garribba, rel. Paternò Raddusa, Ric. Spinelli e altri in Dir. pen. Cont. riv.trim., n. 2-2014.*

A.M. MAUGERI "Misure di prevenzione e fattispecie a pericolosità generica: la Corte Europea condanna l'Italia per la mancanza di qualità della "legge", ma una rondine non fa primavera". Nota a Corte EDU, Grande Camera, sent. 23 febbraio 2017, de Tommaso c. Italia, in *Dir.pen.cont., riv.trim.*, fasc. 3/2017.

A.M. MAUGERI, *EUlaw/policy on confiscation of asset: the perspective of mutual recognition*, in *The Handbook of Criminal and Terrorism financing law*, a cura di KING-WALKER-GURULE, Palgrave Mac Millan, 2017.

A. M. MAUGERI, *Prime osservazione sulla nuova "Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al riconoscimento reciproco dei provvedimenti di congelamento e di confisca"*, in *Dir.pen.cont., riv.trim.*, n. 1-2017.

- F. MAZZACUVA, *La confisca disposta in assenza di condanna viola l'art. 7 CEDU*, in *Dir.pen.cont, riv.trim*, n. 4-2013.
- F. MAZZACUVA, *La materia penale e il doppio binario della Corte europea: le garanzie al di là delle apparenze*, in *Riv. It. Dir. proc. Pen.*, 2013, 1899.
- F. MAZZACUVA, *La posizione della Commissione del Parlamento Europeo alla proposta di direttiva relativa al congelamento e alla confisca dei proventi di reato nell'Unione europea (COM (2012) 0085 – C7-0075/2012 – 2012/0036 (COD))*, in *Dir. pen. contemp., riv. trim*, 3-2013.
- F. MAZZACUVA, *L'interpretazione evolutiva nel nullum crimen nella recente giurisprudenza di Strasburgo*, in V. MANES-V. ZAGREBELSKY, Giuffrè, Milano, 2011.
- F. MAZZACUVA, *Le Sezioni Unite sulla natura della confisca di prevenzione: un'altra occasione persa per un chiarimento sulle reali finalità della misura. Nota a Cass. pen., Sez. Un., 26 giugno 2014 (dep. 2 febbraio 2015), Pres. Santacroce, Rel. Bruno, ric. Spinelli e altri* in *Dir.pen.cont., riv.trim.*, n. 3-2015.
- S. MAZZAMUTO, *La tutela dei terzi di buona fede nella confisca antimafia: le ultime novità legislative e giurisprudenziali*, in www.juscivile.it, 2013, 7.
- S. MAZZARESE E A. AIELLO, *Le misure patrimoniali antimafia. Interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, Giuffrè, 2010.
- V. MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, Utet, Torino 1985 p. 384.
- A. MELCHIONDA, *Disorientamenti giurisprudenziali in tema di confisca*, in *Riv. Dir. proc. pen., riv. trim.*, 1977, p. 334.

- F. MENDITTO, *Carcere, confisca e diritti umani alla luce della giurisprudenza della CEDU, confisca penale e di prevenzione davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Quest. Giust.*, 19. 06. 2015, pp.7 ss.
- F. MENDITTO, *Confisca di prevenzione e tutela dei terzi creditori: un difficile bilanciamento di interessi. Approfondimento a margine dei recenti interventi della Corte Costituzionale (sentenza n. 94 del 2015 e ordinanza n. 101 del 2015)* in *Dir. pen.cont., riv. trim.*, n. 3-2015.
- F. MENDITTO, *“La confisca di prevenzione nei confronti del “morto”, un non liquet della Corte Costituzionale, con rinvio a interpretazioni costituzionalmente orientate”*, *Commento a Corte cost. 9 febbraio 2012, n. 21*, in *Dir.pen.cont., riv.trim.*, n. 3-2012.
- F. MENDITTO, *La riforma delle misure di prevenzione*, in *“Libro dell'anno del diritto”*, 2013.
- F. MENDITTO, *La sentenza De Tommaso c. Italia: verso la piena modernizzazione della compatibilità convenzionale del sistema della prevenzione*, in *Dir. pen.cont., riv. trim.*, n. 4/2017.
- F. MENDITTO, *“Le confische nella prevenzione e nel contrasto alla criminalità “da profitto” (mafie, corruzione, evasione fiscale)”* in *Dip. Pen.cont.,riv.trim.*, 2 febbraio 2015.
- F. MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. La confisca ex art. 12-sexies l. m. 356/92*, Giuffrè, Milano 2012.
- F. MENDITTO, *Presente e futuro delle misure di prevenzione (personali e patrimoniali): da misure di polizia a prevenzione della criminalità da profitto*, in *Dir. pen. Cont., riv. trim.*, 2-2016.
- F. MENDITTO, *Seminario di studio “Verso un giusto processo al patrimonio: dal contrasto alla criminalità organizzata all'istituzione dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni”*, Bari, 5-6 maggio 2011.

- M.N. MILETTI, *L'adeguamento del codice penale sardo alle province meridionali*, in S. VINCIGUERRA (a cura di), *Il codice penale per gli stati del Re di Sardegna e per l'Italia unita*, Padova 2008, p. 133.
- P. MIRTO, *Un "novum genus" di confisca?* In *Arch. Pen.*, 1947, I, pp. 381 e ss.
- P.V. MOLINARI, voce *Misure di prevenzione*, in *Enc. Giur.*, II agg., Milano, 1998, pp. 550 e ss.
- T. MOMMSEN- F. VALLARDI, *Disegno del diritto pubblico romano*, Milano, pp. 276-277.
- R. MONALDI, in *Commentario alla legge 28 febbraio 1985, n. 47*, Rimini, 1985, n. 47, in *Le nuove leggi civili commentate*, 1985, p. 1096.
- M. MONTAGNA, *Sequestro e Confisca*, a cura di M. Montagna, Giappichelli, Torino, 2017.
- A. MOSCARINI, *Il caso "Punta Perotti" tra la Corte europea dei Diritti dell'Uomo e la Corte italiana di Cassazione*, in *Giurisprudenza costituzionale* 2009, pp. 1282 ss.
- F. MUSCO, *La misura di sicurezza detentiva*, Milano, 1978, pp. 271 ss.; ID, *Misure di sicurezza*, in *Enc. Giur.*, XX, 1990, p.
- G. NANULA, *La lotta alla mafia. Aggiornamento al nuovo codice delle leggi antimafia d.lg.s 159/2011*, Giuffrè, Milano, 2012, p. 49.
- G. NANULA, *La lotta alla mafia, strumenti giuridici. Strutture di coordinamento*, Giuffrè, Milano, 2009, p. 100.

- E. NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Torino, Giappichelli, 2012.
- P. NUVOLONE, *I destinatari delle misure di prevenzione tra irrazionali scelte criminologiche e il principio di proporzione*, in *L'indice penale*, Dike, gennaio-aprile 2017, p. 40.
- P. NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza (XXVI, 1976)*, in *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milano, 2016.
- L. PADELLETTI, *La tutela della proprietà nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Giuffrè, Milano, 2003.
- G. PAGLIARI, *Sanzione amministrativa e sanzione penale*, in CAGNAZZO-TOSCHEI (a cura di), *La sanzione amministrativa: principi generali*, Giuffrè Milano 2012, p. 709.
- F. PALAZZO, *La recente legislazione penale*, Padova, 1985 p. 233.
- M. PANZARASA, *Confisca senza condanna?* in *Riv. It. Dir. proc. pen., riv.trim.*, 2010, pp. 1672 ss.
- C.M. PELLICANO, *La sentenza De Tommaso e gli effetti correttivi della Corte di Cassazione*, in *Magistratura indipendente.it*
- T. PERASSI, *La Costituzione e l'ordinamento internazionale*, Giuffrè, Milano 1952.
- PERONI RANCHET R., *La confisca di prevenzione nel diritto vivente*, 3 ottobre 2017, in *scuola magistratura.it*
- PERONI RANCHET R., *I presupposti della confisca di prevenzione dopo le modifiche introdotte dalla l. 24 luglio 2008 n. 125*, in *scuola magistratura.it*

- A. PERTILE, *Storia del diritto italiano dalla caduta dell'impero romano alla codificazione*, Vol. V, - *Storia del diritto penale*, Bologna, 1892, p. 232, n. 22.
- C. PESCE, *Il recepimento italiano degli atti UE in materia di sequestro e di confisca*, in *Riv. Eurojus.it*.
- D. PETRINI, *La prevenzione inutile. Illegittimità delle misure praeter delictum*, Jovene, Napoli, 1966;
- G. PEZZOTTI, *Le misure di prevenzione. Problematiche vecchie e nuove*, pp. 36-19, in *Il Fisco*, n. 14, 1992, p. 3619.
- M. PIETH "Das zweite Paket gegen das Organisierte Verbrechen", die *Überlegungen des Gesetzgebers*, in *ZStrR (RPS)* 1995, p. 237.
- G. PIGNATONE, *I destinatari delle misure di prevenzione patrimoniale alla luce delle recenti modifiche normative (l.125/2008 e l. 94/2000)*, in *Le Misure Patrimoniali antimafia- interdisciplinarietà e questioni di diritto penale, civile e amministrativo*, di S. MAZZARESE- A. AIELLO, Giuffrè, Milano, 2010.
- POLICY PAPER, *Confisca dei beni illeciti: verso un modello ideale a livello europeo*, in *Transparency International, BULGARIA- ROMANIA- ITALIA*.
- V. POMPEO, *La confisca di prevenzione tra esigenze di pubblica sicurezza e tutela del diritto di proprietà*, Giuffrè, Milano 2013, p. 113.
- R. POSNER, *Economic analysis of Law*, Boston 1977, p. 167.
- D. PULITANO', *Due approcci opposti sui rapporti fra Costituzione e CEDU in materia penale. Questioni lasciate aperte da Corte Cost. n. 49/2015*, in *Dir.pen.cont, riv.trim.*, n. 2/2015, pp. 319 ss.

- A. RANDAZZO, *La tutela dei diritti fondamentali tra CEDU e Costituzione*, Giuffrè, Milano, 2017, p. 31.
- A. ROSATE, *Dictionarium iuris tam civilis quam canonici*, Guerra, Venezia, 1573.
- O. RUFFINO, *Ricerche sulla condizione giuridica degli eretici nel pensiero dei Glossatori*, in *Rivista di storia del diritto italiano*, pp. 80 ss.
- A. RUGGIERI, *Fissati nuovi paletti alla Consulta a riguardo del rilievo della CEDU in ambito interno (a prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015)*, in *Dir.pen.cont., riv.trim.*, n. 2-2015 p. 5.
- A. RUGGERI, *Salvaguardia dei diritti fondamentali ed equilibri istituzionali in un ordinamento inter costituzionale*, Comunicazione alle Giornate italo-spagnolo-brasiliane su *La protection de los derechos en un ordenamiento plural*, Barcelona 17-18 ottobre 2013.
- G. SABATINI. *Sulla natura giuridica della confisca dei beni*, in *Giust. Pen.*, 1946, II, p. 728.
- G. D. SALCUNI, *L'europizzazione del diritto penale: problemi e prospettive*, Giuffrè, Milano, 2011, p. 345.
- S. E. SANTACROCE, *Misure di prevenzione, Costituzione, CEDU: proposte per un'analisi critica. Relazione presentata al Convegno "Per combattere la criminalità: sequestro e confisca dei patrimoni, custodia e gestione dei beni, conservazione delle imprese, garantismo e difesa sociale" promosso da Fondazione CIRGS (Milano) e Fondazione Banca del Monte di Lucca, Viareggio, 9-10 maggio 2014.*
- A. SANTORO, *Manuale di diritto penale*, I, Utet, Torino, 1958, p. 622.

- A. SCARPA, *Diritto di proprietà, espropriazione, occupazione sine titulo (art. 1 Prot. Add. CEDU)* in *CEDU e ordinamento italiano. La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo e l'impatto nell'ordinamento interno*, a cura di Angela Stasi, Cedam, Padova, 2016.
- C. SHIMID, *Das neue Einziehungsrecht nach StGB art. 58 ff.*, in *Schw. Zeit. Fur Strafrecht*, 1995, p. 347.
- I. SMITH – T. OWEN, A. BODNAR, *Asset Recovery: Criminal confiscation and Civil Recovery*, Oxford University Press, 2015.
- B. SOTIS, *I principi di necessità e proporzionalità della pena nel diritto dell'Unione Europea dopo Lisbona*, 4 ottobre 2001, in *Dir.pen. cont., riv.trim.*, N. 1-2012.
- TAYLOR, *Forfeiture under 18 U.S.C. 1963- Rico's Most Powerful Weapon*, in *Am. Crim. L. Rew* 1980, p. 389.
- R. TARTAGLIA, *La confisca penale*, in *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*. a cura di R. Tartaglia, Roma, Nel diritto, 2012, pp. 49 ss.
- M. TRAPANI, voce *Confisca*, in *Enc.giur.Treccani*, vol. VIII, Roma, 1988, p.3.
- D. TRIPICCIONE, *Relazione telematica Le misure di prevenzione personali: verso un'interpretazione convenzionalmente e costituzionalmente conforme alla luce dei più recenti arresti della giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Foro Romano* 5-6.
- G. TUCCI, *Confisca urbanista e circolazione dei beni dopo la sentenza Sud Fondi della Corte dei diritti dell'uomo*, in *Giurisprudenza italiana*, 2009, pp. 609 ss.

- G. UBERTIS, *Principi di procedura penale europea: le regole del giusto processo*, R. Cortina, Milano, 2009.
- F. VERGINE, in AA. Vv., *Condono edilizio ed innovazioni alla disciplina urbanistica nella legge 28 febbraio 1985, n. 47*”, Rimini, 1985, p. 260.
- C. VINCENTI, “*Relazione su aspetti civilistici nel sistema di prevenzione patrimoniale*”, in *Incontro di studio su questioni controverse in tema di procedimento di prevenzione tra civile e penale*, Incontro di studio CSM, Palermo, 2011.
- F. VIGANO’, *Ancora sull’indeterminatezza delle prescrizioni inerenti alle misure di prevenzione: la seconda sezione della Cassazione chiama in causa la Corte Costituzionale*”, in *Dir.pen.cont.,riv.trim.*, n. 10/2017.
- F. VIGANO’, *Confisca urbanistica e prescrizione: a Strasburgo il re è nudo (a proposito di Cass. pen. sez. III, ord. 30 aprile 2014)* in *Dir.pen.cont., riv.trim.*, n. 3-4/2014.
- F. VIGANO’, *Corte di Strasburgo e giustizia penale*, a cura di G. Ubertis e F. Viganò, Giappichelli, Torino.
- F. VIGANO’, *Il diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc., speciale Europa*, 2001.
- F. VIGANO’, *Illegittime le misure di prevenzione patrimoniali fondate su fattispecie di pericolosità generica? Una prima ricaduta interna della sentenza De Tommaso*, in *Dir. pen. cont., riv.trim.* n. 3/2017.
- F. VIGANO’ *Il nullum crimen conteso: legalità “costituzionale” vs. legalità convenzionale?* In *Dir. pen. cont., riv.trim.*, 5 aprile 2017.

- F. VIGANO', *La Corte di Strasburgo assesta un duro colpo alla disciplina italiana delle misure di prevenzione personali*, in *Dir.pen.cont., riv.trim.*, n. 3-2017
- F. VIGANO' – G. L. GATTA, *Natura giuridica della confisca del veicolo nella riformata disciplina della guida in stato di ebbrezza e sotto l'effetto di stupefacenti: pena o sanzione amministrativa accessoria? Riflessi sostanziali e processuali*, 9 dicembre 2010, in *Dir. pen. cont., riv.trim.*, 9 dicembre 2010.
- S. VINCIGUERRA, *Codice dei delitti e delle pene per il regno d'Italia (1811)*, Cedam, Padova, 2002.
- S. VINCIGUERRA, *Introduzione allo studio del diritto penale inglese. I principi*. Cedam, Padova, 1992.
- C. VISCONTI, *Approvate in prima lettura dalla Camera importanti modifiche al procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Dir. pen. cont., riv. trim.*, n. 4-2015.
- C. VISCONTI- G. FIANDACA, *Presupposti teorici e politico-criminali di una proposta di modello europeo di confisca "allargata" nell'ambito della criminalità organizzata*, in AA.VV., *Towards a European Criminal Law against organised Crime*, a cura di V. Militello e B. Huber, Milano- Freiburg, 2001, p. 225 e ss.

