

Dipartimento di Giurisprudenza

Cattedra di Diritto Penale 1

La natura proteiforme della confisca al vaglio dei principi fondamentali del diritto penale

Chiar. mo
Prof. Maurizio Bellacosa

RELATORE

Chiar. ma
Prof.ssa Maria Novella Masullo

CORRELATORE

Federica Lusito
Matr. 148503

CANDIDATO

Anno accademico 2021/2022

INDICE

INTRODUZIONE	1
---------------------------	----------

CAPITOLO I

LA CONFISCA: GENESI E IPOTESI GENERALI NEL CODICE PENALE

1. Genesi dell'istituto: dal Codice Zanardelli alla progressiva metamorfosi...6	
2. La confisca generale ordinaria: l'art. 240 c.p. Premessa.....17	
2.1. L'ipotesi di confisca facoltativa <i>ex art. 240 co. 1 c.p.</i> 19	
2.1.1. I presupposti di applicabilità: la pronuncia di condanna, il giudizio prognostico di pericolosità e la non appartenenza della cosa alla persona estranea al reato..... 20	
2.1.2. L'oggetto: gli strumenti del reato e il prodotto o il profitto del reato e il nesso di pertinenzialità..... 29	
2.1.3. Nesso di pertinenzialità e compatibilità con i reati colposi. 33	
2.2. L'ipotesi di confisca obbligatoria. L'art. 240 co. 2 c.p..... 35	
2.2.1. L'oggetto e il presupposto di applicabilità: la pericolosità della cosa è <i>in re ipsa?</i> 35	
2.3. La confisca obbligatoria in assenza di condanna. Il caso della sentenza dichiarativa di estinzione del reato nel dibattito giurisprudenziale e l'approdo dell'art. 578 <i>bis</i> c.p.p..... 39	
2.3.1 Il dibattito giurisprudenziale sul tema della confisca in caso di sentenza dichiarativa di estinzione del reato: dalle pronunce interne alla giurisprudenza sovranazionale..... 42	
3. La funzione deterrente dell'istituto: la confisca per equivalente. La genesi e il fondamento di uno strumento di contrasto alla criminalità da profitto.46	

3.1. L'art. 322 <i>ter</i> c.p.....	50
3.2. I beni suscettibili di apprensione: il concetto di equivalenza e l'assenza del rapporto di pertinenzialità.....	52
3.2.1. La definizione di profitto: gli approdi della Giurisprudenza.	56
3.3. La confisca per equivalente nel concorso di persone.	61
3.4. Il regime di applicazione con riguardo alle somme di denaro depositate su conto corrente bancario. Il rapporto con la confisca diretta: dalle Sezioni Unite Gubert alle recenti evoluzioni.	63
4. Sulla costituzionalità delle misure di sicurezza e di prevenzione.....	70
5. Conclusioni	75

CAPITOLO II

LE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA: CONFISCA ALLARGATA E CONFISCA DI PREVENZIONE ANTIMAFIA

1. La confisca “allargata”: la rinuncia del Legislatore al nesso di pertinenzialità come risposta alla criminalità economica.....	78
1.1. La genesi e l'evoluzione: dall'art. 12 <i>sexies</i> della l. 365/1992 al principio della riserva di codice del d.lgs. 21/2018. L'art. 240 <i>bis</i> c.p. nel contrasto ai patrimoni illecitamente accumulati.	81
1.2. L'operatività: i presupposti applicativi soggettivi.	88
1.2.1. I delitti che consentono la confisca allargata. <i>Focus</i> sul delitto di ricettazione alla luce della Corte Costituzionale, 8 novembre 2017, n. 33.	89
1.2.1.1. Il delitto tentato.....	94
1.2.2. La riferibilità alla persona della condotta che costituisce reato. La condanna.....	96
1.2.2.1. La confisca allargata senza condanna. Sull'estensibilità dei principi delle Sezioni Unite Lucci.....	98
1.3. L'operatività: i presupposti oggettivi.	100

1.3.1. La titolarità o disponibilità dei beni diretta o indiretta.	101
1.3.2. La sproporzione tra beni e reddito o attività economica svolta. Il giudizio sull'irrelevanza del nesso causale tra provenienza illecita e reato commesso.	104
1.3.3. La mancata giustificazione della provenienza lecita dei beni.	109
1.4. L'ampliamento dei confini della confisca allargata in relazione al sistema penale tributario. Cenni.	111
2. La misura preventiva patrimoniale: la confisca di prevenzione antimafia.	114
2.1. La <i>ratio</i> dell'istituto e l'evoluzione normativa: dalla Legge Rognoni-La Torre al d.lgs. 159/2011.....	115
2.1.1. La riforma della l. 161/2017.	116
2.2. I presupposti di applicabilità.	119
2.2.1. I destinatari: l'appartenenza del soggetto ad una delle categorie <i>ex art. 4</i> d.lgs. 159/2011. Dalla pericolosità "qualificata" a quella "comune".....	120
2.2.2. Disponibilità diretta o indiretta dei beni oggetto di ablazione: onere probatorio e presunzioni <i>ex lege</i>	128
2.2.2.1. Gli intestatari fittizi e la buona fede.....	133
2.2.3. Le caratteristiche del bene: di valore sproporzionato, ovvero frutto di attività illecite ovvero reimpiego di esse. Il giudizio di valutazione.....	136
2.2.3.1. La prova della provenienza lecita dei beni e la mancata giustificazione dell'origine dei beni.....	140
2.2.3.2. La rilevanza dell'evasione fiscale nell'impianto probatorio.	142
2.3. L'applicazione disgiunta dopo il 2008.	144
3. Rapporto (e interferenze) tra la confisca allargata e la confisca di prevenzione.....	145
4. Conclusioni	149

CAPITOLO III

LA NATURA GIURIDICA DELLE FORME DI CONFISCA E LE RICADUTE SUI PRINCIPI FONDAMENTALI DEL DIRITTO PENALE. LE QUESTIONI CONTROVERSE.

1. Le ragioni della proliferazione delle forme di confische nell'attuale ordinamento penale. Premessa.....	151
2. Il dibattito sulla natura giuridica delle confische tra misura di sicurezza, sanzione penale e misura di prevenzione.....	157
2.1. La distinzione tra misura di sicurezza, pena patrimoniale e misura di prevenzione. Lineamenti generali di aspetti penalistici sostanziali.....	165
2.1.1. La sanzione penale alla luce dei criteri Engel elaborati dalla Corte EDU.	170
2.2. Il ruolo della Giurisprudenza e della dottrina nell'evoluzione della classificazione delle varie forme di confisca.....	176
3. La salvaguardia dei principi in materia di diritto penale.....	185
3.1. Il requisito di pericolosità al vaglio del principio di legalità. Dalla giurisprudenza della Corte EDU nel caso De Tommaso alla sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2019.....	186
3.2. Il profitto confiscabile al vaglio del principio di proporzionalità.	190
3.3. La responsabilità penale personale nel sistema delle confische.	195
3.3.1. Il caso della confisca per equivalente nella sentenza della Corte di Cassazione, Sez. III, n. 46973 del 2018.	197
3.4. Le tensioni con il principio di presunzione di innocenza sancito a livello costituzionale e sovranazionale. Il sistema della confisca di prevenzione.	199
3.4.1. Giustificazione della provenienza lecita dei beni nella confisca allargata e di prevenzione: inversione dell'onere della prova o mero onere di allegazione?	202

3.5. La natura giuridica delle confische in rapporto al doppio binario sanzionatorio.	208
4. Considerazioni conclusive: il sistema delle confische nel bilanciamento tra efficienze e garanzie.....	211
CONCLUSIONI.....	215
INDICE BIBLIOGRAFICO.....	221

INTRODUZIONE

Questo studio ha l'obiettivo di compiere un'analisi quanto più approfondita e attuale del complesso sistema di quello che è un istituto ancora oggi, dopo secoli, al centro del più vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale penalistico, sia in campo sostanziale che processuale, sia a livello interno che sovranazionale: la confisca.

Dalla confisca nel diritto romano, alla confisca generale dei beni di matrice fascista, prima attraversando il diritto intermedio, la confisca, ad oggi, si presenta sotto una molteplicità di forme, difficilmente riconducibili ad un unico schema tecnico-funzionale, prima ancora che normativo, e che si differenziano, infatti, quanto a presupposti, oggetto, destinatari, e finalità.

In via di prima approssimazione, si potrebbe affermare, già da questo stadio introduttivo, che più che parlare di confisca, al singolare, sarebbe più coerente parlare di confische, al plurale. In effetti, si vedrà che, pur utilizzando la medesima espressione, in realtà, ci si riferisce ad istituti tra loro diversi, accomunati dall'identità dell'effetto finale proprio dell'ablazione patrimoniale: la sottrazione totale o parziale di beni appartenenti ad un soggetto privato da parte dello Stato, con conseguente devoluzione degli stessi al patrimonio di quest'ultimo, come conseguenza della commissione di un reato o comunque di attività illecita e pericolosa. Ciò che differenzia, dunque, le molteplici forme di confisca è da ricercare nell'occasione che legittima l'applicazione della misura.

Questo studio in tre capitoli, nasce, dunque, dall'intento di delineare sistematicamente e razionalmente i tratti salienti delle confische, *in primis*, indagandone *ratio* e fondamento, vagliando la dottrina ambizione di ricondurre i complessi meccanismi ad unità e unitarietà, ma, al tempo stesso, sottolineandone proprio le differenze che li rendono unici gli uni dagli altri. Allora, si tenterà di spiegare, con il prezioso ausilio dei contributi di dottrina e giurisprudenza, innanzitutto, il corretto inquadramento giuridico di ciascuna forma di ablazione, mettendo in discussione, ove necessario, le definizioni strettamente nominalistiche. Una volta individuato lo statuto costituzionale e convenzionale di riferimento, si passerà all'analisi degli effetti in rapporto ai principi fondamentali in materia

penale, con riguardo al principio di legalità, e suoi corollari, principio di proporzionalità, principio di presunzione di non colpevolezza e di personalità della responsabilità penale, principio di *ne bis in idem*.

Nella nota introduttiva di questo elaborato non si può prescindere dal contesto storico-politico del diritto penale, ragione stessa dell'evoluzione di ogni suo istituto e delle scelte politico-criminali del tempo, passato o presente che sia. L'idea di sottrarre una parte dei beni di proprietà del soggetto agente di attività illecita, o sospettato di poter compiere attività illecita, ha, sin dai tempi antichi, e, ad oggi, con un rinnovato vigore, rappresentato per il legislatore il convincimento più idoneo a riequilibrare l'assetto economico turbato, per un verso, e a neutralizzare il pericolo di commissione di ulteriori reati, per altro verso. Tale quadro ha trovato nell'ablazione patrimoniale, lo strumento più efficace ed effettivo.

La proliferazione di ulteriori forme di confisca è legata strutturalmente alle ragioni per cui il legislatore ha avvertito la necessità di declinare l'istituto tradizionale in base alle esigenze a cui fare fronte. *In primis*, il fenomeno dell'accumulo di ricchezza illecita e la preoccupazione che proprio questa potesse insidiarsi nello strato economico nazionale, rafforzando la c.d. criminalità da profitto e il più ampio spettro della criminalità organizzata.

Dunque, con ordine, l'elaborato si apre con la narrazione della nascita e dell'evoluzione dell'istituto fino alla previsione codicistica dell'art. 240 c.p., cioè della confisca c.d. tradizionale, nelle seguenti forme: 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, uso, porto, detenzione e alienazione costituisce reato; e facoltativa, degli strumenti del reato, del prodotto e del profitto.

A questa, ben presto, si è affiancata la confisca nella sua forma per equivalente, o di valore, con lo specifico fine di sopperire a quella che, nella confisca tradizionale, per via di una realtà criminale sempre più insidiosa, era divenuta in tutto e per tutto una lacuna del sistema ordinamentale. La confisca tradizionale, infatti, consente di sottrarre il profitto del reato solo se è stato accertato che il bene da confiscare sia collegato ad un nesso causale con lo stesso, cioè

costituisca il diretto frutto del reato oggetto del procedimento penale, impedendo di procedere all'applicazione della confisca nel caso in cui i beni derivanti dal reato siano stati distrutti, nascosti, alienati ad acquirenti in buona fede, con modalità da impedirne la dimostrazione del collegamento originario con il reato. Tali problemi possono essere superati, appunto, dalla confisca del valore equivalente del profitto illecito, che consente di confiscare beni diversi dal "provento" del reato, non richiedendo l'accertamento del rapporto di pertinenzialità, ma di valore equivalente all'originario prezzo, prodotto o profitto.

Un ruolo di rilevante importanza in relazione alle figure descritte nella prima parte di questo elaborato è senz'altro ricoperto dalla definizione del profitto confiscabile, preoccupandosi di delinearne limiti e consistenza, spingendosi nell'approfondita analisi della giurisprudenza, dalla più risalente alla più recente, nello studio si tenterà di dare quanta più concretezza possibile ad un concetto tanto ampio nella sua accezione, quanto specifico nella sua individuazione ai fini della corretta applicazione della misura.

L'intervento statale per la lotta alla criminalità, tuttavia, ha portato ad ulteriori sviluppi dell'istituto originario: le forme speciali di confisca, quali la confisca c.d. allargata, o "per sproporzione", e la confisca di prevenzione antimafia. Le due ipotesi appena menzionate sono caratterizzate, in via generale, da: la pericolosità sociale di determinati soggetti; la mancata giustificazione della provenienza dei beni di valore sproporzionato al proprio reddito da parte di soggetti condannati per un reato rientrante nell'elenco prefissato dal legislatore; il sospetto di accumulazione di ricchezza illecita; infine, l'acquisizione, non solo del prodotto, del profitto e del prezzo del reato, ma anche di qualunque bene ad esso equivalente.

Le stragi di Capaci e di via D'Amelio, che trent'anni fa hanno segnato la storia recente del Paese, scossero la coscienza del legislatore che ha varato nuove e più efficaci modifiche alla confisca di prevenzione, per incidere sulla fitta e pericolosa rete criminale mafiosa.

L'opera del legislatore, dunque, si spinge fino al pressoché dissolvimento di quel rapporto di pertinenzialità tra *res* ablabile e commesso reato, indispensabile nella forma tradizionale di confisca, e, contestualmente, ad un affievolimento degli

oneri probatori in capo all'accusa, ancorando, invece, la giustificazione della misura al concetto di pericolosità, sempre più di tipo "soggettivo", piuttosto che "reale".

Proprio i caratteri innovativi delle ipotesi speciali di confisca sono al centro di numerose riflessioni e interrogativi circa l'effettivo inquadramento delle misure in oggetto all'interno delle categorie tipiche del diritto penale. L'obiettivo, come accennato in apertura di questo rilievo introduttivo, consiste, appunto, nell'intenzione di puntare un faro sulle problematiche della natura giuridica di ciascuna figura in relazione alla funzione effettivamente svolta dalla misura: meramente ripristinatoria o sanzionatoria ovvero, ancora, preventiva.

Da qui, nasce il tema della compatibilità con, e il rispetto di, principi di natura costituzionale e convenzionale. Sotto tale relevantissimo aspetto, già da queste prime righe, si segnala la più recente ed incisiva giurisprudenza a livello interno, la sentenza della Corte Costituzionale del 2019, n. 24, sulla scia della giurisprudenza sovranazionale, vale a dire la nota sentenza della Corte EDU nel caso De Tommaso del 2017. Proprio tale ultima pronuncia in tema di misure preventive, ha dato lo slancio al legislatore italiano per interrogarsi sull'effettiva costituzionalità del complesso sistema delle misure di prevenzione, con specifico riguardo al carattere della pericolosità in rapporto al principio di rango costituzionale di legalità, sotto la lente d'ingrandimento dei canoni di tassatività e determinatezza della previsione penale.

L'importanza per il legislatore di delineare un quadro delle confische, e delle misure di sicurezza e di prevenzione in generale, quanto più coerente e rispettoso dell'ordinamento costituzionale e convenzionale, rappresenta una sfida di particolare attualità nel diritto penale c.d. moderno, per contrastare la deriva indiscriminatamente e arbitrariamente punitiva degli ultimi decenni. Tale obiettivo è perseguibile tenendo bene a mente il meccanismo, irrinunciabile ed ineludibile, del bilanciamento tra la forza inevitabilmente efficientista del diritto criminale e il rispetto delle garanzie proprie dell'individuo, laddove si vada a comprimere, in questo caso, primo fra tutti, il diritto di proprietà, per riportare il diritto penale alla sua originaria funzione di garante contro l'uso arbitrario della coercizione, nello specifico patrimoniale.

In definitiva, negli ultimi decenni, si è palesemente manifestata la tendenza del passaggio da un diritto penale “del fatto” ad un diritto penale “d’autore”, e nel campo che qui interessa, si è affermata la prassi di colpire, più che il soggetto, il patrimonio del soggetto stesso. In breve. Si è imposto un diritto penale c.d. moderno, e del rischio, sul diritto penale classico.

CAPITOLO I

LA CONFISCA: GENESI E IPOTESI GENERALI NEL CODICE PENALE

1. Genesi dell'istituto: dal Codice Zanardelli alla progressiva metamorfosi.

L'istituto della confisca ha maturato nel tempo una notevole importanza come strumento più idoneo al contrasto alla criminalità organizzata economica, cd. criminalità di profitto, e più in generale, al crimine organizzato.¹

La misura della confisca è stata al centro di una vasta evoluzione normativa, dottrinale e giurisprudenziale. I maggiori dibattiti hanno riguardato la natura di tale sanzione, le sue finalità e il suo inquadramento all'interno del dialogo tra ordinamenti giuridici.²

È noto che la confisca, intesa come atto di sottrazione totale o parziale di beni appartenenti ad un soggetto privato da parte dello Stato, con conseguente devoluzione degli stessi al patrimonio di questi, come conseguenza della commissione di un reato o comunque di attività illecita e pericolosa,³ ha origini molto antiche e ha costituito un elemento costante nel panorama del fenomeno punitivo.

Lo strumento ablatorio è andato incontro a continue modificazioni per rispondere alle esigenze che nel tempo si sono succedute e che hanno visto, in questo particolare istituto, il mezzo più idoneo a farne fronte grazie alla sua efficienza aggressiva e marcata versatilità. Infatti, nonostante le continue modifiche, è incontrovertibile un particolare elemento: la sua pressoché ininterrotta presenza, al punto da poter affermare che il provvedimento ablativo costituisce una costante del fenomeno punitivo, senza negare la multiforme articolazione che via via essa presenta.⁴

Il primo aspetto che è necessario sottolineare riguarda il fatto che la confisca, nella storia degli ordinamenti continentali, nasca essenzialmente come

¹ MAUGERI, voce *Confisca (Diritto penale)*, in *Enc. del Dir.*, Annali VIII, Milano, 2015.

² CIVELLO, *La confisca nell'attuale spirito dei tempi: tra punizione e prevenzione*, in *Arch. Pen.*, 2/2019 maggio-agosto, 2019, 435-448.

³ NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Monografia, Torino, 2012.

⁴ ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale* in *Dig. Disc. Pen.*, 1989.

pena di carattere patrimoniale. Nelle sue prime manifestazioni, la confisca si presenta come confisca generale dei beni che colpisce tutti, o in parte, i beni del condannato a prescindere dal loro collegamento degli stessi con il reato commesso.

Infatti, ripercorrendo la storia e l'evoluzione normativa dello strumento che qui è oggetto di studio, non si può prescindere dal ricordare la sua esistenza già dai tempi del diritto romano che contemplava la possibilità di confiscare, anche parzialmente, i beni ai condannati per alcuni tipi di delitti di *perduellio*, reato di alto tradimento di cui si macchiava chiunque attentasse alla pace pubblica e all'integrità, indipendenza e dignità dello Stato. In epoca repubblicana, venne sostituito dal delitto di *lesa maestà*.

La confisca a seguito di *perduellio* e di altri gravi crimini contro la comunità, incontrava un limite nel caso in cui l'imputato avesse discendenti o ascendenti fino al terzo grado, per i quali l'ablazione dei beni avrebbe comportato una specie di ingiusta pena per fatto altrui.⁵

Continuando l'*excursus* fino al diritto intermedio, qui venne prevista la misura della confisca concepita come sanzione eccezionale: «La confiscatione de' beni si fa solamente in alcuni delitti gravi et enormi, come di lesa maestà, in casi pensati et atroci, ovvero in quelli delitti che per i Statuti delle Città o leggi particolari impone una parola espressa i delinquenti puniti di questa pena».⁶ La natura eccezionale di tali misure richiedeva che di esse si dovesse dare una interpretazione strettissima e non estensibile.

In tutti questi casi, la confisca dei beni, in specie quella totale, era comminata per sancire sul piano patrimoniale la radicale negazione dello *status* di cittadino, o comunque di appartenenza alla collettività, che conseguiva a condanne per reati gravi. L'idea alla base, infatti, consisteva nella presa d'atto che se un soggetto non esisteva più per la collettività fisicamente, per condanna a morte, o simbolicamente, come nel caso di condanna per crimini infamanti, veniva meno anche il riconoscimento della titolarità dei suoi beni, incamerati dallo Stato.⁷

⁵ MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. III, Torino, 1948.

⁶ PRIORI, *Pratica criminale*, Venezia, 1678, 63-64.

⁷ ALESSANDRI, *op. cit.*, 1989.

Nel secolo dell'Illuminismo,⁸ nel pieno della lotta contro la pena di morte e contro le sanzioni crudeli e, più di tutto, disumane, anche la confisca fu oggetto di dure accuse di ingiustizia e di irrazionalità,⁹ atteso il risultato di colpire anche innocenti congiunti al condannato. Molti sovrani del tempo, a partire dal Granduca di Toscana, limitarono la confisca, per poi espungerla del tutto dal codice del 1786. Poi, Carlo Alberto, nelle Regie Patenti del 1831, abolì la confisca generale dei beni, sostituendola con una multa che non eccedesse il valore del danno cagionato dal delitto.¹⁰

La confisca generale del patrimonio e dei beni è stata riguardata come una sorta di retaggio culturale antichissimo. Nella Riforma Penale di Pietro Leopoldo del 1786 si precisa che la confiscazione dei beni costituisce «una vera e propria violenza» e appropriazione illegittima, che fa il governo delle proprietà altrui, ricadendo i suoi effetti anche su soggetti diversi dall'agente del reato, mentre «la persona del reo è la sola che per soddisfare al delitto, è soggetta alla Legge, e alla Pena, e i suoi beni possono essere legittimamente obbligati per la refezione dei danni di ragione dovuta a chi li ha sofferti, o per qualche multa pecuniaria nei casi nei quali non giunga l'afflittiva».

Approdando al Codice Zanardelli del 1889, entrato in vigore dal primo Gennaio 1890, esso prevedeva la misura della confisca all'art. 36¹¹ contenuto nel Titolo III del Libro I, rubricato "Degli effetti e della esecuzione delle condanne penali": in questa prospettiva, l'ablazione dei beni era intesa quasi quale misura accessoria,¹² come un effetto penale derivante da una sentenza di condanna, con la sola eccezione dei beni cd. intrinsecamente criminosi, cioè quelli pericolosi *per se*.

⁸ ALESSANDRI, 1989, op. cit.; CIVELLO, 2019, op. cit.

⁹ BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Venturi (a cura di), Torino, 1981, il quale afferma testualmente: «[...] Le confische mettono un prezzo sulle teste dei deboli, fanno soffrire all'innocente la pena del reo e pongono gli innocenti medesimi nella disperata necessità di commettere i delitti»; sul punto cfr., CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Parte Generale*, Lucca, 1871.

¹⁰ MANZINI, op. cit.

¹¹ *Codice penale Zanardelli*: «Nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il delitto, e delle cose che ne sono il prodotto, purché non appartengano a persone estranee al delitto. Ove si tratti di cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o la vendita delle quali costituisca reato, la loro confisca è sempre ordinata, quand'anche non vi sia condanna, e ancorché esse non appartengano all'imputato».

¹² MASSA, voce *Confisca (diritto e procedura penale)*, in *Enc. del dir.*, VIII, 1961.

Si segnala che la collocazione assegnata alla confisca dal codice previgente nulla diceva sulla natura dell'istituto, lasciando mano libera al legislatore per i più vari utilizzi. Allo stesso tempo, quella catalogazione sistematica anticipava le aporie dell'istituto, ove ne prevedeva l'applicabilità anche nei casi di mancata condanna. L'art. 36 era di tenore analogo a quello che sarebbe divenuto l'art. 240 del successivo Codice Rocco, con tutto il groviglio di problemi interpretativi rimasto sostanzialmente immutato.

Nel corso del tempo, si nota come l'antico retaggio della confisca, intesa quale vera e propria sanzione di carattere penale-afflittivo, sia affiorata ciclicamente all'interno dell'ordinamento, come avvenne, ad esempio, nella legge fascista sulla difesa dello Stato, ove la confisca dei beni venne prevista contro i fascisti e altri collaboratori.¹³

La confisca come misura di sicurezza rappresentò il *novum* del Codice del 1930. La nuova qualificazione della confisca, come "misura amministrativa di sicurezza", rappresentò l'esito di un percorso di riforma perfezionato con l'adozione del nuovo Codice Rocco. Il codice penale del 1930, rispose ad un rivoluzione culturale che poneva al centro delle scelte di politica criminale le ragioni dello Stato rispetto a quelle del singolo individuo, tanto che nella Relazione ministeriale sul progetto del codice penale, i tradizionali argomenti sopraesposti a sfavore della misura vennero ribaltati:¹⁴ l'obiezione relativa alla delusione che la misura arrecava nei confronti delle aspettative degli eredi legittimi, nulla poteva contro le ragioni, di maggior rilievo politico e sociale, dello Stato, la cui esistenza viene messa in pericolo dal colpevole.

La nuova qualificazione giuridica della confisca, a questo punto espunta dalla materia strettamente penale e collocata fra le misure amministrative di sicurezza, emerge dallo stesso impianto sistematico del codice, che vede

¹³ Cfr. legislazione unitaria sulla diserzione, d.lgt. n. 1952/1917; legge fascista sulla difesa dello Stato; d.lgs. n. 145/1944, con cui il governo comminò la confisca ai patrioti italiani; d.lgt. n. 159/1944.

¹⁴ La ricostruzione è di CIVELLO, op. cit., 439; sul punto, cfr. MANZINI, op. cit., 125; la Relazione ministeriale sul progetto del codice penale riporta testualmente: «Se il danno proveniente da un delitto alla famiglia del reo dovesse essere criterio decisivo di valutazione riguardo al carattere di giustizia insito nelle sanzioni penali, occorrerebbe sopprimere qualsiasi pena pecuniaria e, in casi numerosissimi, anche la pena detentiva, che sottraggono alla famiglia del condannato, non di rado, l'unico sostegno».

l'inserimento dell'art. 240 a chiusura del Capo II, rubricato "Delle misure di sicurezza patrimoniali", del Titolo VIII del Libro I sui reati in generale. L'inserimento di questa figura di confisca non già tra le pene, ma tra le misure amministrative di sicurezza, si potrebbe leggere come l'intenzione del legislatore di enfatizzare la presunta natura extra-penale e la prevalente funzione special-preventiva.¹⁵

Le misure di sicurezza del Codice Rocco, all'epoca della sua entrata in vigore, sono provvedimenti di polizia,¹⁶ con cui lo Stato persegue uno scopo di tutela preventiva sociale, assoggettando determinate persone, imputabili o non imputabili, punibili o non punibili, alla privazione o restrizione della libertà personale o alla prestazione di una garanzia patrimoniale o alla confisca: atto dovuto atteso il carattere della pericolosità sociale della persona stessa o delle cose che ebbero attinenza all'attività criminosa e delinquenziale, in previsione della probabilità di reiterazione della succitata attività socialmente nociva. Le misure di sicurezza di cui trattasi, dunque, non hanno propriamente carattere di sanzioni giuridiche perché non sono predisposte per rendere obbligatoria l'osservanza di un precetto e non conseguono necessariamente all'accertamento di una responsabilità giuridica, bensì sono stabilite in considerazione di un pericolo sociale presunto *ex lege* o accertato dal giudice. Tuttavia, neppure questo ultimo tratto, è sufficiente ad attribuire il carattere di sanzione giuridica. Dunque, le misure di sicurezza non sarebbero un istituto di diritto penale ma di diritto amministrativo. Il fatto che siano contemplate nel codice penale e nel codice di procedura penale corrisponde ad una scelta legislativa «per ragioni di connessità e di garanzia», come prontamente puntualizzato dalla Relazione ministeriale sul progetto del codice penale.

Per ciò che riguarda nello specifico la misura di sicurezza patrimoniale della confisca nel codice del 1930, questa non va confusa con quella totale o parziale dei beni. La confisca ora considerata, riguarda solo determinate cose che hanno

¹⁵ NICOSIA, op. cit.; in tal senso depone la *Relazione ministeriale del codice*: «la confisca è finalizzata alla eliminazione delle cose che, provenendo da fatti illeciti penali, o in alcuna guisa collegandosi alla loro esecuzione, manterrebbero viva l'idea e l'attrattiva del delitto».

¹⁶ MANZINI, op. cit., tuttavia, le misure in questione «si distinguono dai provvedimenti meramente polizieschi non solo perché sono applicati con l'intervento della garanzia giurisdizionale, ma altresì perché sono connesse, con una relazione di occasionalità, alla commissione di un fatto che la legge prevede come reato».

attinenza al reato, e non è una pena, bensì una misura di sicurezza¹⁷, indipendente dalla pericolosità del soggetto e tende a eliminare le cose per sé stesse pericolose o che si riconnettono a un fatto concreto preveduto dalla legge come reato.

Tali ultime impostazioni, nel loro complesso, sono andate incontro a numerose critiche da parte della dottrina più autorevole, che ha, invece, escluso la natura della confisca come provvedimento di polizia. In particolare, secondo l'orientamento maggioritario, «la classificazione della confisca tra le misure di sicurezza non è coerente e appropriata».¹⁸ Ed invero, a prescindere che la confisca non riguarda la pericolosità della persona, come accade in tutte le misure di sicurezza, tuttavia, non riguarda nemmeno sempre la pericolosità della cosa. Proprio in questo tratto, tra gli altri, le manca il carattere preventivo che caratterizza le misure di sicurezza.

Dunque, la qualificazione, *in primis* codicistica, della confisca come sanzione amministrativa di sicurezza nacque già in un clima di vivace e acceso dibattito, come elemento di prima considerazione della natura “ibrida” della misura.¹⁹

Il codice Rocco ha sistemato in modo autonomo la materia delle misure di sicurezza che erano, già in parte, ammesse nel codice del 1889.

Si potrebbe affermare che parallelamente al declino della confisca generale dei beni e in linea con il consolidarsi di un diritto penale “del fatto”,²⁰ l'istituto della confisca ha assunto, con il Codice Zanardelli, prima, e con il Codice Rocco, poi, le forme di una confisca “speciale”, riguardante non l'intero patrimonio del reo o intere parti di esso, ma solo singole cose, pur a vario titolo collegate alla commissione di un reato. Proprio in virtù di tale collegamento, il legislatore del 1930, riscrivendo l'istituto di cui all'art. 36 del Codice Zanardelli, ha istituito una forma di confisca generale, quanto all'ambito di applicazione, ma speciale, quando

¹⁷ MANZINI, op. cit.; in senso difforme CARNELLUTI e NUVOLONE, *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. del Dir.*, 1976; VASSALLI, *Natura penale della confisca dei beni*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelluti*, vol. 4, *Diritto e pubblico e storia del diritto*, Padova, 1950; sulla natura giuridica della confisca cfr. cap. III.

¹⁸ Cfr. sul punto CIVELLO, op. cit., 440; in dottrina, MANZINI, op. cit., 352; in senso difforme v. MASSA, op. cit., che ricondurrebbe la confisca comunque all'interno delle misure di sicurezza, sebbene avente caratteri diversi da quelli delle misure di sicurezza personali, con ciò affermando che si tratti di un *genus* variegato ed articolato.

¹⁹ Le tesi avverse sono riportate da CIVELLO, op. cit., 440.

²⁰ MASSA, op. cit.; NICOSIA, op. cit.

all'oggetto, in quanto riguardante solo una parte di beni, in particolare solo alcune specifiche cose collegate alla commissione del reato, vale a dire i cd. *instrumentum sceleris*, cioè quelle che servirono o furono destinate a commettere il reato, quelle che ne costituiscono il profitto, il prodotto o il prezzo, nonché quelle "intrinsecamente illecite".

Accanto alla confisca di cui all'art. 240, il codice penale prevedeva già altre ipotesi particolari di confisca disciplinate in singole disposizioni nella parte speciale. Si trattava, tuttavia, di ipotesi legate perlopiù ad illeciti contravvenzionali.²¹

Negli anni successivi all'entrata in vigore del Codice Rocco, alle ipotesi generali codicistiche, si sono affiancate forme speciali di confisca nella copiosa legislazione sia modificativa del codice penale sia da esso distinta.²²

A partire dagli anni Settanta si assiste ad un incremento di interventi legislativi in materia di confisca. Si collocano in questo ambito, in particolare, alcune normative ispirate alla legislazione di emergenza nel periodo del terrorismo relativa a reati concernenti la disciplina delle armi, delle munizioni e degli esplosivi.

Cessata la suddetta emergenza terroristica, negli anni Ottanta si assiste ad una nuova ondata di norme in materia di confisca che affluirono nell'ordinamento italiano, come risposta alla necessità irrinunciabile di aggiornare adeguatamente la legislazione antimafia, in corrispondenza dell'evolversi della pericolosità criminale delle associazioni di tipo mafioso anche in relazione al loro mutamento organizzativo ed operativo, caratteristica che costituiva, e costituisce tuttora, l'aspetto più insidioso e temibile.

Come accennato in precedenza, l'aspetto di natura strettamente penale della confisca ha fatto capolino ciclicamente nell'ordinamento giuridico, alternandosi con momenti in cui prevaleva, esplicitamente, la qualificazione di misura amministrativa. È doveroso, dunque, completare quella che è una vera e propria parabola nella storia classificatoria dell'istituto, evidenziando come la confisca, estirpata dalla materia penale dalla Rivoluzione illuministica, come prova del contrasto alla disumanità delle pene, e poi, per altri motivi, dalla riforma penale del

²¹ Cfr. a titolo esemplificativo, Libro III, Titolo I, Capo II ("Delle contravvenzioni concernenti la polizia amministrativa sociale"), nonché gli artt. 722 e 733 c.p.

²² BARGI, CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, vol. II, 2011.

1930, sia tornata negli ultimi anni ad invadere nuovamente il terreno della pena in senso stretto.²³

Si deve senza dubbio menzionare la confisca per equivalente, prevista inizialmente per specifiche categorie di reati. Oggi, anche alla luce della normativa comunitaria e internazionale, si potrebbe affermare che la confisca per equivalente, da strumento eccezionale e residuale qual era in origine, si sia affermato quale paradigma generale della risposta statale ai fatti illeciti, trasversale ad una pluralità di discipline sanzionatorie, di carattere sia penale sia extra-penale.

La seconda forma speciale di confisca in cui è riemersa la funzione afflittiva dell'istituto è la confisca urbanistica nei casi di lottizzazione abusiva.

Vi sono poi altri segnali di un recente ritorno alla confisca quale sanzione intrinsecamente penale, come l'introduzione delle forme speciali del d.lgs. 231/2001, agli artt. 9 e 19.

È agevole notare come la confisca abbia costituito nel tempo, uno strumento che il legislatore costantemente ha affiancato a previsioni incriminatrici tradizionali al momento di dover fronteggiare fenomeni criminali gravi, nuovi o riacutizzati. Non sorprende, dunque, che la natura e la funzione polivalente della confisca, nel 1982 si arricchì di un nuovo aspetto, con l'introduzione della confisca come misura di prevenzione, fondata sulla somma di sufficienti indizi di illecita provenienza dei beni e di carente dimostrazione positiva della lecita provenienza degli stessi.

Si segnala, in realtà, che già prima del 1982, si registrano alcuni precedenti in materia di misure patrimoniali svincolate da una sentenza di condanna in sede penale, utilizzate da parte delle autorità di pubblica sicurezza, nel periodo del regime fascista.²⁴

Successivamente, la c.d. Legge Reale, l. 22 maggio 1975, n. 152, aveva introdotto una forma di sospensione provvisoria dall'amministrazione dei beni personali, volta a impedire la libera disponibilità di beni che potessero agevolare l'attività socialmente pericolosa di persone destinatarie di una misura di

²³ CIVELLO, op. cit., 440; a tal proposito, FONDAROLI, parla di percorso evolutivo "à rebours".

²⁴ Cfr. T.U. 18 giugno 1931, n. 773, nel contrasto al brigantaggio e a manifestazioni di dissenso politico. Subito dopo la caduta del regime fascista, la confisca del T.U. citato trovava comunque applicazione grazie ad un mutamento interpretativo della nozione di "attività antinazionale".

prevenzione personale: tale misura ebbe tuttavia un ambito applicativo limitato, poiché escludeva i beni destinati all'attività professionale o produttiva.

In tale ottica di esigenza di apprestare una più adeguata risposta al fenomeno della criminalità, in particolare quella di tipo organizzato, il legislatore, approntò la già citata legge Rognoni-La Torre del 1982. È questo il momento della nascita dell'istituto della vera e propria confisca di prevenzione.

Importanti modifiche sono intervenute con il c.d. pacchetto sicurezza del 2008-2009,²⁵ che ha sancito, tra gli altri aspetti modificativi, il principio di autonomia delle misure di prevenzione patrimoniali da quelle personali, con la possibilità di una loro applicazione disgiunta.

Da ultimo, nel 2011, è stato emanato il decreto che ha dato attuazione alla delega contenuta nella l. 13 agosto 2010, n. 136: il d.lgs. 159 del 2011, c.d. Codice Antimafia. Tale risultato normativo, ha tentato di attribuire ordine sistematico al complesso quadro della materia e rappresenta, con le successive modificazioni, l'attuale disciplina di riferimento della materia di prevenzione al fenomeno mafioso.

Ciò che è rimasto sostanzialmente immutato, e tutt'oggi prevalente, è l'orientamento per il quale la confisca di prevenzione del d.lgs. 159/2011, pur dopo le riforme del 2008, continuerebbe a mantenere la natura di semplice misura preventiva.²⁶ La confisca da misura di sicurezza con aspetti di sanzione patrimoniale, diveniva anche misura idonea a prevenire la pericolosità di singole persone, al di fuori del collegamento tra beni confiscati e commissione del reato.

Negli anni Novanta,²⁷ la lotta alla delinquenza mafiosa, culminata nelle stragi di Capaci e via D'Amelio, richiese interventi legislativi sempre più incisivi, ed anche in questi casi, come ormai di consueto, il legislatore affiancò agli interventi penalistici, nuove norme in materia di confisca, anche al fine di sottrarre alle mafie gli elementi patrimoniali del finanziamento delle attività e del profitto dei reati. Mentre in precedenza, la confisca e il sequestro erano consentiti a condizione che "sufficienti indizi" potessero far ritenere la provenienza illecita dei

²⁵ Si fa riferimento al d.l. 23 maggio 2008, n. 92, conv. in l. 24 luglio 2008, n. 125 e alla l. 15 luglio 2009, n. 94.

²⁶ Cfr. Cass., Sez. un., 26 giugno 2014, Spinelli; in realtà sul punto, si sono succedute importanti pronunce, da ultimo Corte Cost. sent. n. 24 del 2019. Il tema sarà approfondito v. cap. III §2.

²⁷ BARGI, CISTERNA, op. cit., 2011.

beni, all'esito della novella legislativa, furono consentiti anche sulla sola base della "sproporzione" tra il valore dei beni e il reddito dichiarato o l'attività economica svolta dall'imputato, che ne avesse la disponibilità, diretta o indiretta.

A tale sviluppo della confisca di prevenzione, si è affiancata un'analoga evoluzione della confisca ordinaria, con l'art. 3 della l. 501/1994, fu introdotto l'art. 12 *sexies* del d.l. 306/1992, che prevede la confisca obbligatoria, in relazione ai delitti elencati, del denaro, dei beni e delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità in valore sproporzionato al proprio reddito dichiarato o alla propria attività economica.

La frantumazione della confisca in una molteplicità di forme e di corrispondenti previsioni normative, è un dato incontestabile degli ultimi decenni che hanno visto lo strumento di studio porsi al centro dell'ordinamento giuridico, da un lato, come principale mezzo di contrasto, tanto in funzione preventiva che punitiva, di alcune gravi emergenze criminali, quali la criminalità organizzata, soprattutto economica, e d'altro lato, come strumento per far fronte ad altre realtà di allarme sociale, in materia di circolazione stradale, abusivismo edilizio e reati ambientali e informatici.

La ragione principale della proliferazione di tali ulteriori forme speciali di confisca, come risultato di ciò che si è in precedenza illustrato, è stata quella di potenziare l'istituto e di ampliarne l'ambito di applicazione in relazione ad alcuni specifici reati.

La moltiplicazione delle figure di confisca è un dato che trae origine dalla dissoluzione della confisca generale dei beni ed è andata di pari passo con una diversificazione dei modelli sanzionatori. È ormai innegabile l'avvenuta diramazione dei ruoli della confisca.

Le discipline delle nuove ipotesi di confisca sembrano scarsamente compatibili con l'istituto delineato dal codice penale per l'acquisizione dei beni correlati al reato, di cui i Progetti di riforma del Codice Rocco hanno proposto una rimodulazione.²⁸ Il Progetto della Commissione Grosso, da un lato, ribadiva

²⁸ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, Bologna, 2007, 12 ss.; si fa riferimento al Progetto Grosso (2001) e Progetto Nordio (2004), che non hanno, comunque, sostituito il testo normativo del 1930.

l'autonomia della confisca come strumento di contrasto esercitabile rispetto allo "sfruttamento dell'illecito ai fini di lucro",²⁹ dall'altro lato, inseriva la disciplina all'interno del Titolo VI, rubricato "Confisca e sanzioni riparatorie". Confermata l'apprensione delle cose intrinsecamente illecite, il Progetto conteneva anche una disposizione generale di rinvio in materia di confisca di beni di provenienza non giustificata.

La generalità dei contributi dottrinali e giurisprudenziali più recente ha sottolineato, pressoché, come oggi si debba parlare di confische al plurale, più che di confisca, nell'ordinamento giuridico italiano. Questo, in quanto l'istituto si è ormai sfaccettato in numerose figure che hanno come comune denominatore solamente il fatto di consistere in un atto di sottrazione coattiva di beni al titolare, con contestuale devoluzione degli stessi allo Stato, in conseguenza della commissione di un reato o di un'attività illecita o comunque pericolosa. Tuttavia, ad esclusione di questo ultimo tratto, le figure di confisca differiscono per natura giuridica, funzioni, presupposti e modalità di applicazione, destinatari, oggetto.³⁰

Secondo autorevole dottrina, nonostante di confisca si parli in diversi rami del diritto dal diritto penale al diritto amministrativo, passando per il diritto internazionale, in effetti ci si riferisce sempre allo stesso istituto, da cui bisogna tener distinte talune figure le quali, nonostante la definizione di confisca, non parteciperebbero propriamente della natura di misura preventiva contro la pericolosità della cosa che in generale sembra connotare proprio tale istituto, ma si profilano come misure a carattere essenzialmente punitivo. La conclusione, tuttavia, è stata criticata dalla stessa dottrina, costretta ad ammettere, poi, come la distinzione della confisca in diversi istituti trovi comunque fondamento sul criterio c.d. empirico dell'occasione, che di volta in volta, legittimerebbe l'ablazione. Pare più corretto affermare, quindi, che solo quando si accantoni l'occasione e si consideri puramente l'effetto, la confisca apparirebbe istituto unitario, mentre, ove si considerasse l'occasione cui l'ordinamento consente l'ablazione, essa non

²⁹ *Relazione al Progetto della Commissione Grosso*, par. 6.1.

³⁰ Cfr. per tutti ALESSANDRI, op. cit., 1989.

apparirebbe solo come parte integrante dell'istituto ma, attraverso il rapporto evento – confisca, consente di definire la *ratio* di istituti diversi aventi identico nome.³¹

L'effetto ablativo corrisponde, in conclusione, a ragioni normative diverse che vanno indagate a prescindere dall'effetto stesso, appunto perché soltanto da esse è possibile trarre conclusioni sulla giustificazione dell'effetto, così come di volta in volta considerato.

Si vedrà nel corso di questo studio, che la progressiva metamorfosi dell'istituto della confisca in molteplici forme, solo nominalmente riconducibili alla tradizionale figura ordinaria, tende sempre più ad assumere una fisionomia sicuramente polifunzionale come diretta espressione della trasformazione dal diritto penale “classico” al diritto penale c.d. moderno, elaborato per arginare nuove forme di criminalità mediante strumenti di accertamento più agili ed efficienti.

In conclusione, giova anticipare che il graduale passaggio dal diritto penale classico a quello considerato moderno, anche mediante l'uso strumentale della legge che romperebbe gli schemi dogmatici tradizionali, come la distinzione tra misure di sicurezza e pene, e la dibattuta elusione delle garanzie penali e processuali di rango costituzionale, hanno scelto il complesso sistema delle misure patrimoniali quale terreno privilegiato per lo sviluppo delle moderne linee di contrasto alla criminalità, improntate alla semplificazione probatoria dei presupposti di applicazione.

2. La confisca generale ordinaria: l'art. 240 c.p. Premessa.

L'art. 240 c.p. contempla la disciplina generale della confisca nel diritto penale, valida per ogni fattispecie per la quale non ne è prevista una speciale, e comunque, anche in questo caso applicabile laddove non espressamente previsto.³²

La forma base di confisca dell'ordinamento italiano è la misura di sicurezza patrimoniale disciplinata dall'art. 240 c.p., che prevede la confisca “facoltativa” degli strumenti del reato, del prodotto e del profitto, e la confisca “obbligatoria” del prezzo, dei beni e degli strumenti informatici o telematici utilizzati per la

³¹ La riflessione puntuale ed efficace è di ARDITURO e CIOFFI, *La confisca ordinaria, per sproporzione e per equivalente nel processo di cognizione ed esecuzione*, in BARGI, CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, vol. II, 685, 2011.

³² MAUGERI, voce *Confisca (Diritto penale)*, op. cit.

commissione dei reati elencati, e, infine, delle cose, la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione costituisce reato.

In qualità di misura di sicurezza la confisca dovrebbe avere una duplice finalità: da una parte, sottrarre all'agente la cosa che, essendo servita a commettere il reato, potrebbe costituire un incentivo per nuova attività criminosa; dall'altra parte, privare l'agente dell'illecito del provento del reato commesso, seppur non possa godere del guadagno conseguito con il reato, esso potrebbe costituire il fine e lo scopo.³³ Alla base di tale interpretazione si pone il concetto di pericolosità, in relazione al quale la dottrina oscilla dalla considerazione della pericolosità della *res* a quella della persona, con posizioni che, comunque, tendono a sovrapporsi, laddove si parla di «pericolosità anche della persona, ma in senso relativo perché essa risponda in un'osmosi con la cosa: basterà interrompere questa perché cessi la situazione di pericolo».³⁴ La cosa, lasciata nella disponibilità del reo, costituirebbe per lui un incentivo per commettere ulteriori illeciti.

Tale normativa si presenterebbe sotto diversi profili inadeguata alle moderne esigenze di lotta al crimine, continuando a prevedere la distinzione tra prezzo e profitto e il carattere facoltativo della confiscabilità del profitto, tratto che non trova più una giustificazione razionale alla luce della nuova criminalità d'impresa, cd. da profitto, appunto, in cui la lotta contro l'accumulo dei capitali illeciti è divenuta un obiettivo primario. Tutti i documenti sovranazionali, infatti, impongono il carattere obbligatorio della confisca del profitto. Anzi il problema del legislatore moderno è rappresentato dalla necessità di colpire i patrimoni accumulati nel tempo dalle organizzazioni criminali, che rappresentano un pericoloso strumento di infiltrazione nell'economia lecita ma rispetto ai quali è difficile accertare il nesso con il reato fonte. Proprio per tale ragione, è emersa la necessità di prevedere nuovi modelli improntati su forme di alleggerimento dell'onere della prova dell'origine illecita dei beni.

In questa direzione, il primo strumento per facilitare la sottrazione del profitto illecito è rappresentato dalla confisca per equivalente, ma nell'art. 240 c.p.

³³ *Ibidem*.

³⁴ Cfr. MASSA, op. cit.; FORNARI, *Criminalità da profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997.

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

2.1. L'ipotesi di confisca facoltativa *ex art. 240 co. 1 c.p.*

A norma dell'art. 240 co. 1 c.p., «nel caso di condanna, il giudice può ordinare la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, e delle cose che ne sono il prodotto o il profitto».

In tutte queste ipotesi, la confisca è facoltativa e il potere discrezionale del giudice va esercitato in vista di una finalità di prevenzione speciale, nel senso che si tratterà di accertare in concreto la necessità di sottrarre al reo quelle cose connesse al reato in quanto potrebbero costituire uno stimolo alla perpetrazione di nuovi reati.³⁵

L'art. 240 c.p. fa riferimento genericamente al reato commesso, senza elencazione di specifiche fattispecie, dunque a qualunque delitto, che sia tentato o consumato, o contravvenzione prevista dal codice penale o da leggi speciali. Qualora, però, una norma del codice penale o delle leggi speciali qualifichi come obbligatoria la confisca delle cose previste dal co. 1, viene meno la facoltatività e con essa la relativa disciplina, prevedendo quella speciale che prevede la confisca obbligatoria.

Presupposto della confisca facoltativa, e in generale della confisca *ex art. 240 c.p.*, è la pericolosità della cosa, da intendersi come probabilità che, ove lasciata nella disponibilità del reo, la cosa costituisca per lui un incentivo alla commissione di ulteriori illeciti.³⁶

Quanto all'oggetto di questa forma di confisca, per «cose che servirono a commettere il reato»³⁷, si intendono quelle effettivamente utilizzate dal reo, mentre «cose che furono destinate a commettere il reato» sono quelle che erano state predisposte per la commissione del reato, ma che in concreto, per una qualsiasi

³⁵ Nel senso che la disposizione non configura in capo al giudice un obbligo di disporre l'ablazione, ma una mera facoltà in presenza dei relativi presupposti previsti dalla legge, la cui sussistenza deve essere previamente accertata dal giudice, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, ed. 10, 2021.

³⁶ Cfr. *infra* § 2.1.1.

³⁷ Cfr. *infra* § 2.1.2.

ragione, non sono state utilizzate. Inoltre, “prodotto del reato”, sono le cose materiali create attraverso l’attività penalmente rilevante: ad es. la moneta falsa ottenuta con il procedimento di contraffazione. Infine, “profitto del reato”, sono le cose che rappresentano l’utilità economica direttamente o indirettamente conseguita con la commissione del reato, come ad es. il denaro rubato, il denaro ricavato dalla vendita delle cose oggetto di furto o il denaro ottenuto come corrispettivo dello spaccio di droga.

Va sottolineato che, attraverso le formule citate, il legislatore circoscrive l’area applicativa della confisca ai soli reati dolosi:³⁸ lo si evince dal significato etimologico delle espressioni “servirono” e “furono destinate”, che esprimono un’intenzione finalistica dell’agente. Tuttavia, la teoria della compatibilità con i reati colposi,³⁹ è questione tutt’altro che risolta e verrà approfondita in questo lavoro, a tempo debito.

La confisca facoltativa è subordinata a due condizioni:⁴⁰ il procedimento penale si deve essere concluso con una condanna e la cosa non deve appartenere a persona estranea al reato (art. 240 co. 3 c.p.).

2.1.1. I presupposti di applicabilità: la pronuncia di condanna, il giudizio prognostico di pericolosità e la non appartenenza della cosa alla persona estranea al reato.

Sul tema dei presupposti di applicabilità preme svolgere alcune importanti puntualizzazioni.

Innanzitutto, sulla base del dato testuale, emerge che la confisca è applicabile nel caso di condanna irrevocabile ovvero, di sentenza pronunciata ai sensi dell’art. 444 c.p.p. Nel caso in cui non intervenga condanna viene meno il requisito soggettivo e non è consentita, in alcun caso, la confisca facoltativa come stabilito dalle Sezioni Unite Lucci.⁴¹ Dunque, è richiesta la sussistenza di una

³⁸MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, op. cit.

³⁹ Cfr. *infra* § 2.1.3; ALESSANDRI, op. cit.; MAUGERI, op. cit.; VERGINE, voce *Confisca*, in *Dig. Disc. Pen.*, 2016; in senso difforme, SPIZUOCO, *L’interpretazione dell’art. 240 c.p. e la pericolosità*, 1972.

⁴⁰ Cfr. *infra* § 2.1.1.

⁴¹ MENDITTO, LATTANZI (presentazione di), *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali. Aspetti sostanziali e processuali*, Vol. 1, 2019, p. 108; cfr. S.U. 31617/2015, Lucci. Invero nella

sentenza di accertamento della responsabilità penale. Secondo parte della dottrina sarebbero da escludere dal novero delle sentenze che costituiscono presupposto della confisca, quelle di condanna per delitti colposi e quelle per contravvenzioni commesse per colpa perché la sussistenza di tale elemento psicologico escluderebbe la necessità di un provvedimento con effetti special-preventivi.⁴² In relazione al procedimento per decreto, invece, l'art. 459 c.p.p. non fa alcun riferimento alle misure patrimoniali, quindi si è dedotto che può comportare l'irrogazione della confisca.⁴³

Sulla applicazione della pena su richiesta delle parti,⁴⁴ invece, la stessa *littera legis* ha previsto la possibilità di applicare la misura patrimoniale dopo la modifica del co.1 dell'art. 445 c.p.p. ad opera della l. n. 34 del 2003, che ha introdotto il cd. patteggiamento allargato.⁴⁵

Procedendo verso gli ulteriori criteri applicativi, quello della rilevanza della pericolosità come presupposto essenziale della confisca è un problema ricorrente.⁴⁶

Il problema nasce dal fatto che le figure di confisca sarebbero tendenzialmente finalizzate a scopi preventivi ed è logico ritenere che esse, anche per evitare estensioni indiscriminate della misura, colpiscano persone o cose connotate da un carattere di pericolosità, rispetto alle quali si pone l'esigenza di un intervento ablativo. Ecco che anche il problema della pericolosità come presupposto necessario della confisca viene a dipendere dalla natura giuridica e dalla funzione che alla singola figura di confisca viene di volta in volta attribuita.

In generale, com'è noto, la pericolosità sociale della persona, consistente nella probabilità che essa commetta nuovi fatti preveduti dalla legge come reato, è il presupposto essenziale per l'applicazione delle misure di sicurezza, da accertarsi, in concreto.

Nella difficoltà di riferire alla persona quell'elemento di pericolosità spesso ritenuto essenziale al fine di giustificare la funzione special-preventiva della

giurisprudenza di merito, si è affermato che possa essere disposta anche in presenza di una sentenza di proscioglimento per intervenuta prescrizione del reato, Corte d'Assise d'Appello di Milano, sez III, n. 45/2018; sul punto cfr. *infra* § 2.3.

⁴² VERGINE, op. cit.

⁴³ SALTELLI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *NN. Dig. It.*, 1959.

⁴⁴ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, op. cit., 836; VERGINE, op. cit., 13.

⁴⁵ Cfr. l. n. 34/2003.

⁴⁶ NICOSIA, op. cit., 86.

confisca, soprattutto in passato, la dottrina ha sostenuto la tesi dell'inclusione tra i presupposti della confisca, e in particolare di quella codicistica facoltativa, della pericolosità della cosa, cd. "pericolosità reale".⁴⁷ Il presupposto della pericolosità della cosa non è infatti previsto esplicitamente a livello normativo.⁴⁸

L'inclusione della pericolosità della cosa tra i presupposti della confisca è stata ampiamente criticata, essendosi obiettato che la pericolosità non sarebbe un carattere connaturatamente insito in alcuna delle cose generalmente colpite dalla confisca facoltativa. A tale obiezione, si è ribattuto che la pericolosità della cosa sarebbe da intendersi non come una caratteristica intrinseca della cosa, bensì come connotato che scaturisce dalla permanenza della cosa nelle mani di colui che ha commesso un reato, il quale, da tale permanenza nella propria disponibilità, potrebbe essere materialmente e psicologicamente indotto alla commissione di ulteriori reati.⁴⁹ È evidente come il problema dell'eventuale necessità di accertamento della pericolosità della cosa, si pone in relazione alla confisca degli *instrumenta sceleris* e a quella del profitto e del prodotto del reato, la quale, a norma dell'art. 240, è di applicazione facoltativa: la pericolosità della cosa viene infatti tradizionalmente indicata proprio come l'elemento determinate, per il giudice, al fine di orientare il proprio potere discrezionale in merito all'applicazione o meno della confisca.⁵⁰

Occorre formulare un giudizio prognostico positivo di pericolosità derivante dal mantenimento della *res* nella disponibilità dell'imputato. Tale giudizio discende dalla natura di misura di sicurezza della confisca in esame che tende a prevenire la consumazione di futuri reati mediante la sottrazione della disponibilità di cose che, in quanto strettamente collegate all'esecuzione di illeciti penali e strutturalmente funzionali alla commissione di reati, renderebbero possibile la commissione di un altro reato. Il giudizio va formulato anche a prescindere dalle caratteristiche

⁴⁷ Cfr. GRASSO, art. 199-240, in ROMANO, GRASSO, PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, ed. 3, Milano, 2011, 618.

⁴⁸ FORNARI, op. cit., 1997, parla di "presupposto-ombra".

⁴⁹ MASSA, op. cit., 983; v. anche FROSALI, secondo cui la pericolosità della cosa «passa al soggetto», non nel senso che sia necessario un giudizio sulla pericolosità sociale, ma è la cosa che va riguardata nella sua eventuale idoneità a costituire fattore di pericolosità, qualora lasciata nelle mani del reo; NICOSIA, op. cit., 93, parla di "pericolosità relazionale".

⁵⁰ GRASSO, op. cit., 2011, 618; cfr. in senso critico all'assenza di parametri legislativi da cui desumere la pericolosità della cosa MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, 2001.

strutturali della cosa, valutando, comunque la personalità del reo e le modalità di realizzazione del reato. Si deve verificare se, in questa prospettiva, il mantenimento della *res* nella disponibilità del reo consenta di formulare o meno un giudizio di pericolosità con riguardo al rischio di reiterazione dell'attività illecita,⁵¹ in conformità al disposto dell'art. 203 c.p., secondo cui il giudizio di pericolosità sotteso alla misura di sicurezza della confisca, va espresso avendo riguardo, non solo alla cosa, ma anche e soprattutto alla personalità del reo e alle modalità di realizzazione del fatto incriminato.⁵²

Questo concetto di pericolosità viene però criticato: la pericolosità oggettiva diventa tributaria dei criteri di pericolosità personale, realizzando una nozione ibrida, disposta a riempirsi di scelte fortemente soggettive, che costituiscono comprovati modelli di infiltrazioni di tecniche repressive, agevolate dalla semplificazione delle forme processuali.⁵³

Il concetto di pericolosità ricopre un ruolo particolarmente importante e significativo. Va detto che è certamente vero che astrattamente potrebbe ammettersi il carattere non unitario della nozione di pericolosità accolta dal legislatore;⁵⁴ tuttavia, la qualificazione in termini di misura preventiva impone di rintracciare la fattispecie di pericolosità rilevante per l'applicazione della misura, indagando, ove necessario, la stessa nozione presente in altre misure.

Secondo autorevole dottrina, per delimitare il concetto di pericolosità, stante l'ampio alone di genericità intorno alla nozione, sarebbe opportuno procedere in negativo.⁵⁵ In questo senso, si deve rimarcare la generale previsione di inapplicabilità della confisca facoltativa nel caso che l'illecito sia stato commesso da un soggetto prosciolto perché non imputabile o non punibile, anche se pericoloso. La conclusione deriva dal fatto che la legge richiede per la confisca facoltativa la pronuncia di una sentenza di condanna, come anticipato. Da questa impostazione ne discende che la confisca facoltativa, come quella obbligatoria, seguirebbe un percorso ben diversificato rispetto a quello delle altre misure di

⁵¹ Cfr. FORNARI, op. cit.; MASSA, op. cit.

⁵² Cfr. S.C. 47312/2011, 838/2014.

⁵³ ALESSANDRI, op. cit.

⁵⁴ MASSA, op. cit., 983

⁵⁵ ALESSANDRI, op. cit., il quale raffronta il concetto con caratteri esistenti in altre branche del diritto; sulla questione, v. in dottrina anche MUSCO, TAGLIARINI, BANDINI.

sicurezza, le quali tradizionalmente seguono l'andamento della pericolosità, e non già quello della punibilità. In realtà, dietro il velo delle puntualizzate finalità preventive è riscontrabile, invero, la persistenza di quella matrice punitiva storica e tradizionale, nella quale la confisca svolgeva un ruolo ancillare rispetto alle altre sanzioni punitive, così assumendo contorni di una pena patrimoniale particolarmente afflittiva, alla luce della sua intrinseca indeterminatezza.⁵⁶

Non si può trascurare che nelle ipotesi di confisca facoltativa, la valutazione discrezionale affidata al magistrato sembrerebbe sensibilmente diversa da quella prevista per le misure personali. Quei profili di incertezza che segnano le fattispecie di pericolosità non possono non accentuarsi rispetto a valutazioni, come quella *ex art. 240 co.1*, che, mentre sono sganciate dai criteri di cui all'*art. 133 c.p.*, non presentano alcun punto di riferimento normativo. In questa ottica, se non si vuole vanificare il corretto richiamo all'esigenza di motivare la decisione di procedere o meno alla confisca,⁵⁷ imposta da garanzie di controllo successivo delle decisioni e di rispetto della legalità, occorre per forza individuare parametri sufficientemente concreti ed univoci.⁵⁸ I criteri, di fronte al silenzio offerto dalla norma, sono essenzialmente ripresi dalla elaborazione della dottrina ottocentesca. Le ragioni della confisca dovrebbero rinvenirsi nella necessità di sottrarre al reo quelle cose, connesse al reato, che potrebbero costituire stimolo di perpetrazione di altri reati.⁵⁹ In altre parole, la finalità special-preventiva sarebbe perseguita mediante la neutralizzazione di quelle cose che potrebbero costituire un rinforzo motivazionale a future scelte criminose. Non sembra, comunque, che possa nascondersi che la prognosi sul reo torni a fare capolino,⁶⁰ nel momento in cui ci si chiede quale sarà la probabilità di osservanza dei precetti penali se il reo continuasse a disporre di certi beni. Le cose in sé non possono avere alcun potere di rinforzo se non in relazione allo specifico orientamento psicologico e comportamentale del soggetto, valutato su elementi concreti. Ed allora la cd. pericolosità oggettiva, se risulta priva di parametri valutativi suoi propri, è in fondo tributaria, seppur genericamente, di

⁵⁶ MASSA, *op. cit.*; ALESSANDRI, *op. cit.*; FONDAROLI, *op. cit.*, 2007

⁵⁷ Cfr. Cass. 231/1982; Cass. 61/1980.

⁵⁸ ALESSANDRI, *op. cit.*

⁵⁹ GULLO, voce *Confisca*, in *Giust. Pen.*, II, 1981.

⁶⁰ DE FRANCESCO, *Le misure di prevenzione patrimoniali*, in *Codice Penale. Parte generale*, III, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, BRICOLA E ZAGREBELSKI (diretto da), Torino, 1984

quelli della pericolosità personale: emergerebbe, nel complesso, una nozione ibrida tra prevenzione e repressione.⁶¹

Circa il terzo presupposto, e cioè che solo i beni appartenenti al reo possono essere oggetto di confisca fatti salvi i diritti dei terzi su tali cose,⁶² il concetto di appartenenza ha creato un vivace dibattito. Infatti, ai sensi del co. 3 dell'art. 240 c.p., la confisca delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e di quelle che ne costituiscono il prodotto, il profitto o il prezzo è vietata qualora esse appartengano ad un terzo, estraneo al reato.⁶³

Per comprendere la portata della disposizione, è necessario precisare i concetti di “appartenenza” e di “estraneità al reato”.⁶⁴

Riguardo il concetto di appartenenza,⁶⁵ si sono formati due distinti orientamenti, l'uno restrittivo e prevalente, il secondo dal respiro più ampio ma minoritario. Secondo la giurisprudenza maggioritaria, il concetto di appartenenza riguarda esclusivamente il diritto di proprietà. Secondo altra parte della giurisprudenza e della dottrina, esso ingloberebbe anche i diritti reali di garanzia e di godimento, i quali, dunque, impedirebbero l'ablazione in favore dello Stato.

Stando al primo orientamento,⁶⁶ nella nozione di appartenenza dovrebbe includersi solo il diritto di proprietà, perché ai fini della confisca non può rilevare una nozione di proprietà diversa da quella civilistica.⁶⁷

In base all'opinione prevalente il concetto di appartenenza deve essere interpretato come titolarità di un diritto di proprietà sulla cosa, e non con quello civilistico di titolarità di un diritto. Questa interpretazione restrittiva si giustifica

⁶¹ ALESSANDRI, op. cit.

⁶² MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, op. cit.; ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, L. Conti (a cura di), 2003.

⁶³ MANZINI, op. cit., secondo cui la *ratio* della previsione è quella di tutelare il diritto di proprietà del terzo, non solo quando le cose gli appartenevano al momento del reato, ma anche quando le abbia acquistate successivamente senza sospettare della illecita provenienza.

⁶⁴ ALESSANDRI, op. cit.; VERGINE, op. cit.; MASSA, op. cit.; MAUGERI, op. cit.

⁶⁵ Sul concetto di appartenenza, la giurisprudenza incline a far coincidere il concetto con quello di proprietà si limita, peraltro, sul piano probatorio, all'accertamento della mera detenzione, cfr. Cass. Pen. 734/1986, *infra* §.

⁶⁶ ALESSANDRI, op. cit.

⁶⁷ In senso difforme MAUGERI, op. cit. e CHIAROTTI, secondo i quali, il concetto di appartenenza deve essere interpretato come titolarità di un diritto di proprietà sulla cosa, e non con quello civilistico di titolarità di un diritto. Si giustifica questa interpretazione restrittiva con la necessità di sottrarre la proprietà della cosa al penalmente responsabile anche quando i terzi siano usufruttuari, locatari o usuari della res, altrimenti si finirebbe per consentire al reo un'indisturbata detenzione di cose “pericolose”, cfr. *infra* §.

con la necessità di sottrarre la proprietà della cosa al penalmente responsabile anche quando vi siano terzi usufruttuari, locatari o utenti della *res*, altrimenti si finirebbe per consentire al reo, comunque, una continuità nella disponibilità delle cose. Il terzo continuerebbe a conservare il suo diritto sul bene divenuto di proprietà dello Stato poiché il diritto trasferito allo Stato troverebbe i suoi limiti in quello spettante all'imputato, e nemmeno possono attribuirsi al provvedimento giurisdizionale costitutivo della misura, ulteriori effetti rispetto a quelli della sfera patrimoniale delle parti del rapporto processuale.

Dunque, mentre assecondando l'eccezione più ampia si consentirebbe la circolazione di cose potenzialmente pericolose, appoggiando l'orientamento più restrittivo, verrebbero comunque tutelati i diritti dei terzi.⁶⁸ In tal caso, infatti, si creerà una sorte di comunione tra Stato e terzo, come accennato nelle righe che precedono.

Sulla questione si sono pronunciate le Sezioni Unite della Corte di Cassazione che hanno precisato che i diritti reali di garanzia di un terzo gravanti sul bene confiscato sono immuni dal pregiudizio tipico del provvedimento ablativo anche se il terzo abbia tratto un obiettivamente un vantaggio dal reato, ogni qual volta il terzo provi di trovarsi nella posizione di buona fede e di affidamento incolpevole.⁶⁹

L'appartenenza, poi, si accerterà in sede di merito al fine di tutelare le ragioni del terzo in buona fede. Un simile ragionamento, ovviamente, può valere solo in relazione al profitto.

La formale intestazione del bene a terzi non impedisce che si possa procedere alla confisca quando sia accertata la piena disponibilità *de facto* da parte del reo ovvero quando elementi fattuali ne rivelino un'intestazione fittizia. Sul punto, la giurisprudenza incline a far coincidere l'appartenenza del bene con la proprietà, si limita, sotto il profilo probatorio, all'accertamento riguardo la mera detenzione e, conseguentemente, in mancanza di prova contraria, la mera detenzione da parte del reo deve far ritenere quest'ultimo proprietario della cosa.

⁶⁸ TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, in *Itinerari di diritto penale*, 2020, 56.

⁶⁹ Cass. Sez. un., 28 febbraio 1999, Bacherotti, in *Mass. Uff.*, n. 213511.

La Corte Costituzionale, in osservanza delle fonti sovranazionali dalla Convenzione di Vienna del 1988 e di Strasburgo del 1990 sino alla direttiva n. 2014/42/UE che impongono la tutela dei diritti dei terzi in buona fede, ha stabilito che, fatte salve quelle ipotesi in cui si verifica una illiceità obiettiva delle cose, il principio di personalità della responsabilità penale esclude che possa disporsi la confisca di cose pertinenti al reato che, al momento della decisione del giudice, siano di proprietà di un soggetto che non sia l'autore del reato o non ne abbia tratto in alcun modo profitto.⁷⁰

In conformità a tali principi, l'art. 240 c.p. sancisce che le cose oggetto della confisca facoltativa non debbano appartenere a "persone estranee al reato". Il concetto di estraneità non è limitato all'assenza di concorso nella consumazione del reato ma si estende anche all'assenza di benefici derivanti dallo stesso, cosicché non può ritenersi estraneo colui che abbia comunque tratto vantaggio.⁷¹

In particolare, dal punto di vista della struttura, pare necessario verificare se l'estraneità del terzo si configuri soltanto allorché il terzo non abbia fornito alcun apporto causale alla commissione del reato od anche nel caso in cui pur essendo la condotta del terzo causalmente determinante all'evento del reato, essa non sia colpevole, oppure non sia antigiuridica. Dunque, laddove si ritenga che il concetto di estraneità coincida con l'assenza di responsabilità penale del terzo in relazione al reato, essa ricorrerebbe non solo nel caso in cui non sussista nesso causale tra la condotta e il reato, ma anche nel caso in cui, pur essendoci detto nesso, non sussista l'elemento psicologico in capo al terzo. Qualora, invece, si prediliga la seconda ipotesi, bisognerebbe affermare che anche in caso di presenza di nesso causale, ma di assenza di elemento psicologico in capo al terzo, quest'ultimo non sarebbe estraneo ma solo irresponsabile. Potrebbe doversi ritenere che il terzo in buona fede non sia necessariamente estraneo al reato,⁷² poiché questa qualità ricorre nel caso

⁷⁰ MAUGERI, op. cit.; cfr. Corte Cost. n. 1/1997.

⁷¹ In tale direzione, era prevista la stessa disposizione nei Progetti di riforma Grosso e Palazzo.

⁷² In senso difforme, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, op. cit.; non mancano pronunce in giurisprudenza, da ultimo, Cass. Sez. V, 26 maggio 2017, n. 42778, secondo cui rientra nella nozione di «estraneo al reato», il soggetto che non ha concorso alla commissione del reato, né ha tratto vantaggio dall'altrui attività criminosa, serbando una condotta in buona fede; nello stesso senso cfr. Cass. Sez. III 17 febbraio 2017, n. 29586.

in cui sia assente il nesso tra la condotta e l'evento del reato, e non anche nel caso in cui sia escluso il solo elemento psicologico.

Ricapitolando, si può affermare che in seno alla giurisprudenza di legittimità si sono formati due orientamenti in merito alla concezione di estraneità dal reato: talora nel senso della mancanza di qualsiasi collegamento, diretto o indiretto, con la consumazione del fatto di reato, cioè nell'assenza di qualunque contributo, ancorché non punibile;⁷³ talora, nel senso dell'impossibilità di considerare estraneo al reato il soggetto che abbia, comunque, tratto un vantaggio da esso.

Nella più recente giurisprudenza è prevalso questo ultimo orientamento. In particolare le Sezioni Unite, si sono pronunciate, rilevando come il secondo orientamento sia sorretto da univoci ed inequivoci dati interpretativi che concorrono a conformare la precisa portata del concetto di estraneità alla funzione dell'istituto, non potendo privilegiarsi la tutela del diritto del terzo allorché questo abbia tratto un vantaggio dall'attività criminosa, sebbene altrui, e dovendo, invece, riconoscere la sussistenza di un collegamento tra la posizione del terzo e il fatto criminoso.⁷⁴

Questa impostazione sarebbe altresì avallata dalle pronunce della Corte Costituzionale in tema di esclusione di compatibilità con l'art. 27 co. 1 Cost. delle norme che prevedono la confisca anche nel caso in cui le cose risultino di proprietà di chi non sia autore del reato o non ne abbia tratto profitto, così affermando, *a contrario*, la tesi che non considera estraneo al reato il soggetto che abbia tratto un vantaggio dalla condotta illecita del reo. Tuttavia, le Sezioni Unite, sottolineano la decisività, ai fini del calcolo di estraneità, della sussistenza della connotazione soggettiva identificabile nella buona fede del terzo, ossia nella non conoscibilità del rapporto di derivazione della propria posizione soggettiva dal reato commesso.

In relazione alla nozione di persona estranea al reato si deve osservare che la Suprema Corte italiana consente di applicare la confisca *ex art. 240 c.p.* alle persone giuridiche cui sia pervenuto il profitto del reato consumato dalla persona fisica, sul presupposto che la confisca non sia una sanzione penale ma una misura

⁷³ Cass. sez. I, 6 novembre 1995, Amadei, in *Mass. Uff.*, n. 201757.

⁷⁴ Cass. sez. II, 14 ottobre 1992, Tassinari, in *Mass. Uff.*, n. 193422; Cass. Sez. un., 28 febbraio 1999, Bacherotti, cit.

di sicurezza applicabile anche nei confronti di soggetti sforniti di capacità penale come gli enti.

In dottrina, e in base ad un diverso orientamento giurisprudenziale, emerge il timore che in tal modo si finisca per estendere la responsabilità amministrativa da reato in relazione a fattispecie per le quali non è prevista dal d.lgs. 231/2001, in violazione del principio di legalità. Si ritiene, per contro, che la sottrazione del profitto presso il terzo, compresa la persona giuridica, che lo abbia percepito, sia indipendente dalla sua responsabilità penale, in base alla considerazione per cui la confisca sarebbe uno strumento di riequilibrio economico e non una sanzione penale, e che il profitto del reato non può essere legittimamente detenuto da alcuno in quanto il crimine non costituisce un legittimo titolo di acquisto di diritto su beni.

Per stabilire, infine, se la cosa appartenga ad un terzo estraneo bisogna aver riguardo al momento del giudizio, per un'esigenza di attualizzazione del giudizio di pericolosità e di tutela del terzo acquirente in buona fede.

Nel caso di appartenenza *pro quota* della cosa a un terzo estraneo al reato, la confisca riguarderà solo il diritto del condannato, ammettendo però la confisca dell'intero anche quando, in caso di comproprietà del bene, è dimostrato che esso sia comunque nella disponibilità dell'indagato.

In conclusione, la definizione contenutistica del concetto giuridico dell'estraneità del terzo pare variare laddove in luogo delle ipotesi in cui l'oggetto costituisca cosa servita o destinata a commettere il reato vengano considerate le ipotesi in cui l'oggetto sia costituito dal prodotto, dal profitto o dal prezzo.

2.1.2. L'oggetto: gli strumenti del reato e il prodotto o il profitto del reato e il nesso di pertinenzialità.

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

La confisca degli strumenti del reato presenta alcuni profili problematici legati alla difficoltà di delimitare il suo ambito di applicazione, che può cambiare

in base al modo di intendere, da una parte, il nesso tra lo strumento e il reato, e dall'altra, la sua funzione.⁷⁵

L'art. 240 c.p. e molte forme di confisca speciale consentono anche la sottrazione delle cose destinate a commettere il reato, e cioè i mezzi predisposti dall'autore per la consumazione dello stesso ma concretamente non utilizzati. Si richiede, perciò, un nesso essenziale rispetto al progettato piano delittuoso e non un mero rapporto di occasionalità.⁷⁶

La differenza tra concetto di strumentalità, che connota le cose che servirono a commettere il reato, e di precostituzione dei mezzi, che furono destinati a commettere il reato, consente di sostenere che le prime consistano in ogni oggetto che fu, nel momento dell'esecuzione reato, materialmente utilizzato per commetterlo, mentre le seconde dovrebbero corrispondere a tutti gli oggetti che il reo abbia predisposto, prima della commissione, per perpetrare l'illecito penale. La scelta lessicale riportata dal legislatore, pertanto, potrebbe essere interpretata nel senso dell'intenzione di assoggettare alla misura sia i mezzi appositamente predisposti per la commissione del reato sia i mezzi che furono materialmente utilizzati per la perpetrazione dell'illecito, anche se non ordinati in anticipo per tale fatto criminoso.

Individuati i beni assoggettabili a confisca, trattandosi di confisca facoltativa, devono individuarsi i criteri di valutazione che il giudice deve utilizzare nell'esercizio del potere discrezionale.

La giurisprudenza di legittimità,⁷⁷ ha chiarito che per poter pronunciare la confisca facoltativa delle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato deve sussistere, tra esse e il reato in questione, un nesso di strumentalità non occasionale, cioè un rapporto stretto tra l'uso del bene e il reato. Deve sussistere un rapporto di asservimento tra la cosa e il reato, non essendo sufficiente che la cosa sia stata *condicio sine qua non* del reato così come si è consumato in concreto, ma occorre accertare uno stretto nesso strumentale che riveli effettivamente la possibilità di reiterazione di un'attività punibile. La Suprema Corte ha, però, talora

⁷⁵ MAUGERI, op. cit.; Id. *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*; TARTAGLIA, *La confisca penale*, in *Codice delle confische e dei sequestri*, 2012, 49.

⁷⁶ ALESSANDRI, op. cit.; MAUGERI, op. cit.

⁷⁷ Cass. Sez. VI, 19 marzo 1986, Tedeschi, in *Mass. Uff.*, n. 173822; da ultimo, Cass. Sez. VI, 5 novembre 2014, Moro e altri, in *Mass. Uff.*, n. 263111.

dato un'interpretazione più soggettivistica di tale nesso strumentale, che viene accertato in relazione alla personalità del reo: sarebbe sufficiente che la cosa abbia in qualche modo facilitato la realizzazione del reato e la loro detenzione sia collegata al pericolo di reiterazione della condotta delittuosa in base a una, seppur generica, prognosi di recidiva, finendo, come rilevato in dottrina, ad accentuare la natura repressiva della confisca.⁷⁸

Rileva, comunque, che il bene sia stato utilizzato in modo tale da far logicamente ritenere che, se lasciato nella disponibilità del reo, possa essere nuovamente utilizzato per commettere reati. Dovrebbe concludersi, quindi, che le cose destinate alla commissione del reato sarebbero soggette alla confisca facoltativa anche se, nel momento della consumazione dell'illecito, non furono poi effettivamente utilizzate.

Secondo la giurisprudenza della Cassazione penale, ai fini della confisca facoltativa, possono considerarsi destinate a commettere il reato tanto le cose intrinsecamente funzionali alla realizzazione dell'illecito, quanto gli oggetti modificati dall'agente allo scopo di assicurarne la specifica idoneità, non rilevando in tal modo l'eventualità che tali oggetti conservino anche la funzionalità originaria e restino utilizzabili per finalità non delittuose.⁷⁹

Il concetto del prodotto del reato, la cui autonomia procede anche attraverso la sua distinzione dal profitto dello stesso, parrebbe essere individuato nelle conseguenze fisiche o giuridiche dello stesso, o più in generale nella modificazione della realtà, che si determina in conseguenza del reato e ne costituisce il risultato.⁸⁰

Il prodotto del reato rappresenta, ad avviso delle Sezioni Unite Chabni, il risultato empirico dell'illecito, cioè il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita: le cose create, trasformate, adulterate o acquisite mediante il reato.

La determinazione della nozione di profitto confiscabile rappresenta un profilo delicato della normativa in esame. In base all'orientamento giurisprudenziale prevalente⁸¹ il profitto del reato deve essere identificato con un

⁷⁸ Cass. 12 gennaio 2001, D'Agostino, in *Mass. Uff.*, n. 218425.

⁷⁹ Cass. Pen. sez. IV, n. 37888 del 2004.

⁸⁰ MAUGERI, op. cit., 2001, 122; GRASSO, op. cit., 2011; ALESSANDRI, op. cit.; in giurisprudenza, sez. un. 3 luglio 1996, Chabni.

⁸¹ Cass. Sez. un. 25 giugno 2009, Caruso, in *Mass. Uff.*, n. 244189.

beneficio aggiuntivo di tipo patrimoniale, pertinente al reato secondo un rapporto causa – effetto, nel senso che il profitto deve essere una conseguenza economica immediata ricavata dal fatto di reato. Deve essere individuabile un vantaggio che per essere tale deve rappresentare un risultato conseguito e deve essere un risultato positivo, cioè un'utilità ulteriore rispetto a quelle che l'ente aveva anteriormente all'illecito.⁸²

Le Sezioni Unite Caruso, hanno stabilito che costituisce un principio consolidato il fatto che il profitto del reato presuppone l'accertamento della sua diretta derivazione causale della condotta dell'agente. Il parametro della pertinenzialità al reato del profitto rappresenta l'effettivo criterio selettivo di ciò che può essere confiscato. Con questa definizione le Sezioni Unite fanno pacificamente rientrare nella nozione di profitto confiscabile anche i surrogati, cioè i beni in cui l'originario profitto, di diretta derivazione causale del reato, è stato investito, escludendo sostanzialmente le ulteriori utilità e cioè gli importi risultanti da investimenti successivi delle somme in altre attività lecite o i proventi di attività ulteriori estranee alla struttura essenziale del reato.

La Suprema Corte considera confiscabili direttamente i crediti purché certi, liquidi ed esigibili.

Una ulteriore questione dibattuta attiene alla possibilità di confiscare il risparmio di spesa derivante dalla consumazione del reato ed eventualmente se attraverso la confisca diretta o attraverso la confisca per equivalente. La Suprema Corte a Sezioni Unite⁸³ ha precisato che la confisca del risparmio di spesa presuppone un ricavato comunque acquisito, che non venga decurtato dei costi che si sarebbero dovuti sostenere. Secondo questa interpretazione, per poter parlare di profitto come risparmio di spesa, sarebbe necessario individuare un risultato economico positivo concretamente determinato dalla contestata condotta.

⁸² Sez. Un. 27 marzo 2008, FisiaItalimpianti SpA e altri, in *Mass. Uff.*, n. 239924.

⁸³ Il riferimento è, dunque, ad un profitto materialmente conseguito, benché superiore a quello sarebbe stato lucrato senza il risparmio di spese dovute, Sez. un. FisiaItalimpianti SpA; in senso conforme, cfr. Cass. Sez. IV, 17 giugno 2010, Impregilo, n. 35748; successivamente, in giurisprudenza, per ciò che riguarda la nozione nei reati tributari, il profitto confiscabile può anche consistere in un risparmio di spesa, come quello derivante dal mancato versamento di un tributo, Sez. un. 31 gennaio 2013, Adami.

Una delle questioni più dibattute dalla recente giurisprudenza in relazione alla nozione di profitto confiscabile, è quella relativa alla determinazione del carattere lordo o netto dello stesso profitto. Le Sezioni Unite sono intervenute nella celebre pronuncia Fisia Italimpianti accogliendo, in partenza, il principio del lordo, per poi affermare che, laddove si svolga un'attività sinallagmatica in base ad un contratto ritenuto valido, il profitto non può essere sottratto indistintamente, costituendo il corrispettivo di una prestazione regolarmente eseguita dall'obbligato, pur se il contratto non sarebbe stato stipulato in mancanza della truffa. Non si distingue tra profitto lordo o netto, così come in una concezione aziendalistica, ma tra profitto lecito o illecito. Tale soluzione, viene mitigata dall'affermazione del principio in base al quale il profitto confiscabile è «concretamente determinato al nesso dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico con l'ente».⁸⁴ Questo orientamento, secondo parte della dottrina⁸⁵, non è accettabile perché questa nozione di "effettiva utilità" è difficilmente calcolabile, tale da rendere impossibile la confisca del profitto derivante dal cosiddetto reato-in-contratto a prestazioni sinallagmatiche.

L'orientamento inaugurato dalle Sezioni Unite è stato, tuttavia, pedissequamente seguito dalla giurisprudenza successiva.

2.1.3. Nesso di pertinenzialità e compatibilità con i reati colposi.

Parte della dottrina⁸⁶ ha ritenuto che il tenore letterale dell'art. 240 c.p., nella parte in cui indica, quali *instrumenta sceleris*, le cose che servirono o verosimilmente furono destinate a commettere il reato, induce a ritenere che la confisca non possa essere applicata nel caso di reati colposi perché si tratta di espressioni lessicali che contengono, intrinsecamente, il concetto di consapevolezza, come noto, estraneo ai reati colposi.

Nel passato è stata esclusa, tradizionalmente, l'applicazione della confisca facoltativa in relazione al reato colposo in quanto non ci "si serve" delle cose per

⁸⁴ Sez. un. 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti SpA, in *Mass. Uff.*, n. 239924.

⁸⁵ La posizione dottrinale, sostenendo una concezione strutturale di profitto per componenti, consente la deducibilità solo dei costi realizzati per prestazioni lecite, cfr. MAUGERI, op. cit., 2015; FORNARI, op. cit., 1997; ALESSANDRI, op. cit.

⁸⁶ GRASSO, op. cit., 2011.

cagionare l'evento non voluto, né la si "destina" a commettere il reato chi agisce colposamente, mancando, in questa ultima nozione, una consapevole utilizzazione del mezzo finalizzato alla commissione dell'illecito. In altre parole, mancherebbero dei parametri esplicativi della tipologia dei reati colposi, che consentano di limitare la confisca ai mezzi di estrinsecazione della mancanza oggettiva di diligenza. In più, da un delitto colposo non potrebbe derivare all'agente un prodotto o un profitto del reato.⁸⁷ In realtà, in ottica diversa, proprio il reato colposo potrebbe configurare l'ipotesi in cui realizzare quella pericolosità del rapporto reo – cosa, presupposto della confisca facoltativa *ex art. 240 c.p.*⁸⁸

In breve, fino a questo punto. La formula legislativa ha fatto sorgere il problema della compatibilità con i reati colposi, accedendo alla tesi di una necessaria intenzionalità che trasparirebbe dalla scelta dei verbi soprariportati.⁸⁹ Secondo autorevole dottrina, chi condivide l'opinione negativa, in realtà, non terrebbe dovuto conto che la locuzione risalirebbe ad epoche nelle quali la tipologia colposa era estremamente esigua.⁹⁰

Tuttavia, sembrerebbe che, nonostante la formulazione relativa ai mezzi non sia logicamente inconciliabile con gli illeciti colposi, la figura sia stata formulata avendo presente solo quelli dolosi:⁹¹ dilatarne l'efficacia anche ai primi equivarrebbe ad una forzatura, più sostanziale che semantica. In più l'assenza di affidabili parametri, sembra porre ostacoli, sul piano della tassatività, ad una indiscriminata estensione della confisca.⁹² A questa impostazione si è obiettato che, pur se in relazione al verbo "destinare" con ogni probabilità manca il riferimento alla colpa, altrettanto non dovrebbe sostenersi in relazione al verbo "servire", così che ci sarebbe compatibilità rispetto all'utilizzo colposo della *res*.⁹³

Semmai, le obiezioni all'applicazione della confisca nel reato colposo, più che da ragioni di incompatibilità strutturale, possono derivare da esigenze di

⁸⁷ ALESSANDRI, *op. cit.*

⁸⁸ MAUGERI, *op. cit.*, 2015.

⁸⁹ MANZINI, *op. cit.*; in senso difforme e affermativo all'inclusione, SPIZUOCO, *L'interpretazione dell'art. 240 e la pericolosità*, 1972; MAUGERI, *op. cit.*, 2001.

⁹⁰ ALESSANDRI, *op. cit.*

⁹¹ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *op. cit.*

⁹² Cass. 7 giugno 1972, Giovannoni, in *Cass. Pen.*, 1973.

⁹³ ALESSANDRI, *op. cit.*; SPIZUOCO, *op. cit.*

opportunità politico-criminale, perché la confisca potrebbe rivelarsi eccessivamente afflittiva rispetto a un reato colposo.⁹⁴

2.2. L'ipotesi di confisca obbligatoria. L'art. 240 co. 2 c.p.

Come anticipato, quanto alla tradizionale disciplina codicistica contenuta nell'art. 240 c.p., vi troviamo due ipotesi di confisca: facoltativa, già analizzata nei suoi tratti fisionomici e applicativi, e obbligatoria, oggetto di approfondimento del paragrafo che segue.

La confisca è obbligatoria nelle ipotesi di: cose che costituiscono il prezzo del reato; cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna.

Il prezzo del reato pare doversi individuare nell'utilità economica che viene corrisposta all'agente da un terzo quale retribuzione conseguente all'esecuzione del fatto illecito.⁹⁵ In materia, la dottrina ha individuato come il prezzo debba riferirsi alle somme consegnate al delinquente per determinarlo od istigarlo alla commissione del reato.⁹⁶

Inoltre, la confisca è obbligatoria quando il denaro costituisce il prezzo del reato, da intendersi quale compenso dato per indurre taluno a commettere il reato; diversamente, il provento dell'attività criminosa costituisce profitto del reato e pertanto non è soggetto a confisca obbligatoria ma va restituito in caso di patteggiamento della pena, secondo il dettato della Cassazione Penale.

2.2.1. L'oggetto e il presupposto di applicabilità: la pericolosità della cosa è *in re ipsa*?

Quanto all'oggetto della confisca obbligatoria, il co. 2 dell'art. 240, prevede tre ipotesi di beni confiscabili: al n.1, sono riportate le cose che costituiscono il

⁹⁴ MAUGERI, op. cit., 2015.

⁹⁵ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, op. cit.

⁹⁶ Si deve sottolineare che la nozione ha attirato l'attenzione degli interpreti nel quadro della tendenza ad inasprire l'istituto della confisca. Si tratta di estensioni applicative cui è difficile prestare adesione, vedi ALESSANDRI op. cit., 1989, il quale nel rimarcare la differenza tra profitto e prezzo, pone quest'ultimo all'interno della dinamica criminosa, come fattore che incide sulla motivazione a commettere il reato o a farlo cessare, non vi rientrerebbero i ricavi patrimoniali tratti dall'esecuzione del reato, riconducibili al profitto; cfr. *infra* §2.2.1.

prezzo del reato; al n.1-*bis*, i beni e gli 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*, 615 *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* nonché dei beni che ne costituiscono il profitto o il prodotto ovvero di somme di denaro, beni o altre utilità di cui il colpevole ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale profitto o prodotto, se non è possibile eseguire la confisca del profitto o del prodotto diretti; al n.2, le cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione costituiscono reato costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna.

Il prezzo, come accennato, costituisce il compenso, in denaro o un'altra utilità, che è stato dato per indurre, determinare o istigare un altro soggetto a commettere il reato, pertanto costituisce il corrispettivo dell'esecuzione.⁹⁷

La distinzione tra profitto o prezzo e il loro assoggettamento a due diverse forme di confisca, è stata criticata per non trovare una apprezzabile giustificazione nel quadro di una politica criminale improntata a far sì che il delitto non possa mai pagare.⁹⁸ La distinzione è stata, poi, superata dalla direttiva 2014/42/UE, che considera obbligatoria la confisca dei proventi del reato, concetto idoneo a ricomprendere tanto il prodotto e il profitto, quando il prezzo del reato.⁹⁹

Inoltre, il n.1-*bis*, introduce un'ipotesi speciale di confisca obbligatoria¹⁰⁰ dei beni che costituiscono il profitto o il prodotto dei reati informatici elencati.

⁹⁷ Si vedano, in dottrina, MANZINI, op. cit., 1948; MASSA, op. cit., 1961; TRAPANI, voce *Confisca* (in diritto penale), in *Enc. giur.*, VIII, Treccani, 1988; ALESSANDRI, op. cit., 1989; MAUGERI, op. cit., 2001; NICOSIA, op. cit., 2012; TRINCHERA, op. cit., 2020. In giurisprudenza, cfr. Cass. 3 luglio 1996, Chabni, in *Mass. Uff.*, n. 9149, sulla distinzione tra prodotto, profitto e prezzo, afferma che “il prodotto costituisce il risultato dell'attività illecita, il frutto del reato; il profitto rappresenta il vantaggio economico che deriva dal reato; il prezzo è costituito dal compenso dato o promesso per indurre, istigare o determinare il soggetto a compiere l'attività criminosa”.

⁹⁸ FORNARI, op. cit., 1997, secondo cui, in realtà, il regime di obbligatorietà troverebbe giustificazione ricorrendo all'argomento che se il prezzo del reato dovesse essere lasciato al colpevole è prevedibile che potrebbe rappresentare la spinta per la commissione di ulteriori reati; nello stesso senso cfr. MASSA, op. cit.

⁹⁹ L'art. 2 della direttiva stabilisce che, costituisce provento “ogni vantaggio economico derivato, direttamente o indirettamente, da reati” e “può consistere in qualsiasi bene e include ogni successivo reinvestimento o trasformazione di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile”.

¹⁰⁰ Cfr. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova, 2011, secondo cui l'ipotesi di cui al n.1-*bis* costituisce ipotesi speciale di confisca prevedendo la forma obbligatoria per beni per i quali l'ablazione sarebbe rimessa alla facoltatività del giudice, secondo la disciplina generale.

Come dinanzi accennato, la confisca dei beni indicati al n.2 del co. 2, è vietata, ai sensi del successivo quarto comma, laddove, congiuntamente, essi appartengono a persona estranea al reato e possano contemporaneamente essere consentiti mediante autorizzazione amministrativa.

Si apprezza la distinzione tra oggetti intrinsecamente pericolosi, categoria nella quale rientrano tutti gli oggetti contemplati dal n. 2 per i quali non è consentita alcuna autorizzazione amministrativa, da quelli occasionalmente pericolosi, per i quali questa caratteristica dipende dalla carenza dell'autorizzazione amministrativa prevista.

In linea generale, pare corretto ritenere che la confisca obbligatoria, nel caso in cui i beni in discorso appartengano a terzo estraneo al reato, sia esclusa non soltanto allorché al momento del fatto il terzo fosse titolare della necessaria autorizzazione, ma anche nell'ipotesi in cui questa gli venga rilasciata prima della pronuncia della confisca, o prima dell'esecuzione della stessa, che in tal caso dovrebbe essere revocata.¹⁰¹

Proprio l'accento alla obbligatorietà della confisca consente qualche ulteriore riflessione riguardo alla collocazione della figura nel sistema delle misure di sicurezza. È frequente in dottrina, infatti, l'opinione secondo la quale l'obbligatorietà del provvedimento rispecchierebbe una intrinseca pericolosità delle cose, valutata a priori dal legislatore.¹⁰² Sotto questo profilo verrebbe ribadito il parallelo con il dualismo tra accertamento e presunzione della pericolosità.

Possono dirsi di per sé pericolose le cose intrinsecamente criminose: cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione e alienazione costituiscono reato e non possono essere oggetto di autorizzazione amministrativa.

In questi casi, è evidente che la confisca viene attuata proprio a causa della pericolosità intrinseca dell'oggetto, così chiara da determinare l'illiceità penale della sua fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione. Infatti, la dottrina riconosce unanimemente alla confisca in questi casi la natura di misura di sicurezza senza ulteriori dibattiti a riguardo. In tale quadro, la confisca è prevista nei confronti

¹⁰¹ BARGI, CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, vol. 2., 2011, 712; la dottrina ha precisato che la confisca dovrebbe ritenersi vietata in assenza di prova di carenza del titolo amministrativo al momento dell'esecuzione della misura stessa, cfr. MELCHIONDA, *Disorientamento giurisprudenziale in tema di confisca*, 1977, 334.

¹⁰² MASSA, op. cit., 1961; ALESSANDRI, op. cit., 1989.

di chiunque, anche su cose appartenenti a persona estranea al reato. Se l'autorizzazione è possibile, la confisca si applica ed è obbligatoria, solo se la cosa appartiene a persona non estranea al reato. Limite invalicabile, quindi, anche per la confisca obbligatoria, è il principio di personalità della responsabilità.¹⁰³

A differenza delle cose previste nella prima ipotesi, la confisca obbligatoria del prezzo del reato suscita perplessità soprattutto in relazione alla sua obbligatorietà. Le cose che costituiscono il prezzo del reato, alla pari delle cose che servirono o furono utilizzate per commettere il reato e di quelle che ne sono il prodotto o il profitto, non sono necessariamente pericolose e la confisca, per giunta obbligatoria, non si potrebbe spiegare alla luce di un'esigenza di prevenzione difficilmente contemplabile in relazione a cose sprovviste del carattere di pericolosità intrinseca.¹⁰⁴

All'origine di questo orientamento, vi è l'opinione che la pericolosità dovrebbe essere riferita alla cosa nel senso che questa dovrebbe possedere l'idoneità a cagionare un danno. In realtà, però, raramente le cose che costituiscono il prezzo del reato si presentano come di per sé pericolose, dato che consistono prevalentemente in denaro o altre utilità materiali. Allora si ricercerebbero in esse inutilmente i segni di una pericolosità intrinseca, quale ad esempio quella che accompagna le cose la cui fabbricazione, uso, porto, detenzione o alienazione sono illeciti. Ma non è in questo senso che deve essere intesa la pericolosità delle cose che costituiscono il prezzo del reato.

L'interpretazione dell'art. 240 c.p.¹⁰⁵ induce a ritenere che la confisca obbligatoria, mentre colpisce cose di per sé pericolose, colpisce anche le cose che costituendo il prezzo del reato sono pericolose in senso diverso, lo stesso che colpisce alcuni oggetti confiscabili facoltativamente, come il prodotto o il profitto. Se il prezzo o il corrispettivo del reato dovesse essere lasciato nella disponibilità del colpevole, è prevedibile che da questo guadagno, il reo sarebbe spinto a commettere ulteriori reati. Infatti, si può legittimamente supporre che chi commette un reato per conseguirne un prezzo, qualora dovesse raggiungere questo unico fine,

¹⁰³ PULITANÒ, *Sullo statuto costituzionale delle confische*, in *Giur. Pen. web*, 2019, n.1, 7.

¹⁰⁴ La questione verrà approfondita nel cap. III.

¹⁰⁵ MASSA, op. cit., 1961; FIANDACA – MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, ed. VIII, Bologna, 2019, parla della pericolosità come "concetto relazionale", in forza del quale la pericolosità deve essere valutata in rapporto alla persona che la detiene.

conservando il denaro o il vantaggio materiale, potrebbe essere stimolato a compierne altri.

Queste ragioni consentono agevolmente di cogliere la *ratio* della scelta del legislatore di stabilire tassativamente per questa ipotesi l'obbligatorietà della confisca: la pericolosità è così evidente da rendere inutile il potere discrezionale del giudice.

2.3. La confisca obbligatoria in assenza di condanna. Il caso della sentenza dichiarativa di estinzione del reato nel dibattito giurisprudenziale e l'approdo dell'art. 578 bis c.p.p.

Una disciplina, tanto speciale quanto dibattuta, è riservata alla confisca in relazione all'efficacia delle cause estintive della punibilità. Il tema è particolarmente importante per apprezzare la natura della misura in esame, configurando la disciplina cesura netta rispetto alle sanzioni criminali.

Il problema dell'efficacia delle cause estintive è particolarmente tormentato soprattutto in relazione alla confisca obbligatoria. Si rileva nuovamente che l'avverbio "sempre" debba essere inteso, in riferimento al disposto del comma 1, solo e semplicemente come sintetica statuizione del carattere obbligatorio del provvedimento, nel senso di sottrarre al magistrato qualsiasi margine di apprezzamento. Resta, dunque, fermo il requisito della sentenza di condanna quale condizione legittimante il provvedimento. Conclusione, questa, imposta sia dalla valutazione complessiva dei primi due commi sia per la tassativa, e non estensibile, previsione contenuta nel solo n. 2 del comma 2. Di conseguenza, anche le ipotesi in cui la confisca va "sempre" disposta devono innestarsi su una sentenza di condanna.¹⁰⁶

La regola riguarda, oltre che il prezzo del reato¹⁰⁷ e le altre figure obbligatorie, tutte le numerose ipotesi previste dalle leggi speciali.

¹⁰⁶ ALESSANDRI, op. cit., 1989; MAUGERI, op. cit., 2015

¹⁰⁷ A proposito, in favore dell'applicabilità della misura anche in assenza di condanna, deporrebbero tre argomenti formali: innanzitutto, la lettera dell'art. 240 co.2 c.p., il quale afferma che è "sempre" ordinata la confisca, diversamente da quello che stabilisce la lettera del co. 1; inoltre, l'art. 236 co. 2, estende alle misure di sicurezza patrimoniali, l'applicazione di alcune disposizioni in materia di misure di sicurezza personali, in particolare, richiama l'art. 205 co.1 c.p., che stabilisce che le "misure di sicurezza sono ordinate dal giudice nella sentenza di proscioglimento o di condanna";

Problemi sono sorti in relazione all'ammnistia, specie in relazione alle cose intrinsecamente pericolose di cui al n. 2 del comma 2: solo in questa ipotesi, infatti, si può fare a meno di una sentenza di condanna e tale non è l'ammnistia.

Ciò non vale, qualora si tratti di cose relativamente vietate, ossia la detenzione, fabbricazione, porto di cose che possono essere autorizzate, poiché in queste ipotesi viene a mancare la certezza della criminalità della condotta, e quindi della configurazione del reato, il cui accertamento è ostacolato dall'istituto dell'ammnistia stessa.

Dunque, la possibilità per il giudice di disporre la confisca nei casi in cui si tratti di confisca obbligatoria, ma non sia stata pronunciata una sentenza di condanna, costituisce un rilevante problema al centro di copiosa elaborazione giurisprudenziale. La rilevanza pratica del problema emerge nelle non rare ipotesi in cui il processo non si concluda con una condanna, ma con una sentenza che dichiara l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, in tal caso, rappresentando la confisca l'unica sanzione nei confronti dell'autore del reato.

Il legislatore sarebbe orientato nel senso dell'applicabilità della confisca anche in caso di prescrizione del reato. L'art. 210 co.1 c.p., stabilisce infatti la regola generale secondo cui «l'estinzione del reato impedisce l'applicazione delle misure di sicurezza». Questa regola, però, non vale per la confisca, secondo il dettato normativo disposto dall'art. 236 co. 2 c.p.

Sia pure in un quadro estremamente complesso e contrastato,¹⁰⁸ la prevalente giurisprudenza della Corte di Cassazione era in passato orientata nel senso della necessità di una condanna, e quindi dell'inapplicabilità della confisca obbligatoria, nei casi diversi da quelli del n. 2 co. 2 art. 240 c.p., qualora sia stata dichiarata l'estinzione del reato a seguito di prescrizione.¹⁰⁹

in fine si osserva che mantenere la misura della confisca, in casi in cui il reato sia stato obiettivamente commesso, anche se l'autore risulta non punibile, corrisponde allo scopo della norma, che mira a sottrarre alla persona il prezzo dell'attività illecita; in modo conforme, cfr. MANZINI, op. cit., 1948.

¹⁰⁸ Per una ricostruzione dettagliata, in dottrina e in giurisprudenza, cfr. per tutto, VERGINE, op. cit., 2016, 39 ss.

¹⁰⁹ In senso difforme in giurisprudenza, si è sostenuto che il giudice disponesse di poteri ablativi anche in caso di proscioglimento dal momento che sarebbe ingiusto reimmettere nel circuito economico beni di accertata provenienza illecita, cfr. Cass. Pen. sez. II, 25 maggio 2010, Pastore, in *CP*, 2011, 989; Cass. Pen. sez. I, 21 gennaio 2009, Squillante, in *CED*, n. 243027.

La questione è stata portata anche davanti alla Corte Costituzionale¹¹⁰ che ha sottolineato che un accertamento formale di responsabilità può essere contenuto anche in una sentenza che dichiara l'estinzione del reato per prescrizione: tale accertamento deve anzi essere presente nella sentenza perché possa essere disposta la confisca. In ogni caso, nell'ordinamento giuridico italiano, la sentenza che accerta la prescrizione di un reato non denuncia alcuna incompatibilità logica o giuridica con un pieno accertamento di responsabilità.

Alla linea aperta dalla citata sentenza della Corte costituzionale si è adeguata la Corte di Cassazione a sezioni unite nella nota Sentenza Lucci. Nel caso in cui il processo si concluda con una sentenza dichiarativa di estinzione del reato per prescrizione, la confisca potrà essere disposta a condizione che vi sia stata una precedente pronuncia di condanna: per quello stesso reato, deve essere stata pronunciata una condanna in primo grado o in appello. Secondo la Corte di Cassazione, il proscioglimento per intervenuta prescrizione non osta alla confisca del bene oggetto di lottizzazione abusiva, a condizione che il suddetto reato venga accertato, con adeguata motivazione, nei suoi elementi oggettivi e soggettivi.¹¹¹

Sul tema si è espressa anche la Corte Edu nel noto caso *Sud Fondi c. Italia* muovendo dal presupposto che le confisca possa talora assumere nella sostanza i connotati di una pena, come tale soggetta alle garanzie che la Convenzione riserva alla materia penale, la Corte di Strasburgo ha affermato che la sua applicazione mediante una sentenza che proscioglie l'imputato per intervenuta prescrizione del reato viola l'art.7 CEDU: la necessità di una dichiarazione di responsabilità da parte del giudice sarebbe imposta dal principio di legalità del reato e della pena.

Da ultimo, si registra però una svolta nella giurisprudenza della Corte Edu nel caso *G.I.E.M. e a. c. Italia*, in cui la Corte ha ammesso la possibilità della confisca, nel caso di specie urbanistica, anche nei casi in cui il reato sia stato dichiarato estinto per prescrizione, a condizione che il giudice abbia accertato, nella sostanza, la sussistenza di tutti gli elementi, oggettivi e soggettivi, del reato, nel caso di specie di lottizzazione abusiva. I giudici hanno sottolineato come sia

¹¹⁰ Corte Cost., 4 aprile 2008, n. 85; Corte Cost. n. 49/2015.

¹¹¹ La dottrina ritiene che la pronuncia non solo costituisca una deviazione dei confini legislativi in materia di confisca, ma sarebbe anche contraria alla giurisprudenza della Corte Edu, che ha già condannato, sul punto, l'Italia; cfr. in giurisprudenza Corte Edu, sez. II, 20 gennaio 2009, *Sud Fondi s.r.l. e altro*, *CP*, 2009, 3183.

“necessario guardare oltre le apparenze e il linguaggio adoperato e concentrarsi sulla realtà della situazione, e come, pertanto, la Corte sia legittimata a guardare oltre il dispositivo del provvedimento, e tenere conto della sostanza, essendo la motivazione una parte integrante della sentenza”.

La soluzione affermata in giurisprudenza in tema di confisca senza condanna trova ora una conferma nell'art. 578 *bis* c.p.p., introdotto nel 2018 e modificato nel 2019 con la cd. legge Spazzacorrotti. La disposizione stabilisce che quando è stata ordinata la confisca in casi particolari prevista dal co. 1 dell'art. 240 *bis* c.p. e da altre disposizioni di legge o la confisca prevista dall'art. 322 *ter* c.p. in materia di delitti contro la P.A. il giudice d'appello o la Corte di Cassazione, nel dichiarare il reato estinto per prescrizione o amnistia, decidono sull'impugnazione ai soli effetti della confisca, previo accertamento della responsabilità dell'imputato.¹¹²

2.3.1 Il dibattito giurisprudenziale sul tema della confisca in caso di sentenza dichiarativa di estinzione del reato: dalle pronunce interne alla giurisprudenza sovranazionale.

Una questione di particolare rilievo legata all'istituto della confisca, riguarda il rapporto con la sentenza di proscioglimento dell'imputato per decorrenza dei termini prescrizionali poiché uno dei presupposti tassativamente previsti dal legislatore è, per l'appunto, la sentenza di condanna.

La questione ha comportato diversi interventi della Suprema Corte che negli anni ha registrato due orientamenti.

Da un lato, si è ritenuto che l'opzione legislativa di non applicare alla confisca la disciplina *ex* art. 210 comporterebbe l'illegittimità dell'ablazione in caso di estinzione del reato. Solo ove vi sia una espressa previsione sussiste l'obbligo di sottrazione in caso di proscioglimento. Ad eccezione del n. 2 del comma 2, la sentenza di condanna è una condizione necessaria per l'operatività della confisca e, tra l'altro, l'avverbio “sempre” contenuto nel co. 2 dell'art. 240 c.p., secondo alcuni avrebbe solo la funzione di obbligare il giudice all'applicazione della misura.

¹¹² Per una ricostruzione dettagliata, cfr. TUZZI, *L'art. 578-bis c.p.p.: tra vecchi orientamenti pretori e nuove formulazioni codicistiche*, in *Discrimen*, 2019.

Dall'altro, si è sostenuto che il giudice disponesse di poteri ablativi anche in caso di proscioglimento dal momento che sarebbe ingiusto reimmettere nel circuito economico beni di accertata provenienza illecita, solo perché erano trascorsi i termini prescrizionali. Accertata, dunque, la sussistenza del fatto, il giudice avrebbe il potere di applicare la confisca anche in caso di estinzione del reato.

La *littera legis* deponeva in tal senso e a rafforzare questo orientamento vi era una pronuncia della Corte Costituzionale che considerava le sentenze di proscioglimento un *genus* comprensivo di pronunce che, pur non applicando una pena, comportano il riconoscimento della responsabilità dell'imputato come la declaratoria di estinzione per prescrizione.

La dottrina, in modo difforme, ritiene che la pronuncia in esame non solo costituisca una deviazione dei confini legislativi ma, altresì, si pone in aperto contrasto con i principi sanciti a livello sovranazionale, in particolare con la giurisprudenza della Corte Edu, che ha già condannato l'Italia sul punto.¹¹³ Nella nota sentenza del 2007, *Sudfondi c. Italia*, la Corte di Strasburgo, vagliando analiticamente la confisca, nella specie urbanistica, alla luce degli indicatori elaborati nel caso *Welch c. Regno Unito*, ha affermato la natura essenzialmente penale dell'istituto, sottolineando le caratteristiche tipicamente repressive della misura, con la necessità di uniformarla al dettato dell'art. 7 CEDU: conoscibilità e intelligibilità del precetto contenuto nella norma giuridica, e la prevedibilità delle conseguenze sanzionatorie.

Le Sezioni Unite sono intervenute due volte sulla questione, nella prima¹¹⁴ statuendo che, considerato il dato letterale e precisato che la condanna dell'imputato resta presupposto imprescindibile, l'avverbio "sempre" all'inizio del co. 2 dell'art. 240 c.p., rende obbligatoria una confisca che altrimenti sarebbe facoltativa per la portata generale del disposto del co.1 del succitato articolo. Solo nei casi di cui al n. 2 del co. 2, l'obbligatorietà è destinata ad operare a prescindere dalla sentenza di condanna.

¹¹³ Cfr. Caso *Sudfondi*.

¹¹⁴ Cfr. Cass. sez. un., 25 marzo 1993, *Carlea*, n. 5, afferma che l'applicazione della confisca presuppone una sentenza di condanna e che la misura, pertanto, non può essere ordinata in caso di estinzione del reato.

L'impossibilità di applicare la confisca in assenza di condanna deriva dai limiti di cognizione posti al giudice dall'obbligo di immediata declaratoria di cause di non punibilità, perché al giudice sarebbe richiesto di andare oltre i limiti cognitivi della particolare fase processuale nella quale viene dichiarata l'estinzione del reato. Per questa ragione, solo per le *res* intrinsecamente illecite è previsto l'obbligo di confisca anche in difetto di condanna.

Nella seconda e isolata pronuncia,¹¹⁵ si è assistito ad un'inversione di rotta disapplicando il principio enunciato in precedenza perché non dotato di carattere generale, ma dettato per il caso specifico trattato.

Nel 2008, le Sezioni Unite intervengono nuovamente nel caso De Maio¹¹⁶ per riaffermare il principio in vigore dal 1993.

Pur accogliendo le conclusioni della pronuncia Carlea, le Sezioni Unite hanno ritenuto necessario discostarsi dal precedente per un punto della motivazione rispetto al quale hanno formulato un lungo *obiter dictum*. In particolare, le Sezioni Unite sottolineano che l'affermazione contenuta nella sentenza del 1993, con riferimento ai limiti cognitivi connaturati nella particolare fase processuale cui andrebbe incontro il giudice qualora fosse chiamato a disporre la confisca nel caso di estinzione del reato, si precisa che questa motivazione vada ripensata e aggiornata, soprattutto alla luce di un sistema processuale che è andato incontro a «molteplici modifiche ed incisive evoluzioni giurisprudenziali». Innanzitutto, perché la legge processuale riconosce al giudice ampi poteri di accertamento del fatto anche in caso di estinzione del reato. Inoltre, alcune disposizioni contenute nella legislazione speciale, come interpretate nella costante giurisprudenza di legittimità, consentirebbero l'applicazione della confisca indipendentemente dalla pronuncia di condanna. Infine, non si può trascurare il fatto che la categoria delle sentenze di proscioglimento è varia e comprende, oltre a sentenze di proscioglimento *cd.* ampiamente liberatorie, anche quelle sentenze che pur non applicando la pena, comportano un sostanziale riconoscimento di responsabilità.

Pertanto, considerando l'ampia utilizzazione della misura della confisca al fine di contrastare i sempre più pericolosi fenomeni di criminalità, la sentenza

¹¹⁵ Cfr. Cass. sez. I, 25 settembre 2000, Todesco, n. 5262.

¹¹⁶ Cfr. Cass. sez. un., 10 luglio 2008, De Maio, n. 38834.

conclude affermando che, in caso di estinzione del reato, il riconoscimento in capo al giudice di poteri di accertamento al fine dell'applicazione della confisca «non possono dirsi necessariamente legati alla facilità dell'accertamento medesimo e che, quindi, tale accertamento possa riguardare non solo le cose oggettivamente criminose *ex art. 240 co. 2 n. 2 c.p.*, ma anche quelle che sono considerate tali dal legislatore per il loro collegamento con uno specifico fatto di reato».

Anche dopo le Sezioni Unite, sono riemersi alcuni contrasti in materia. Una parte della giurisprudenza si è effettivamente attestata sui principi affermati nelle precedenti sentenze, negando la possibilità di disporre la confisca in assenza di condanna; altra parte, si è discostata, ammettendo la possibilità di disporre la confisca del prezzo anche in caso di estinzione del reato.

La Corte Suprema ha conferito addirittura al giudice il potere di disporre la confisca in assenza di condanna giustificando tale orientamento sulla base delle finalità della politica legislativa che tende ad inasprire le conseguenze di determinati delitti. Se, da un lato, i giudici non hanno potuto negare l'inapplicabilità della confisca *ex art. 240* del profitto illecito, nel caso di estinzione del reato, dall'altro, non hanno riconosciuto il diritto alla restituzione dei beni sequestrati agli eredi dell'imputato defunto, alla luce del principio di divieto di rimessione in circolazione dei beni della criminalità organizzata, in quanto cose intrinsecamente illecite.

Il contrasto è stato evidenziato dalla sezione sesta¹¹⁷ che ha ritenuto di sollevare nuovamente la questione affermando che il giudice penale potrebbe comunque accertare, in via incidentale, la sussistenza degli elementi essenziali della fattispecie e, per l'effetto, potrebbe applicare comunque il vincolo reale all'imputato prosciolto.

Intervenendo nuovamente a Sezioni Unite la Suprema Corte, nell'ultima pronuncia Lucci,¹¹⁸ da un lato, ha ribadito l'orientamento consolidato per il quale la confisca per equivalente, postula la previa pronuncia di una sentenza irrevocabile di condanna o di applicazione della pena, dall'altro, ha affermato che la confisca diretta, avente ad oggetto il prezzo o il profitto del reato, può irrogarsi anche al

¹¹⁷ Cass. sez. VI, 25 gennaio 2013, Cordaro, in *Mass. Uff.*, n. 31957.

¹¹⁸ Cass. Sez. un., 26 giugno 2015, Lucci.

cospetto di un reato prescritto, sempre che tale proscioglimento sia preceduto da un completo accertamento di responsabilità in sede penale.

Nel 2021, l'ultima pronuncia sul punto,¹¹⁹ ha ritenuto non estensibili i principi elaborati dalle Sezioni Unite Lucci con riferimento all'ipotesi di confisca facoltativa del profitto, fornendo una motivazione prevalentemente basata sul necessario rispetto del principio di legalità. Infatti, nella prospettiva della Corte, l'istituto della confisca non può essere riportato ad una concezione unitaria, se non sotto il profilo dell'effetto raggiunto in concreto, cioè la privazione della proprietà di alcuni beni facenti parte del patrimonio del reo. L'unico principio davvero trasversale tra le forme è la loro previsione legislativa. Pertanto, con riferimento all'ipotesi di confisca facoltativa, l'esigenza effettiva di legalità, impone di fornire un'interpretazione tassativa del concetto di condanna, quale presupposto della misura ablativa. Neppure, sarebbe giustificabile un'estensione che trovi fondamento nell'accezione sostanzialistica, più che formalistica, della pronuncia di condanna.

In particolar modo, in tema di confisca facoltativa, il giudice è tenuto a fornire una valutazione prognostica dell'idoneità incentivante al delitto che possa riconoscersi nel mantenimento di beni non caratterizzati da intrinseca pericolosità, in cui il bilanciamento tra interessi si connota di valenza punitiva. Ragione per cui, deve necessariamente accertarsi in una sentenza formale di condanna.

All'esito di tale ricostruzione, la Corte marca il proprio dissenso nei confronti di un'interpretazione indiscriminatamente estensiva dei principi della sentenza Lucci, da considerarsi limitata a peculiari tipologie di confisca obbligatoria.

3. La funzione deterrente dell'istituto: la confisca per equivalente. La genesi e il fondamento di uno strumento di contrasto alla criminalità da profitto.

In relazione ad alcune specifiche figure di reato è stata introdotta la confisca per equivalente, che ha per oggetto somme di denaro, beni o altre utilità di cui il

¹¹⁹ Cfr. Cass. Sez. V, 4 gennaio 2021, n. 52, pres. Vessichelli, rel. Guardiano.

colpevole ha la disponibilità, per un valore corrispondente al prezzo, al profitto o al prodotto del reato.¹²⁰

La confisca della tradizione è stata innovata attraverso una nuova previsione che con il passato ha in comune solo l'effetto detrattivo del patrimonio, non di un bene o una quota connotati da un nesso di pertinenzialità con il fatto di reato, bensì di una quota qualsiasi purché di valore equivalente a quella illecitamente acquisita.

La confisca tradizionale, infatti, consente di sottrarre il profitto del reato solo se è stato accertato che il bene da confiscare sia collegato ad un nesso causale con lo stesso, cioè costituisca il diretto frutto del reato oggetto del procedimento penale,¹²¹ impedendo di procedere all'applicazione della confisca nel caso in cui i beni derivanti dal reato siano stati distrutti, nascosti, alienati ad acquirenti in buona fede, con modalità da impedirne la dimostrazione del collegamento originario con il reato. Tali problemi possono essere superati, appunto, dalla confisca del valore equivalente del profitto illecito, che consente di confiscare beni diversi dal "provento" del reato, non richiedendo l'accertamento del rapporto di pertinenzialità,¹²² ma di valore equivalente all'originario prezzo, prodotto o profitto.

La confisca per equivalente, finalizzata a privare in ogni modo l'autore del reato del vantaggio derivante dalla sua attività criminosa, è destinata ad operare nei casi in cui la confisca diretta dei proventi del reato non sia possibile per i motivi più vari.¹²³ L'impossibilità di cui si tratta sarebbe intesa come «impossibilità sopravvenuta, per cause giuridiche o fattuali, e non come impossibilità genetica o intrinseca».¹²⁴

¹²⁰ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, op. cit., 2019.

¹²¹ Cfr. in giurisprudenza Cass. Sez. V, 14 ottobre 2010, n. 11949, che afferma che «il sequestro preventivo finalizzato alla confisca implica l'esistenza di uno specifico, non occasionale e strutturale nesso strumentale tra *res* e reato, in quanto nel perseguimento dei fini di difesa sociale i diritti patrimoniali del singolo non possono essere sacrificati in modo indiscriminato attraverso la sottrazione di cose la cui disponibilità è di per sé lecita, a meno che non siano oggettivamente e specificamente predisposte, anche attraverso modificazioni, per l'attività criminosa».

¹²² Si segnala in senso difforme, Cass. 3 luglio, 2002, Silletti, n. 32797, per cui riguardo ad alcune ipotesi di confisca obbligatoria per equivalente, è sempre necessario che ricorra il nesso di pertinenzialità tra il bene e il reato. Posizione criticata dalla dottrina, cfr. AMISANO TESI, voce *Confisca per equivalente*, in *Dig. Disc. Pen.*, 2008.

¹²³ Ad esempio perché i beni sono stati occultati o consumati o non siano più identificabili, cfr. Cass. Sez. Un., 25 ottobre 2005, Muci, n. 41936.

¹²⁴ Cfr. MONGILLO, *Confisca per equivalente e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Riv. It. dir. Proc. pen.*, 2015.

L'applicazione della misura è subordinata al compimento di un fatto antiggiuridico, ma non necessariamente colpevole. Accanto a questo presupposto vi è anche l'ulteriore condizione della riferibilità del profitto all'autore del reato o al partecipe anche se è possibile persino l'ablazione dei profitti del terzo estraneo se gli autori materiali del fatto criminoso hanno agito per suo conto.¹²⁵

Oggetto dell'ablazione può essere qualsiasi incremento del patrimonio.¹²⁶

La misura qui in esame è stata oggetto di precisazioni da parte della giurisprudenza di legittimità¹²⁷ che ha chiarito che essa esime dallo stabilire il rapporto di pertinenzialità tra reato e provvedimento ablatorio dei proventi illeciti, che caratterizza invece la misura di cui all'art. 240 c.p., fermo restando il presupposto della commissione del reato. Insomma, non sarebbe più richiesto alcun rapporto tra il reato e i beni da confiscare, pertanto, viene ad assumere un carattere preminentemente sanzionatorio,¹²⁸ costituendo una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti; richiede, oltre all'accertamento di uno dei reati per i quali è consentita e alla non appartenenza dei beni a un terzo estraneo, che non sia pervenuto, per qualsiasi ragione, il prezzo o il profitto del reato nella sfera giuridico-patrimoniale del reo.

La genesi della confisca per equivalente è indissolubilmente legata, come ogni cosa che nasce, alle motivazioni che hanno reso necessaria l'introduzione di questo tipo di misura che, nei fatti, rimane pur sempre una confisca. Tuttavia, ci si deve domandare quali sono state le insufficienze della confisca tradizionale che hanno portato il legislatore a ripensare la categoria ampliandola con la forma di valore o per equivalente.¹²⁹ La risposta, alla luce di quanto sopra esposta fino a questo punto, è pressoché immediata.

L'aumento della criminalità organizzata, ha reso necessario che il reo potesse, attraverso *escamotages*, avvantaggiarsi dei proventi del reato, opportunamente occultati in modo da non risultare più direttamente collegati al

¹²⁵ BARGI, CISTERNA, op. cit., 2011.

¹²⁶ Sul punto, in tema di profitto confiscabile, cfr. *infra* §§3.2 e 3.2.1.

¹²⁷ Cfr. Cass. 16 gennaio 2004, Napolitano, n. 15455; Sez. Un., n. 9/2009, Bacherotti

¹²⁸ Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, op. cit.; FONDAROLI, op. cit.; MAUGERI, op. cit.; MENDITTO, LATTANZI (presentazione di), op. cit., 2019, 1102; sulla natura cfr. cap. III.

¹²⁹ Per una ricostruzione dettagliata delle motivazioni e dei tratti storici salienti, cfr. AMISANO TESI, op. cit., 2008; MAUGERI, op. cit., 2015; MAZZACUVA, *L'evoluzione nazionale e internazionale della confisca tra diritto penale classico e diritto penale moderno*, in op. cit., BARGI, CISTERNA, 2011.

reato come prezzo o profitto. Si è voluto, dunque, impedire ogni tipo di lucro illecito per contrastare in modo più efficace il fenomeno della indebita percezione di guadagno, esigenza reale e sempre più sentita a partire dagli anni Ottanta.

Nel momento in cui lo Stato italiano ha dovuto ratificare le Convenzioni internazionali in materia di corruzione, prima fra tutte la Convenzione del Consiglio d'Europa di Strasburgo del 1990,¹³⁰ il legislatore ha operato un raffronto tra le normative europee nell'ambito delle quali erano già presenti forme articolate di confisca.

I principi di base sono quelli della Convenzione di Vienna del 1988, che è il primo documento in cui si parla espressamente di obbligo di confisca dei proventi di reato. La Convenzione di Strasburgo, però, tenta di fare un ulteriore passo in avanti inserendo obblighi ancora più penetranti. Quel che interessa ai fini di questo studio, è che la Convenzione introduce la confisca per equivalente. L'art. 2, infatti, nel definire l'oggetto della confisca, prevede l'eventualità che il provvedimento di ablazione possa avere ad oggetto beni di valore equivalente a quello che si reputi possa essere il provento derivante dall'illecito penale. Inoltre, l'art. 7, nel fissare i principi generali che devono informare la cooperazione internazionale nella lotta al crimine, prevede che ciascuno Stato aderente dovrà adottare misure legislative o di altra natura che consentano di eseguire la confisca dei proventi o l'obbligo di pagare una somma di denaro pari al valore dei proventi.

Nel nostro ordinamento, la confisca per equivalente, fortemente sollecitata dagli organismi economici internazionali al fine di neutralizzare più efficacemente i vantaggi delle attività criminose, comparve per la prima volta con la l. n. 108/1996, che nel suo art. 1, modificando l'art. 644 c.p., ha previsto che nel caso di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p., per uno dei delitti disciplinati dalla norma, dovesse essere sempre disposta la confisca dei beni costituenti il prezzo o profitto del reato ovvero somme di denaro o altre utilità di cui il reo avesse la disponibilità anche per interposta persona, per un importo pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi, salvi i diritti della persona offesa alle restituzioni e al risarcimento dei danni.

¹³⁰ Convenzione sul riciclaggio, la ricerca, il sequestro e la confisca dei proventi di reato (STE no. 141), 8 novembre 1990, ratificata dall'Italia il 20 gennaio 1994 ed entrata in vigore l'1 maggio 1994.

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

La *ratio* dell'istituto, dunque, è quella di provare il reo di un qualunque beneficio economico dell'attività criminosa, anche di fronte all'impossibilità di aggredire l'oggetto principale e di diretta derivazione del reato. Da qui, la convinzione della portata dissuasiva e repressiva dello strumento.¹³¹

L'istituto, successivamente ha trovato più ampia applicazione con la l. n. 300/2000, che nell'art. 3 ha introdotto l'art. 322 *ter* c.p., secondo il quale, ove sia intervenuta sentenza di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti, deve essere disposta tale misura sui beni che costituiscono il prezzo o il profitto dei reati previsti dagli artt. 314 – 320 c.p., sempre che non appartengano a persona estranea al reato, ovvero di altri beni su cui il reo abbia la disponibilità, per un valore corrispondente agli stessi prezzo o profitto nonché, sui beni che costituiscono il profitto del delitto di cui all'art. 321 c.p., per un valore corrispondente a tale profitto e comunque non inferiore a quello del denaro dato o promesso al pubblico ufficiale o all'incaricato del pubblico servizio.

La disposizione dell'art. 322 *ter* si snoda in tre commi che costituiscono idealmente tre distinte parti, l'ultima delle quali comune alle due ipotesi precedenti. Il primo comma prevede una forma di confisca obbligatoria dei beni che costituiscono il profitto o il prezzo dei reati di cui agli artt. 314 – 320 c.p., cioè gran parte dei reati contro la p.a. Inoltre, sono compresi i reati commessi dai soggetti di cui all'art. 322 *bis*, ovvero i membri degli organi delle Comunità europee e i funzionari delle Comunità europee e di Stati esteri. L'ultima parte del primo comma dispone che, se non è possibile la confisca dei beni che costituiscono il profitto o il prezzo, è ordinata la confisca di valore corrispondente. Le ragioni per cui non è possibile confiscare direttamente i beni costituenti il profitto o il prezzo del reato non contano, possono andare dal consumo, alla perdita, alla irrintracciabilità dei beni a seguito di numerosi trasferimenti o presso terzi estranei. Ciò che conta è l'impossibilità della confisca del bene in sé.

Si nota subito come il legislatore parli di corrispondenza solo a proposito del prezzo del reato e non anche del profitto. Questo dato non è trascurabile: se il legislatore avesse voluto introdurre una forma di confisca per equivalente del

¹³¹ Cfr. Sez. un., 22 novembre 2005, n. 41936.

profitto o del prezzo l'avrebbe detto espressamente. Invece, ha specificato che tale forma di confisca riguarda solo il prezzo. Bisogna capire, se si tratti di impossibilità logica o fattuale o si scelta normativa. Ritornando alla definizione di profitto e di prezzo, si rileva subito che il rapporto che intercorre tra i due è quello che passa insieme e sottoinsieme: il prezzo è un sottoinsieme del profitto, che è più ampio. Su questa linea, è stato sostenuto che ciò che distingue il prezzo dal profitto non è la circostanza, spesso adottata, che il profitto sia una conseguenza diretta ed immediata del reato mentre il prezzo sia un fattore che incide sulla motivazione del reato.¹³² Ciò che distinguerebbe il prezzo dal profitto sarebbe, quindi, la natura remunerativa del compenso che caratterizza il prezzo. Traendo le conclusioni, nessuna incompatibilità logica a prevedere una confisca che tenga come parametro di equivalenza il profitto: dunque, una precisa scelta normativa.¹³³

È stato sostenuto che la vera novità rispetto all'art. 240 c.p. di questa forma di confisca inserita al primo comma dell'art. 322 *ter*, sta proprio nell'estensione della confisca anche al profitto del reato, che ai sensi dell'art. 240 c.p. sarebbe invece facoltativa. Della delimitazione dei concetti di prezzo e profitto nella confisca per equivalente, si approfondirà successivamente.¹³⁴

Il secondo comma dell'art. 322 *ter* prevede, in caso di condanna o di pena patteggiata per il reato di cui all'art. 321, anche nei confronti dei soggetti di cui all'art. 322 *bis* co. 2, la confisca obbligatoria dei beni che ne costituiscono il profitto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca dei beni, di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto. Anche in questo caso è disposta una confisca per equivalente, che riguarda unicamente il profitto del reato.

Data la portata innovativa della norma in esame, è stato sostenuto che i limiti e le distinzioni di cui all'articolo in esame si spiegano con le cautele del legislatore

¹³² Cfr. *sub* art. 322 *ter*, in *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2003.

¹³³ AMISANO TESI, *op. cit.*, 2008. Questa scelta normativa è stata criticata, anche se si ritiene che la portata afflittiva della norma resti comunque forte: per prezzo deve intendersi non solo quanto acquisito ma anche quanto l'agente abbia accettato in seguito a promessa, cfr. *sub* art. 322 *ter*, in *Codice penale ipertestuale*, Torino, 2003.

¹³⁴ Cfr. *infra* §3.2.1

nei confronti di un tipo di confisca che non ha più quel collegamento diretto tra bene confiscato e reato che caratterizza l'ipotesi dell'art. 240.¹³⁵

L'ultimo comma dell'art. 322 *ter* riguarda entrambe le ipotesi esaminate e dispone che il giudice, con la sentenza di condanna, determina le somme di denaro e individua i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti il profitto o il prezzo del reato ovvero in quanto valore corrispondente al profitto o al prezzo del reato.

Questa ultima disposizione è la conferma che l'equivalenza è concetto di relazione, sul quale si esercita la discrezionalità del giudice, cui, nel secondo comma, il legislatore pone il limite minimo del valore di ciò che è stato offerto o promesso.¹³⁶

3.2. I beni suscettibili di apprensione: il concetto di equivalenza e l'assenza del rapporto di pertinenzialità.

Le innovazioni apportate dalla confisca per equivalente sono di grande rilevanza. La confisca di valore, o per equivalente, ha lo scopo di privare il reo di ogni possibile guadagno, o utilità, derivante dal reato, così da rendere concreto il principio per cui "il crimine non paga", e non deve pagare.

Soprattutto per quanto riguarda i reati di cui all'art. 322 *ter*, è difficile parlare di una oggettiva pericolosità del bene confiscato: generalmente si tratterà di denaro o di utilità che abbia una valutazione economica. Ed il denaro non ha una sua oggettiva pericolosità ma va confiscato quando derivi da reato. Derivazione che, avendo riguardo allo sviluppo della realtà criminale, può facilmente far perdere le sue tracce. Ecco, allora, la necessità di introdurre nell'ordinamento l'ipotesi di confisca per equivalente.

Lo scopo dell'istituto è quello di evidenziare nel modo più netto che non è giusto che il colpevole goda di un valore costituito da beni che risultano pari al valore ricavato dal reato.

L'elasticità della misura¹³⁷ si rinviene sia sul fronte oggettivo, perché aggredisce beni individuati in base ad un'equazione tra la prestazione richiesta al

¹³⁵ Cfr. ROMANO, *Idelitti contro la Pubblica Amministrazione, i delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2002.

¹³⁶ BARGI, CISTERNA, op. cit., 2011.

¹³⁷ L'espressione è di VERGINE, op. cit., 2016, 16.

reo e quella di cui egli ha beneficiato per effetto di una condanna illecita, sia sul fronte soggettivo perché è sufficiente che i beni confiscabili siano semplicemente nella disponibilità del reo, al di là della mera intestazione formale.

A questo punto, è necessario verificare se il concetto di “equivalenza”, dato per scontato fino a questo momento, sia quello dell’accezione comune o si debba attribuire un significato più tecnico.¹³⁸

Vale la pena verificare se siano state pronunciate decisioni che abbiano chiarito i parametri in base ai quali stabilire l’equivalenza di valore. Invero, la giurisprudenza si è limitata ad osservazioni che, seppure importanti, nella aggiungono al concetto. Si pensi alla Cass. Pen. sez. V del 2004, che ha stabilito che la confisca per equivalente richiede, oltre alla ravvisabilità di uno dei reati per i quali è consentita e la non appartenenza dei beni ad un terzo estraneo, che nella sfera giuridico-patrimoniale del responsabile non sia stato rinvenuto il prezzo o il profitto del reato. Tutte informazioni utili per chiarire che la confisca per equivalente è una figura che va disposta solo ove il legislatore lo consenta espressamente e che il prezzo o il profitto siano assolutamente certi, ma il problema centrale è dato per risolto.

Allora non resta che indagare il concetto di equivalenza che esiste nell’ordinamento penale, cioè quello tra circostanze aggravanti e attenuanti del reato, ma ciò presenta un significato profondamento diverso rispetto a quello che interessa questo studio.¹³⁹

Prendendo in prestito il concetto di equivalente dal diritto civile,¹⁴⁰ la dottrina civilistica fa riferimento alla differenza tra la consistenza del patrimonio netto del danneggiato e quella che il patrimonio avrebbe avuto se non vi fosse stato l’illecito. Si tratta di riequilibrio economico. In questa prospettiva, il rapporto con

¹³⁸ Per la ricostruzione esegetica del concetto di equivalenza cfr. AMISANO TESI, op. cit., 2008

¹³⁹ Lì si tratta di equivalenza in senso normativo-sociale, nel caso che qui interessa, si ha a che fare con un concetto essenzialmente economico, AMISANO TESI, op. cit., 2008.

¹⁴⁰ Tale settore dell’ordinamento conosce l’espressa figura del risarcimento per equivalente, ma la mera analisi del codice civile non è di aiuto: il danno cagionato da un atto illecito o da un fatto che sia fonte di responsabilità oggettiva deve essere risarcito dal responsabile. In questa prospettiva è comune l’idea di un rimedio offerto dal diritto avverso una forma di torto, ovverosia l’esigenza di reagire nel modo più adeguato a fatti che determinano una lesione giuridica che, in civile, è alla sfera individuale. Nel penale, riguarda la collettività; cfr. AMISANO TESI, op. cit., 2008; per una ricostruzione del concetto di «risarcimento», v. in dottrina SCOGNAMIGLIO, in *Noviss. Dig. It.*, 1969; SALVI, in *Enc. Dir.*, 1990.

la confisca per equivalente si fa più stretto quando si pensi che la funzione della responsabilità civile è quella della restaurazione di un equilibrio turbato dalla condotta illecita di un soggetto. La confisca per equivalente, non è altro che un meccanismo per ristabilire l'equilibrio che il reato ha rotto. Resta la valutazione equitativa del giudice.

Tuttavia, in ambito penale, rimane il fatto che la giurisprudenza, pur fornendo indicazioni utili all'applicazione della misura, non forniscono criteri circa il modo in cui l'equivalenza va stabilita. Segno che, forse, il problema è più nominale che reale.¹⁴¹

La previsione della confisca per equivalente, come si è già rilevato, è rivolta a superare gli ostacoli e le difficoltà nell'individuazione dei beni in cui si incorpora il profitto iniziale. Proprio la pretesa normativa dell'esistenza di una relazione diretta, attuale e strumentale tra il reato e l'utilità illecita confiscabile rappresenta un evidente limite alla piena operatività della misura disposta dall'art. 240 c.p. Ferma restando la necessità della consumazione di un reato, la misura può riguardare beni che non hanno alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo e neppure alcun nesso di pertinenza con il singolo reato, ben potendo essere diversi dal provento, profitto o prezzo dell'illecito.

Nella confisca per equivalente, dunque, il rapporto tra reato e *res* sembra evaporare completamente,¹⁴² sostituito da un collegamento che trascorre per la corrispondenza con il valore economico della cosa che avrebbe dovuto essere sottoposta alla misura ablativa, ma che non è stata rinvenuta nel compendio giuridico-patrimoniale del condannato. È doveroso osservare che tale passaggio dalla specifica cosa da confiscare ad altra di egual valore, è particolarmente evidente quando la confisca ha ad oggetto cose empiricamente tangibili o comunque ben determinate, non altrettanto evidente nel caso del profitto quando, dall'origine, l'oggetto della confisca è rappresentato da una mera nozione astratta. Indipendentemente da questo ultimo profilo, non può sfuggire un dato saliente: la radicale sparizione del nesso vale con riguardo alla cosa che sarà in concreto oggetto della confisca nel momento dell'ablazione, dovendo invece permanere tale

¹⁴¹ AMISANO TESI, op. cit., 2008.

¹⁴² GUALTIERI, *Sequestro preventivo e confisca per equivalente*, in *La giustizia patrimoniale penale*, vol.II, BARGI, CISTERNA, 2011, 616 ss.

rapporto con la *res* che avrebbe dovuto essere confiscata e non ha potuto esserlo. Diversamente la confisca smarrirebbe la propria ragion d'essere.

Di più, la misura in parola può essere adottata sia laddove il bene oggetto del profitto non sia individuabile, sia dove non sia presente, come nelle ipotesi in cui il vantaggio economico della condotta illecita consista in un risparmio.¹⁴³

Al rapporto diretto tra reato e *res* si sostituisce una relazione indiretta, mediata dalla convenzione “in equivalente” del valore della cosa che avrebbe dovuto essere oggetto della confisca. Relazione indiretta che trova tuttavia il suo presupposto proprio nel rapporto intercorrente tra il reato e il bene che in via originaria sarebbe stato oggetto dell'ablazione. Quindi, seppur nello schema dell'equivalente valore, anche in questa confisca traspare sullo sfondo un nesso, mediato e indiretto, con il reato.

Va rimarcato come tale misura dovrebbe consentire soltanto eccezionalmente lo spostamento della cautela dal bene collegato da nesso di pertinenzialità con il reato ad altro bene nella disponibilità dell'indagato, indipendentemente dalla sua provenienza legittima: la confisca per equivalente, può trovare applicazione unicamente in via residuale, quando non sia possibile intaccare direttamente il prezzo del reato. Trattandosi di un istituto di natura sanzionatoria, trova applicazione il principio di stretta legalità di cui all'art. 25 Cost., ne consegue che la disciplina della confisca per equivalente, avendo natura speciale e di stretta interpretazione, non può che trovare applicazione, come detto, solo in relazione alle ipotesi per le quali tale misura è stata introdotta, inoltre, ne consegue una sua impossibile applicabilità retroattiva a fatti anteriormente commessi.

Il rilievo che con tal genere di confisca evapora del tutto l'estremo rapporto di pertinenzialità tra reato e bene oggetto della confisca e la circostanza che possano essere quindi oggetto dell'ablazione anche beni lecitamente tenuti dal reo, hanno suggerito alla prevalente dottrina di attribuire ad essa natura sanzionatoria.

Alla totale dissoluzione del nesso di derivazione diretta tra reato e bene oggetto di confisca, fa da contrappeso il paradigma dell'identità di valore fra l'intangibile oggetto conseguente immediato del reato e quello del bene in concreto appreso.

¹⁴³ Cfr. Cass. sez. III, 27 gennaio 2011, n. 8982.

La radicale estraneità al reato del bene oggetto della confisca e la radicale impossibilità di valutarne la pericolosità, finisce con il consigliare la qualificazione della confisca di valore in chiave sanzionatoria. Tuttavia, è il differente oggetto della misura a sancire il mutamento strutturale. Non deve passare inosservato un profilo significativo: tale mutamento consegue alla diversità intrinseca del bene, ma tale diversità è comunque incidentale, dipendente dalla particolare contingenza che il bene, che avrebbe dovuto essere direttamente derivato dal reato, non è stato, per qualsiasi motivo, irrilevante ai fini dell'applicazione della misura, rinvenuto nella sfera giuridico-patrimoniale del reo.

3.2.1. La definizione di profitto: gli approdi della Giurisprudenza.

Uno dei perni centrali della confisca per equivalente, e della confisca della tradizione, coincide, inevitabilmente, con la nozione di profitto confiscabile. Si tratta di una delle questioni più dibattute affrontate dalla giurisprudenza negli ultimi anni, soprattutto per il sovrapporsi con le aporie normative e sistematiche fomentate dall'istituto a cui rimanda, cioè la confisca. Quest'ultima risente delle conseguenze dell'affastellarsi normativo di tipologie e modelli consolidatisi nell'ordinamento per stratificazioni legislative successive.

Dunque, con specifica attinenza al profitto confiscabile occorre riconoscere che deve soprattutto alla giurisprudenza di legittimità più recente una proficua opera di sistemazione della materia che ha avuto come esito finale la fissazione di alcuni punti fermi. Questi ultimi, catalogabili per comodità in corrispondenza con determinati arresti della Cassazione assurti ad autentici *leading cases*.¹⁴⁴

Innanzitutto, il profitto, per essere rilevante ai fini della disciplina della confisca, deve essere accompagnato dal requisito della pertinenzialità, il che significa derivazione immediata e identificabile con il reato che lo presuppone.¹⁴⁵ Tale collegamento diretto reato-profitto può essere riconosciuto anche rispetto al bene acquisito attraverso l'immediato impiego del profitto diretto del reato, ma tale

¹⁴⁴ FIDELBO, *La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Mass. Uff.*, Rel. n. 41/2014, Roma, 2014.

¹⁴⁵ MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, nota a margine della sentenza Cass. Sez. un., 27 marzo 2008, *Fis* Italia Impianti, n. 26654.

estensione del concetto di pertinenzialità trova il suo limite estremo proprio nel requisito di immediatezza. Il profitto, inoltre, proprio in virtù del principio di causalità sopra evocato, deve essere inteso in senso tecnico e deve quindi sempre rivestire i requisiti di materialità e attualità, così che il profitto, per essere tipico, deve corrispondere a un mutamento materiale, attuale e di segno positivo della situazione patrimoniale del suo beneficiario ingenerato dal reato attraverso la creazione, trasformazione o acquisizione di cose suscettibili di valutazione economica. Invece, non rappresenta profitto qualsivoglia vantaggio futuro, immateriale o non ancora materializzato.

Queste conclusioni non cambiano se ci si sposta al modello alternativo della confisca per equivalente: i requisiti di materialità e pertinenzialità continueranno a valere nell'*an* e nel *quantum* del profitto confiscabile, ma in questo modello, l'implementazione della misura sarà bifasica. La prima fase consisterà nell'identificazione del profitto alla stregua della materialità e pertinenzialità e nell'accertata indisponibilità attuale nella sede di formazione originaria; la seconda fase riguarderà l'apprensione del *tantundem* in una sede economica diversa.¹⁴⁶

Dunque, alla luce delle considerazioni finora svolte, si deve sottolineare che il quadro sistematico è molto ampio e non sempre univoco.

In mancanza di una definizione normativa, infatti, la giurisprudenza e la dottrina si sono interrogati su cosa debba intendersi profitto del reato. In particolare, se tale nozione equivalga al ricavo in senso economico, così da comprendere tutto ciò che si è ottenuto in conseguenza della commissione del reato, oppure se debba essere intesa come guadagno, cioè come il ricavo del reato meno i costi sostenuti per l'attività illecita. In sostanza, se il profitto viene commisurato al lordo, cioè all'intero ricavo, allora avrà una funzione essenzialmente punitiva, oppure se il profitto è commisurato al netto, cioè all'effettivo guadagno tratto dal reato, allora la confisca avrà una funzione restitutoria o riequilibratrice.

Avendo come riferimento il contesto della criminalità economica, una parte della dottrina ha affermato la tesi secondo cui occorrerebbe rimanere aderenti a una nozione di profitto da intendersi come accrescimento patrimoniale, come vantaggio economico netto derivante dalla commissione del reato. In questo senso, intendere

¹⁴⁶ Cass. Pen. sez. VI, 26 giugno 2008, Imp. Finanziaria Tosinvest Spa, n. 42300.

il profitto come l'ammontare complessivo delle utilità economiche ricavate dall'affare illecito darebbe vita a un intervento punitivo non consentito dalle norme vigenti, con violazione del principio di legalità e di proporzionalità. Non consentire la deducibilità dei costi, porterebbe a una doppia ablazione patrimoniale, attraverso la confisca e attraverso l'impedimento al recupero delle spese sostenute.

Sulla spinta di questi argomenti, anche in giurisprudenza ha iniziato a farsi strada l'idea che il profitto confiscabile andasse commisurato al netto delle spese lecite sostenute per la commissione del reato, anche se non sono mancate pronunce in giurisprudenza e dottrina in senso difforme.

Nel 2008,¹⁴⁷ la questione è stata affrontata dalle Sezioni Unite. In particolare la questione rimessa, era sulla legittimità del provvedimento di ablazione disposto su beni della società per un valore corrispondente alla totalità delle utilità economiche ricavate dagli illeciti oppure se il provvedimento andasse circoscritto al guadagno effettivamente conseguito, cioè all'utile netto ritratto dall'attività illecita. La soluzione muove dalla considerazione secondo cui la nozione di profitto confiscabile non può essere sempre la tessa, dovendosi distinguere casi nei quali l'attività produttiva di profitto è totalmente illecita, dai casi nei quali detta attività lo è solo parzialmente, nel senso che la realizzazione di reati convive con l'esecuzione di prestazioni per il resto perfettamente lecite. Ad avviso della Cassazione, dunque, vi sarebbe una diversità strutturale tra "impresa criminale" e "attività lecita d'impresa nel cui ambito occasionalmente viene consumato il reato".

Nel primo caso, il criterio da seguire dovrebbe essere quello del profitto al lordo, dovendosi intendere come profitto confiscabile tutto ciò che deriva causalmente dal reato, quindi il «complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti».

Nel secondo caso, l'applicazione del criterio del lordo, dovrebbe seguire una deroga. Non nel senso che il profitto debba essere commisurato al netto delle spese sostenute, ma nel senso che occorre distinguere il profitto che deriva causalmente dal reato, che costituirà il profitto confiscabile, da quello che trova invece origine nell'attività lecita, quindi profitto non confiscabile.

¹⁴⁷ Cfr. Cass. Sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italimpianti, n. 26654.

Per verificare se l'attività sia totalmente o parzialmente illecita, la Cassazione recupera la tradizionale distinzione tra reato contratto e reato in contratto.¹⁴⁸

Tuttavia, se interpretate alla lettera le parole della Corte dovrebbero portare a ritenere non derivante da reato l'intero provento di un appalto ottenuto, però, con la truffa. Per evitare tale assurda conclusione, le Sezioni Unite hanno affermato che il profitto confiscabile coincide con il «vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale del reato, concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato, nell'ambito del rapporto sinallagmatico».

Questa impostazione è stata a lungo criticata dalla dottrina, che ne ha lamentato le problematiche in sede applicativa in ragione dell'indeterminatezza del concetto di «utilità conseguita dal danneggiato». Tale concetto, infatti, si presta a essere riferito tanto al valore della prestazione indicato nel contratto, con la conseguenza di non individuare alcun profitto confiscabile dove il contratto, acquisito illecitamente, sia stato però correttamente eseguito.

La giurisprudenza successiva, si è generalmente conformata alla decisione delle Sezioni Unite, mostrando poca attenzione alle critiche mosse dalla dottrina.

Un ulteriore profilo problematico che ha dato adito ad un lungo dibattito giurisprudenziale e dottrinale investe la questione della possibilità di estendere la nozione di profitto confiscabile anche ai risparmi di spesa.¹⁴⁹ La soluzione al quesito coinvolge, altresì, il tema del rapporto tra confisca diretta e per equivalente nel momento in cui è possibile fare ricorso a quest'ultima nell'impossibilità di ricorrere alla prima, dunque all'aggressione diretta del profitto del reato. Allora, se si intendesse ricondurre alla nozione di profitto «ogni utilità conseguita» dal reato, anche in via mediata, ne conseguirebbe un'espansione della confisca diretta, riducendo lo spazio operati della forma per equivalente.

¹⁴⁸ Le Sezioni Unite distinguono a seconda che il ricavo si inserisca «validamente, senza alcuna possibilità di letture più restrittive, nello scenario di un'attività totalmente illecita», per cui si parla di profitto identificato nel ricavo lordo; qualora, invece l'illecito penale si innesti «episodicamente in un'attività imprenditoriale lecita», l'identificazione del profitto con il lordo subisce «una deroga, nel senso che deve essere rapportato e adeguato alla concreta situazione che viene in considerazione».

¹⁴⁹ Sul punto, si propone la ricostruzione di SILVESTRI, *La confisca diretta del profitto*, 2016.

Nella sentenza, già più volte richiamata, Fisia Italimpianti, la Corte ammise la possibilità di includere nella nozione di profitto anche le utilità aggiuntive, nonché i risparmi di spesa. In particolare, secondo l'interpretazione della sentenza, la Corte affermava che una componente strutturale del profitto confiscabile potesse essere formata dal risparmio di spesa, ma a condizione che tale concetto sia recepito non in senso assoluto, quanto in senso relativo, cioè come ricavo introitato cui non siano stati decurtati i costi che si sarebbero dovuti sostenere. Il riferimento è, dunque, ad un profitto materialmente conseguito, benché superiore a quello che sarebbe stato lucrato senza il risparmio di spese dovute.

Relativamente ai successivi approdi della giurisprudenza in tema di risparmi di spesa¹⁵⁰, risulta utile richiamare la sentenza Riva Fire s.p.a.¹⁵¹, nella quale, la Sezione VI, recepisce il dettato delle Sezioni Unite del 2008, in particolare affermando ulteriormente il seguente principio: «né è possibile colpire, più volte, attraverso un'ingiustificata duplicazione di oneri, le medesime somme di denaro, una volta considerate in termini positivi, ossia come accrescimento patrimoniale, ed un'altra volta in termini negativi, ossia come risparmio di spese, potendo essere sottoposta ad espropriazione solo l'eccedenza tra l'incremento patrimoniale effettivamente maturato e quello che sarebbe stato conseguito senza l'indebito risparmio di spese».

Un ultimo profilo da indagare riguarda la possibilità di sottoporre a confisca utilità non ancora recepite dal reo, ma attese: le cd. utilità future.¹⁵²

In primis, preme sottolineare che quando ci si riferisce alle utilità future, si indicano comunque prospettive di vantaggio che trovano fondamento nella loro condizione genetica nella commissione di un reato. Quindi, è pur sempre necessario che sussista un collegamento di derivazione tra i proventi attesi e il reato commesso.

Tuttavia, con specifico riguardo alla confisca per equivalente, la questione riguarda la possibilità di aggredire beni non ancora presenti nel patrimonio del reo,

¹⁵⁰ Cfr. anche Sez. V, 28 novembre 2013, n. 10256, Banca Italease s.p.a., che chiarisce come la nozione di profitto non possa coincidere con quella di "vantaggio" perché le due nozioni definiscono aree concettuali concentriche, ma non sovrapponibili.

¹⁵¹ Sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 3635, Riva Fire s.p.a., nella fattispecie in cui era stato disposto il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente di beni per un importo equivalente al profitto derivante da più reati.

¹⁵² TRINCHERA, op. cit., 2020, 108 ss.

ma che lo stesso potrebbe acquisire in un momento successivo, in modo lecito.¹⁵³ Su tale profilo si sono succeduti due orientamenti in giurisprudenza, che giungono a conclusioni opposte, anche avendo come punto di partenza la stessa premessa, cioè il riconoscimento alla confisca per equivalente di misura avente natura sanzionatoria. Il primo orientamento¹⁵⁴ giunge ad una conclusione favorevole ad assoggettare ad ablazione utilità non ancora facenti parte del patrimonio del reo; l'altro, contrario.¹⁵⁵

3.3. La confisca per equivalente nel concorso di persone.

A questo punto, risulta utile apportare delle precisazioni alla disciplina della confisca per equivalente nella sua applicazione nel concorso di persone.¹⁵⁶

La giurisprudenza di legittimità¹⁵⁷ ha dapprima ritenuto che la confisca per equivalente sia applicabile nei confronti di uno qualsiasi tra i concorrenti per l'intero importo del ritenuto prezzo o profitto del reato, anche se lo stesso non sia affatto transitato, o sia transitato in minima parte, nel suo patrimonio e sia stato, invece, materialmente appreso da altri.

Successivamente, a questo orientamento particolarmente gravoso¹⁵⁸ si è sostituito quello, inerente al sequestro ma applicabile anche alla confisca che a questo segue, secondo cui il provvedimento ablativo non può eccedere, per ciascuno dei concorrenti, la misura di profitto a lui attribuibile. Presa di posizione confermata dalla Sez. VI della Cassazione penale, che ha imposto di accertare quale sia stato il personale profitto conseguito dal singolo concorrente, fermo restando che solo laddove non sia possibile, anche in ragione dei non ancora definiti rapporti

¹⁵³ Sul punto cfr. GIORDANO, *In tema di confisca per equivalente di beni futuri*, in *Dir. Pen. cont.*, 2016.

¹⁵⁴ Cass. sez. IV, 10 giugno 2014, n. 33861, Riggio; Cass. sez. III, 25 maggio 2017, n. 37454, Sardegna Ferrari, secondo cui il carattere sanzionatorio della misura non avrebbe nessun impatto decisivo sull'impossibilità di assoggettare a confisca utilità future.

¹⁵⁵ Cass. sez. III, 19 gennaio 2015, n. 4097, Tomasi Canovo, afferma che risulta inapplicabile la misura rispetto alle utilità non ancora conseguite, in quanto non è suscettibile di proiezione sul futuro, attesa la natura sanzionatoria della confisca per equivalente.

¹⁵⁶ Per una ricostruzione dettagliata, cfr. TRINCHERA, *op. cit.*, 2020, cap. II §3.4.

¹⁵⁷ Cfr. Cass. 26 maggio 2010, n. 29724; Cass. Sez. I, 29 febbraio 2012, n. 11768; Cass. Sez. III, 23 ottobre 2013, n. 45951; in senso conforme, in dottrina, cfr. FONDAROLI, *op. cit.*, 2007; AMISANO TESI, *op. cit.*, 2008.

¹⁵⁸ Cass. Sez. un., Fisia Italimpianti, testualmente afferma che debba applicarsi «il principio solidaristico che informa la disciplina del concorso nel reato e che implica l'imputazione dell'intera azione delittuosa e dell'effetto conseguente in capo a ciascun concorrente».

economici esistenti tra i concorrenti, accertare l'esatto ammontare del profitto riferibile all'imputato, l'entità da sottoporre a sequestro potrà essere stabilita secondo canoni presuntivi, salvo il necessario definitivo accertamento in sede di confisca.

Quindi, in caso di concorso di persone nel reato, era dibattuta la possibilità di sottrarre beni di confisca di valore equivalente all'intero ammontare dell'utilità illecita a carico di uno solo dei correi o se, piuttosto, la stessa dovesse essere circoscritta al profitto attribuibile a ciascun concorrente. In questo senso era orientata la giurisprudenza più risalente.¹⁵⁹

Ultimamente, però, si è andato consolidato l'orientamento opposto sulla base della considerazione che, in caso di reato plurisoggettivo, il principio solidaristico, che informa la disciplina del concorso di persone nel reato, comporta l'imputazione dell'intera azione delittuosa, e dell'effetto conseguente, in capo a ciascun concorrente, di tale che, stante il preminente carattere sanzionatorio della confisca per equivalente, la misura può interessare ciascuno dei concorrenti anche per l'intera entità del prezzo o profitto accertato, salvo l'eventuale riparto tra i medesimi concorrenti, che costituisce fatto interno a questi ultimi e che non ha alcun rilievo penale.¹⁶⁰

La Cassazione Penale nel 2011 con la sentenza n. 15167, afferma che, poiché la confisca per equivalente ha una componente sostanzialmente sanzionatoria, ben può affermarsi che ciascun concorrente possa ritenersi destinatario del provvedimento ablativo a prescindere da ogni accertamento circa l'effettivo arricchimento personale derivante dalla commissione del reato.¹⁶¹

È evidente che, nonostante la possibilità di intervenire indifferentemente nei confronti di ciascuno dei concorrenti, l'espropriazione non potrà comunque essere duplicata o superare il valore complessivo del profitto accertato.¹⁶²

¹⁵⁹ Cfr. Cass. n. 30966, 14 giugno 2007, che afferma: "in caso di pluralità di indagati, il sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente *ex art. 322 ter* non può eccedere per ciascuno dei concorrenti la misura della quota di prezzo o di profitto a lui attribuibile, qualora tale quota in sede, in sede di impostazione accusatoria, sia già stata individuata o sia individuabile".

¹⁶⁰ Cfr. Cass. sez. II, 21 febbraio 2007; da ultimo, Cass. sez. II, 9 gennaio 2014, n. 5553.

¹⁶¹ Così in dottrina cfr. FONDAROLI, *op. cit.*, 2007, 264 ss.; BARGI, CISTERNA, *op. cit.*, 2011.

¹⁶² Cfr. Cass., 15 ottobre 2010, n. 41662; Cass. sez. III, 4 giugno 2014, n. 37858.

Il Legislatore, come accennato, non ha previsto l'istituto della confisca per equivalente coniando una norma generale, ma è intervenuto progressivamente, individuando i settori per i quali la confisca dovesse assumere il carattere di misura obbligatoria, esperibile, per il valore corrispondente, anche su beni nella disponibilità del reo diversi dal prezzo o dal profitto del reato. Da qui, la stessa giurisprudenza ha esternato la necessità che il legislatore intervenga per disciplinare in modo sistematico le ipotesi di confisca obbligatoria e per equivalente.

3.4. Il regime di applicazione con riguardo alle somme di denaro depositate su conto corrente bancario. Il rapporto con la confisca diretta: dalle Sezioni Unite Gubert alle recenti evoluzioni.

Il principio delle pronunce Gubert e Lucci, secondo cui il denaro che costituisce profitto del reato, trattandosi di bene fungibile, può essere attinto dalla confisca diretta *ex art. 240 co.1 c.p.*, a prescindere dall'esistenza di un nesso di derivazione del reato contestato, è considerato orientamento consolidato. Tuttavia, gli argomenti che evidenziano la censurabilità di una tale impostazione si affiancano ad alcuni arresti di legittimità che, pur dichiarando espressamente di conformarsi ai principi delle sentenze Gubert e Lucci, escludono la confisca diretta del denaro qualora l'interessato fornisca la prova della totale assenza di pertinenzialità tra la somma confiscata ed il reato commesso.¹⁶³

Il primo approdo verso l'istituto della confisca diretta del valore del denaro è tradizionalmente rappresentato dalla nota sentenza Gubert, che ha risolto il pregresso conflitto giurisprudenziale sulla possibilità di aggredire con sequestro preventivo finalizzato alla confisca, diretta o per equivalente, i beni di una persona giuridica per le violazioni tributarie commesse dal legale rappresentante della stessa.

¹⁶³ Per una approfondita ricostruzione della giurisprudenza e della dottrina, cfr. KELLER, *Confisca diretta del denaro e prova dell'assenza del nesso di pertinenzialità: la recente giurisprudenza di legittimità erge i primi argini fragili alle sentenze Gubert e Lucci*, in *Dir. Pen. Cont.*, 6/2019, 73; ALVINO, *Fungibilità manifesta e fungibilità latente del denaro: le incerte frontiere della confisca in via diretta del profitto del reato, ancora al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Discrimen*, 19.4.2021; MUCCIARELLI, PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4/2015.

La terza sezione penale della Corte di Cassazione aveva rimesso la questione alle Sezioni Unite, che confermavano ed argomentavano la possibilità di procedere sempre alla confisca diretta *ex art. 240 c.p.*, del profitto del reato costituito da denaro. In particolare, con riferimento al denaro, affermavano che «la confisca diretta del profitto di reato è ben distinto dalla confisca per equivalente». Deve essere tenuto ben presente che la confisca del profitto, quando si tratta di denaro o di beni fungibili, non è confisca per equivalente, ma confisca diretta. Qualora il profitto tratto da taluno dei reati per i quali è prevista la confisca per equivalente sia costituito da denaro, l'adozione del sequestro preventivo non è subordinata alla verifica che le somme provengano dal delitto e siano confluite nella effettiva disponibilità dell'indagato, in quanto il denaro oggetto di ablazione deve solo equivalere all'importo che corrisponde per valore al prezzo o al profitto del reato, non sussistendo alcun nesso pertinenziale tra il reato e il bene da confiscare.

È pertanto ammissibile il sequestro preventivo, qualora sussistano indizi per i quali il denaro di provenienza illecita sia stato depositato in banca ovvero investito in titoli, assicurandosi ciò che proviene dal reato e che si è cercato di nascondere con artifici.

La Corte giungeva così ad affermare che il denaro e gli altri beni fungibili che costituiscono il profitto del reato sono sempre beni confiscabili in via diretta a norma dell'art. 240 co. 1 c.p.¹⁶⁴

I principi enunciati dalle Sezioni Unite Gubert, sono stati sostanzialmente ribaditi nella nota sentenza Lucci, che ha confermato la legittimità della confisca diretta del denaro a prescindere dall'accertamento del vincolo di derivazione con il reato contestato.¹⁶⁵

Le sezioni unite Lucci motivano la suddetta decisione nella modalità che segue: «ove il profitto o il prezzo del reato sia rappresentato da una somma di denaro, questa, non soltanto si confonde automaticamente con le altre disponibilità

¹⁶⁴ Per un commento analitico della sentenza cfr. VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle sezioni unite in tema di sequestro a fini di confisca e reati tributari*, in *Cass. pen.*, 9/2014.

¹⁶⁵ In realtà, le due sentenze non sarebbero gemelle. Anzi, si sarebbe giunti a conclusioni opposte se nella sentenza Gubert fossero stati applicati i principi della sentenza Lucci, cioè che il profitto costituito da denaro è sempre oggetto di confisca facoltativa e diretta *ex art. 240 co. 1 c.p.* quando abbia determinato un accrescimento del patrimonio, in assenza di tale requisito dovrebbe escludersi l'automatismo della confisca diretta del valore del denaro, così KELLER, *op. cit.*, 2019.

del reo, ma perde qualsiasi connotato di autonomia quanto alla relativa identificabilità fisica. Non avrebbe alcuna ragion d'essere la necessità di accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell'illecito sia stata spesa, occultata o investita, perché ciò che rileva è che la disponibilità monetaria del percipiente si sia accresciuta di quella somma, legittimando, quindi, la confisca in forma diretta del relativo importo».

Bisogna sottolineare che, solo nell'ipotesi in cui sia impossibile la confisca del denaro, allora si provvederà alla confisca per equivalente degli altri beni di proprietà del reo per un valore corrispondente a quello del prezzo o profitto del reato.

Parte della giurisprudenza mostra di ritenere che la confisca del denaro costituente prezzo o profitto del reato, in assenza di elementi che dimostrino che proprio quella somma è stata versata su quel conto corrente, determinerebbe una coincidenza sostanziale tra confisca diretta e per equivalente, visto che è proprio la prova della percezione illegittima della somma che conta, e non la sua materiale destinazione, con la conseguenza che agli effetti della confisca, è l'esistenza del numerario accresciuto di consistenza a rappresentare l'oggetto da confiscare.¹⁶⁶

In conclusione, secondo la pronuncia Lucci «qualora il prezzo o il profitto sia costituito da denaro, la confisca delle somme di cui il soggetto abbia comunque la disponibilità deve essere qualificata come confisca diretta: in tal caso, tenendo conto della particolare natura del bene, non occorre la prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto della confisca e il reato».

I principi espressi dalle Sezioni Unite Gubert e Lucci costituiscono *ius receptum* e sono ripresi in sede di merito e di legittimità, ogni volta in cui sia necessario disporre la confisca diretta del denaro che costituisce profitto del reato.

Tuttavia, come evidenziato in apertura, diversi argomenti depongono a favore della censurabilità di tale impostazione. Infatti, si ammette la confisca diretta del denaro, in quanto bene fungibile, il cui importo confiscato deve corrispondere per valore al prezzo o al profitto del reato, formula che evoca l'espressione utilizzata per descrivere la confisca per equivalente. In questo schema, la confisca diretta riferita al mero valore conduce ad una silenziosa *abolitio* della confisca per

¹⁶⁶ La dottrina usa l'espressione *confisca diretta del valore del denaro*, cfr. *infra* §.

equivalente, proprio in questa prospettiva si definisce la confisca diretta del valore del denaro.¹⁶⁷

Nella sentenza Gubert, inoltre, la fungibilità del denaro, caratteristica che legittimerebbe sempre la confisca in via diretta, è posta in relazione con la circostanza che nella nozione di profitto, funzionale alla confisca, rientrano non soltanto i beni appresi per effetto diretto ed immediato dell'illecito, ma anche ogni altra utilità che sia conseguenza, anche indiretta o mediata, dell'attività criminosa. Tuttavia, in tal modo, si giustifica la confisca diretta attraverso un'impropria estensione del concetto normativo di profitto del reato, che può ricomprendere i beni in cui quel profitto si sia trasformato, ma che presuppone sempre la pertinenzialità, seppur mediata, ma ricostruibile a posteriori, tra reato e surrogato del profitto sottoposto a vincolo. Dilatare il concetto di profitto fino a ricomprendere le utilità economiche successive ad esso collegate è operazione che, quindi, in alcun caso legittima il sequestro delle somme diverse ed ulteriori che non sia ricollegabili al profitto antecedente, cioè a quello di immediata derivazione del reato.

Appare, dunque, necessario distinguere le ipotesi di trasformazione del denaro che è profitto del reato dalle ipotesi in cui quel denaro si sia confuso con altro impedendone l'identificazione.

Se vi è pertinenzialità quando quella somma di denaro è collegabile a quel reato, allora delle due l'una: solo l'individuazione della somma di denaro che costituisce il profitto del denaro, ovvero l'individuazione dell'ulteriore somma in cui quel denaro si sia trasformato, consentiranno di operare la confisca in via diretta; altrimenti, la mancata individuazione del denaro che costituisce il profitto del reato, ovvero il mescolamento con altre somme di denaro che non consenta più di operare un distinguo, impongono di poter confiscare solo per equivalente, proprio in virtù dell'evocato "valore nominale".

Ed infatti, la peculiarità del denaro, bene fungibile convenzionalmente utilizzato per monetizzare il valore dei beni, rende più complessa l'operazione di

¹⁶⁷ MUCCIARELLI, PALIERO, op. cit., sottolineano la complessità nel ricostruire il nesso di derivazione tra profitto e reato nel caso di denaro, testualmente: "che il bene sia fungibile o infungibile, nulla dice in ordine al diverso requisito riguardante il legame eziologico di provenienza del bene. Nessuno dubita che nel caso di beni fungibili, la ricostruzione sia delicata e complessa, ma ciò non può giustificare la confusione tra le distinte nozioni".

rintraccio delle somme in cui il profitto si sia trasformato, ma tale fungibilità non impedisce di riconoscere il legame eziologico di provenienza: proprio la possibilità astratta di tracciare l'eziologia del denaro impone un rigoroso accertamento della derivazione per la confisca diretta. Diversamente, il riferimento al valore nominale del denaro da confiscare, nella confisca diretta e per equivalente, costituirebbe l'unica indicazione per quantificare il sacrificio patrimoniale che dovrà subire il reo. La confisca diretta del valore del denaro, in questa prospettiva, snatura la misura di sicurezza della confisca diretta, trasformandola in una vera e propria sanzione.

Un primo arresto che si pone sulla ridefinizione dell'ambito di operatività e dei limiti di applicabilità, è avvenuto con la sentenza Barletta del 2017¹⁶⁸, nella quale la Corte, riprendendo i principi di diritto delle sentenze Gubert e Lucci, aggiunge ulteriori sviluppi.

Nella motivazione della sentenza si legge che è esatto che la Corte a Sezioni Unite ha affermato che ove il prezzo o il profitto cd. accrescitivo derivante da reato sia costituito da denaro, la confisca delle somme depositate su conto corrente bancario, di cui il soggetto abbia la disponibilità, deve essere qualificata come confisca diretta e, in considerazione della natura del bene, non necessita della prova del nesso di derivazione diretta tra la somma materialmente oggetto dell'ablazione e il reato; e ciò implicitamente proprio perché la natura fungibile del bene, che, come sottolineato dalle sezioni unite Lucci, si confonde automaticamente con le altre disponibilità economiche dell'autore del fatto, ed è tale da perdere qualsiasi connotato di autonomia quanto alla loro identificabilità, rende superfluo accertare se la massa monetaria percepita quale profitto o prezzo dell'illecito sia stata spesa, occultata o investita, ciò che rileva è che la disponibilità si sia accresciuta proprio di quella somma, legittimando, quindi, la confisca in forma diretta del relativo importo. Ma, prosegue la Corte, proprio in ragione di ciò, ove si abbia invece la prova che tali somme non possono in alcun modo derivare dal reato, le stesse non sono sottoponibili a confisca in via diretta.

¹⁶⁸ Cass. pen. sez. III, 27 febbraio 2018, n. 8995, Barletta, la cui massima afferma: “in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca, la natura fungibile del denaro non consente la confisca diretta delle somme depositate su conto corrente bancario, ove si abbia la prova che le stesse non possono in alcun modo derivare dal reato e costituiscano pertanto profitto illecito”.

Le somme rinvenute nella disponibilità dell'autore dell'illecito, non possono essere aggredite con il sequestro prodromico alla confisca in via diretta, se vi è la prova che tali somme non possono in alcun modo derivare dal reato.

Con un ulteriore arresto nel 2018, nella pronuncia Bagalà,¹⁶⁹ la Corte confermava la necessaria preventiva individuazione del nesso di derivazione anche per il denaro, nonostante la natura di bene fungibile, precisando che in tema di sequestro preventivo, la misura cautelare può essere disposta nei limiti in cui risulti accertato il nesso di pertinenzialità rispetto al reato.

In questo schema, in tempi ancor più recenti, la Corte di Cassazione con la sentenza Vincenzini,¹⁷⁰ ha ritenuto determinante la prova che le somme sequestrate fossero totalmente estranee all'illecito in contestazione, escludendo l'apprensione delle somme giacenti sul conto corrente laddove via sia la prova che tali somme non possano proprio in alcun modo derivare dal reato, come nel caso in cui le somme rinvenute sul conto provengano da rimesse effettuate da terzi successivamente alla data di commissione del reato.

La Corte giungeva ad affermare, in via generale, che il tema si sposta sul terreno della prova posto che il terzo ricorrente ha l'onere di allegare circostanze da cui desumere che l'accrescimento del conto è frutto di rimesse successive alla commissione del reato e con questo non collegabili. Viene così prospettata una inversione dell'onere della prova.

Infine, è utile evidenziare che la terza sezione della Corte di Cassazione, ha escluso, nella sentenza Star Kamin s.r.l.,¹⁷¹ la confisca diretta in presenza della prova dell'estraneità dal reato delle somme attinte dal sequestro.

Nel dettaglio, richiamando alcuni precedenti, la Corte si è espressa nei termini che seguono: «nel solco dei principi Gubert e Lucci, il tema è stato

¹⁶⁹ Cass. pen. sez. VI, 20 aprile 2018, n. 17997, Bagalà, la quale afferma la necessaria preventiva individuazione del nesso di derivazione anche per il denaro, nonostante la natura fungibile del bene, precisando che “in tema di sequestro preventivo di somme di denaro, la misura cautelare può essere irrogata nei limiti in cui risulti accertato il nesso di pertinenzialità rispetto al reato, ravvisabile qualora il denaro costituisca il prodotto, il prezzo o il profitto del reato, oppure sia servito a commetterlo”.

¹⁷⁰ Cass. Pen. sez. III, 24 settembre 2018, n. 41104, Vincenzini, la cui massima afferma che “in tema di sequestro preventivo funzionale alla confisca, la natura fungibile del denaro, non consente la confisca diretta delle somme depositate su conto corrente bancario del reo, ove si abbia la prova che le stesse, non derivando dal reato, non costituiscono profitto dell'illecito”.

¹⁷¹ Cass. pen., sez. III, 11 febbraio 2019, n. 6348.

ulteriormente approfondito da due successive sentenze di questa Corte, con le quali, applicando a contrario i principi richiamati, si è precisato che la natura fungibile del denaro non consente però la confisca diretta delle somme depositate su conto corrente bancario del reo, ove si abbia la prova che le stesse non possono in alcun modo derivare dal reato e costituire, pertanto, profitto dell'illecito».

La Corte giunge, dunque, ad affermare che in definitiva, la natura fungibile del denaro non è sufficiente a qualificare di per sé come “profitto” l'oggetto del sequestro, essendo necessario anche provare che la disponibilità della somma successivamente sequestrata costituisca essa stessa risparmio di spesa conseguito con il mancato versamento dell'imposta o che si tratti di liquidità rimasta nella disponibilità del contribuente.

Queste precisazioni, non si pongono in contrasto con le Sezioni Unite Gubert e Lucci, ma ne costituiscono un'applicazione, riferita alla particolare tipologia dei reati tributari contraddistinti dall'omesso versamento di imposte dovute all'Erario.

Il perimetro di applicabilità della confisca diretta del valore del denaro, viene ridisegnata attraverso deroghe alla normativa generale.

Quasi a sposare il principio della sentenza Lucci, e in antinomia rispetto alla sentenza Gubert, le sentenze Barletta, Bagalà e Vincenzini, si caratterizzano per la rilevanza assegnata alla prova, fornita dall'interessato, che le somme depositate sui conti bancari si fossero generate per rimesse totalmente avulse rispetto ai reati contestati.

Non vi è dubbio che gli arresti citati abbiano inteso fornire degli argini all'applicazione indiscriminata della misura della confisca diretta del valore del denaro iniziando a conferire valore alla prova dell'eventuale assenza di derivazione di quelle somme del reato in contestazione. In questa prospettiva, il tentativo di classificare la misura della confisca diretta del valore del denaro, coniata dalla giurisprudenza di legittimità, potrebbe trovare una soluzione nella categoria delle presunzioni, nelle ipotesi in cui il profitto è costituito da denaro, infatti, si consente la confisca diretta pur in assenza dell'evidenza del nesso di pertinenzialità, in quanto l'appartenenza alla categoria dei beni fungibili consente di presumere che le

somme di denaro che si trovano su conto corrente, nonostante siano confuse con quelle già depositate, siano proprio derivate dal reato in contestazione.

In questo schema, si confisca il denaro in via diretta, ma la presunzione *iuris tantum* secondo cui il denaro sottoposto a vincolo, essendo di natura fungibile, ben potrebbe essere proprio quello che effettivamente costituisce il profitto del reato, resiste solo in assenza di prova contraria.

L'art. 240 co. 1 c.p., non prevede alcuna distinzione in virtù della natura del bene da confiscare e le difficoltà di rintracciare il percorso del denaro per applicare la forma diretta, e non per equivalente, non dovrebbe far venire meno la necessità di individuare la pertinenzialità del profitto rispetto al reato contestato.¹⁷²

4. Sulla costituzionalità delle misure di sicurezza e di prevenzione.

Alla luce di quanto esposto e degli aspetti critici insiti nel sistema delineato, emerge il tema della costituzionalità e convenzionalità delle misure in oggetto.

Il legislatore del 1930 aveva, certamente, avvertito l'esigenza di inserire nel codice penale un sistema di doppio binario costituito dalla sanzione penale tradizionale e da un sistema di misure di sicurezza, finalizzato a neutralizzare la pericolosità di determinate categorie di soggetti.

Innanzitutto, è doveroso sottolineare che, a livello sostanziale, le misure di sicurezza si distinguono dalle pene sotto due aspetti essenziali: per la diversa funzione e per il diverso fondamento. Sotto il primo aspetto, la pena assolve le funzioni di retribuzione, prevenzione generale e prevenzione speciale, mentre, la misura di sicurezza persegue una finalità special-preventiva, tendendo alla cura e alla rieducazione del reo socialmente pericoloso, oltre che alla sua neutralizzazione. Dal punto di vista del fondamento, si potrebbe affermare che la pena è la conseguenza di un giudizio di accertamento della violazione di un precetto, mentre la misura di sicurezza trova giustificazione e fondamento nel giudizio di pericolosità e di probabilità di reiterazione del fatto illecito.

Da qui, emergono due fondamentali aspetti: mentre la pena è determinata in proporzione alla gravità del fatto, la durata della misura è indeterminata perché

¹⁷² Cfr. KELLER, op. cit., 2019, 24.

rapportata alla prognosi di pericolosità, così da venir meno in funzione alla cessazione della pericolosità; inoltre, se la pena ha come destinatari i soli soggetti imputabili e semimputabili, le misure di sicurezza sono applicabili anche ai soggetti non imputabili, sempre in quanto siano pericolosi. Infatti, a tal proposito, ai soggetti imputabili e semimputabili le misure si applicano cumulativamente con la pena, concretizzando così il sistema del doppio binario. Ai soggetti dei non imputabili, le misure si applicano in via esclusiva.

Va rilevato che l'originario distacco tra le pene e le misure di sicurezza risulta oggi drasticamente ridotto, da un lato, a causa delle trasformazioni del contenuto della pena, che deve sempre più tendere alla rieducazione secondo il dettato costituzionale di cui all'art. 27 Cost., d'altro lato, stante un contenuto afflittivo delle stesse misure di sicurezza. Da qui, il complesso dibattito del corretto inquadramento delle misure in oggetto e il loro statuto costituzionale.

Le misure di sicurezza sono espressamente previste dalla Costituzione, che recepisce, in qualche misura implicitamente il sistema del doppio binario. I principi costituzionali rilevanti sono, *in primis*, il principio di legalità di cui all'art. 25, comma 3, Cost. che stabilisce che nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza se non nei casi previsti dalla legge. Venne, poi, costituzionalizzato il principio di legalità già sancito a livello legislativo dagli artt. 199 e 236 c.p. per i quali nessuno può essere sottoposto a misure di sicurezza che non siano espressamente stabilite dalla legge e fuori dai vasi dalla legge stessa preveduti.

Il principio di legalità garantisce che la previsione di qualunque misura di sicurezza, al pari della pena, sia demandata alla legge, la quale deve elencare tassativamente i casi in cui il giudice può applicare la misura di sicurezza e determinare il tipo di misura applicabile.

Di fondamentale rilevanza è il principio di irretroattività. A tal proposito, occorre innanzitutto chiedersi se, ed eventualmente entro quali limiti, valga il principio nel campo oggetto di questo studio. Come è noto, il principio di irretroattività non è espressamente sancito dall'art. 25 Cost. per le misure di sicurezza. Infatti, a ben vedere, mentre il comma 2, oltre ad enunciare il principio di riserva di legge, costituzionalizza anche quello di irretroattività con riguardo al reato e alla pena, il comma 3, invece, positivizza solo il principio di riserva di legge,

e non anche quello di irretroattività con riferimento alle misure di sicurezza. Tuttavia, si ritiene che il principio di irretroattività sia implicitamente ricavabile, con il solo riferimento all'ipotesi di intervenuta nuova incriminazione. Si ammette, invece la retroazione sfavorevole della norma che, sopravvenuta alla commissione del fatto già previsto come reato, preveda per la prima volta l'applicabilità di una misura di sicurezza non contemplata dalla normativa vigente al momento della commissione oppure di una misura di sicurezza più grave rispetto a quella della stessa disciplina prevista.

A tale esito si perviene attraverso la valorizzazione di due differenti argomenti: *in primis*, la diversa formulazione dell'art. 25, comma 3, Cost. rispetto al comma precedente; in secondo luogo, la formulazione dell'art. 200 c.p., che, dopo aver esplicitato che le misure di sicurezza sono regolate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione, aggiunge che se la legge del tempo cui si deve far riferimento per l'esecuzione della misura di sicurezza è diversa, si applica la legge in vigore al tempo della sua esecuzione.

Tale applicazione retroattiva delle misure di sicurezza è giustificata in considerazione della loro destinazione funzionale, rivolte, non già al passato, ma al futuro: con le misure di sicurezza si intende neutralizzare la pericolosità sociale non essendo la loro applicazione volta a retribuire e sanzionare il reato commesso, quanto a neutralizzare il rischio che l'autore possa nuovamente commettere il reato.¹⁷³ In realtà, sul punto, non si può tacere una divergenza di opinioni in dottrina, su cui si approfondirà.

Nell'intento del legislatore di intervenire in modo maggiormente incisivo ed effettivo sul problema della criminalità organizzata, accanto alle misure di sicurezza e alle pene, si è andato delineandosi il complesso sistema delle misure di prevenzione, per ciò che qui interessa, patrimoniali.

Le misure di prevenzione sono da sempre al centro di un vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale, soprattutto in virtù di quella parte dell'opinione che vede nelle misure di prevenzione delle "pene del sospetto", cioè delle misure

¹⁷³ Si deve sottolineare un orientamento dottrinario minoritario che sostiene la validità del principio di irretroattività anche con riguardo alle misure di sicurezza, attraverso una lettura ampia del comma 2 dell'art. 25 Cost., che coprirebbe non solo la previsione dei reati, ma anche il tipo e la quantità delle sanzioni da applicare in sede giurisdizionale, comprese le misure di sicurezza, in tal senso cfr. FIANDACA, MUSCO.

impiegate, in concreto e di fatto, quale surrogato di una pena sempre più in crisi di effettività e di identità.¹⁷⁴

Le misure di prevenzione sono, ad oggi, un pilastro dell'attività statale al contrasto delle forme di criminalità già citate, ma fin dalla loro introduzione sono state oggetto di attenzione da parte della Consulta. Le due primissime pronunce del nuovo Giudice delle Leggi sono dedicate proprio alla disciplina delle misure di prevenzione, contenuta nel già menzionato T.U. di pubblica sicurezza del 1931.¹⁷⁵

Come anticipato, con la l. n. 646/1982, nel contesto della lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso, si era finalmente capito che le misure personali di prevenzione, non erano più sufficienti da sole a controllare una pericolosa criminalità che dell'accumulazione della ricchezza aveva fatto ormai strumento e scopo per acquisire un potere sempre più ampio.¹⁷⁶

Proprio con riguardo all'art. 1 lett. a) e b) della legge summenzionata, è stata sollevata eccezione di costituzionalità esprimendo il dubbio che le generiche locuzioni ivi contenute, non siano conformi ai requisiti di precisione, determinatezza e prevedibilità, necessari affinché le norme censurate possa assurgere a idonea base legale di provvedimento limitativi dei diritti interessati dalle misure stesse.

Da ultimo, dunque, alla luce della nota sentenza della Corte EDU, De Tommaso, che ha denunciato «l'assenza di una denotazione fattuale» contenuta nelle previsioni di legge sul tema, le quali in virtù di tale elasticità lascerebbero nelle mani del giudice uno strumento particolarmente ed eccessivamente discrezionale basato su meri sospetti, la Corte Costituzionale con sentenza n. 24 del 2019, ha disposto l'illegittimità costituzionale in relazione alla lett. a) «traffici delittuosi», la cui previsione viene ritenuta «affetta da radicale imprecisione»; invece, ha respinto l'eccezione di costituzionalità in relazione alla lett. b) «attività delittuose», la cui previsione viene ritenuta sufficientemente precisa grazie all'interpretazione «tassativizzante» della Corte di Cassazione.¹⁷⁷ Proprio la

¹⁷⁴ Cfr. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione*, con la collaborazione di ZUFFADA, Torino, 2020, 7 ss.

¹⁷⁵ Cfr. Corte Cost. sent. n. 2/1956 e n. 11/1956, in tema di misure di prevenzione personali.

¹⁷⁶ GALLO, voce *Misure di prevenzione*, 30.

¹⁷⁷ Cfr. Cass. sez. II, 23 marzo 2012, n. 16348, Crea; Cass. sez. I, 24 marzo 2015, n. 31209, Scagliarini; Cass. sez. I, 1 aprile 2019, n. 27696, Immobiliare Peonia s.r.l.

giurisprudenza della Cassazione appena richiamata, stabilisce che devono essere rigorosamente rispettati anche in materia di prevenzione i principi di riserva di legge e di determinatezza della fattispecie sanciti dagli artt. 13 e 27 Cost. e proprio la valorizzazione del principio di tassatività ha consentito di affermare che anche il giudizio di prevenzione si alimenta, innanzitutto, dall'apprezzamento di fatti storicamente apprezzabili e costituenti indicatori della possibilità di ascrivere il proposto in una delle categorie previste dalla legge.¹⁷⁸

Per ciò che riguarda più nello specifico la confisca di prevenzione e quello, strettamente connesso, delle garanzie che devono essere rispettate nella sua applicazione, la sentenza della Corte Costituzionale del 2019, ha affrontato il tema, partendo dalla ricostruzione della *ratio* della misura patrimoniale in parola, qualificandola, insieme alla confisca c.d. allargata, costituisce la *species* del più ampio *genus* della «confisca dei beni di sospetta origine illecita», ossia accertata mediante uno schema legale di carattere presuntivo. Il *genus* di misure sopra richiamato rappresenta, come già accennato, uno strumento di contrasto alla criminalità c.d. da profitto. La sentenza in esame continua evidenziando i caratteri di tale misura, vale a dire l'allentamento del rapporto tra l'oggetto dell'ablazione e il singolo reato e, soprattutto, una semplificazione degli oneri probatori in capo all'accusa. La Corte, rileva poi che la presunzione relativa di origine illecita dei beni, presupposto applicativa della misura di prevenzione patrimoniale, non conduce necessariamente a riconoscere la natura sostanzialmente sanzionatoria della misura e non comporta, pertanto, la sottoposizione di tale tipo di confisca allo statuto costituzionale e convenzionale delle pene. Infatti, a conferma di ciò, in presenza di una ragionevole presunzione che il bene, di cui il soggetto risulti titolare o abbia la materiale disponibilità, sia stato acquistato in seguito alla condotta illecita, presunzione a sua volta fondata sul riscontro dei requisiti dettati dalla legge, la confisca del bene stesso non ha lo scopo di punire il soggetto per la condotta *contra legem*, ma ha l'obiettivo di privare il soggetto del bene, acquistato in violazione dell'ordinamento giuridico, o di fare in modo che venga «neutralizzato

¹⁷⁸ Per una dettagliata analisi degli approdi dell'interpretazione giurisprudenziale in merito alle locuzioni di cui all'art. 1 lett. a) e b), d.lgs. 159 del 2011, cfr. BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione*, op. cit., 50 ss.

quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa precedente, non potrebbe godere». ¹⁷⁹

Da tale quadro, emerge la natura ripristinatoria della confisca di prevenzione, e ne discende l'individuazione di un quadro costituzionale e convenzionale di riferimento diverso da quello della materia penale. La tutela dei diritti compressi dalla confisca di prevenzione va ricercata, sul piano sostanziale, negli artt. 41 e 42 Cost., e nell'art. 1 del Protocollo additivo alla CEDU e, sul piano processuale, negli artt. 111, co. 1, 2 e 6, Cost. e 6 CEDU.

5. Conclusioni

A conclusione di questo primo capitolo, rappresentante il primo approccio all'immenso universo dell'istituto della confisca, risulta utile ripercorrere, a questo punto sommariamente, quanto esposto fino ad ora.

Si è visto come la misura ablativa della confisca abbia rappresentato un fenomeno pressoché costante nella storia dell'ordinamento, pur andando incontro, nel passato e nel presente, ad una continua e inarrestabile evoluzione.

È proprio l'evoluzione dell'istituto che, ad oggi, mostrerebbe come sia più corretto parlare di confische, anziché di confisca. Pur avendo in comune l'effetto finale, cioè l'espropriazione della *res* oggetto di ablazione dal patrimonio del reo, le ipotesi di confische si differenziano quanto a presupposti, oggetto e modalità, con evidenti conseguenze sulla classificazione della natura della specifica forma di ablazione.

Nel corso dello studio che precede, si è voluto ripercorrere l'origine e lo sviluppo della confisca, mostrando un percorso che la dottrina definirebbe, à *rebours*:¹⁸⁰ al contrario, o controcorrente. Infatti, dalla confisca generale dei beni con finalità repressive, si passa alle ipotesi speciali di confisca, per poi, in tempi recenti, scorgere sotto il velo della prevenzione, una tendenza ad avvicinare la «misura di sicurezza», come catalogata nel codice penale dal 1930, ad una pena vera e propria. Va da sé che l'evolversi costante di questo strumento, è certamente dovuto alla sua duttilità e attitudine alla flessibilità, ma soprattutto al cambiamento

¹⁷⁹ Così testualmente, Corte Cost., 24 gennaio 2019, n. 24, *infra* § 10.3 del *Considerato in diritto*.

¹⁸⁰ FONDAROLI, *op. cit.*, 2007.

dei tempi che hanno trasformato l'oggetto della misura, cioè il patrimonio, in bersaglio privilegiato, come «bene da proteggere e da cui proteggersi».¹⁸¹

L'analisi dell'istituto è, volutamente, iniziata con un occhio alla confisca tradizionale, facoltativa o obbligatoria, contenuta nel codice penale del 1930, all'art. 240 c.p., per continuare con l'ipotesi di confisca per equivalente, il cui intervento più decisivo è anch'esso contenuto nel codice penale, all'art. 322 *ter*. Ciò che contraddistingue le ipotesi appena richiamate, è, senza dubbio, il declino del c.d. nesso di pertinenzialità, presupposto irrinunciabile ai fini della confisca *ex art.* 240 c.p., e, solo indirettamente, presente nella forma per equivalente. Ciò, per rispondere alle esigenze del tempo che cambia, come anticipato in apertura di questo paragrafo, sempre più improntato alla necessità di scovare i proventi del reato, in ogni loro forma, per dare sostanza al principio che “il delitto non paga”.

Le maggiori difficoltà interpretative hanno riguardato, e tuttora riguardano, le questioni intorno ai presupposti di applicabilità e alla definizione di profitto confiscabile, in un contesto storico come quello della c.d. criminalità da profitto. Sia in giurisprudenza sia in dottrina, si è cercato di dare risposta ai quesiti relativamente all'accertamento di responsabilità, giungendo, più di recente, ad affermare non estensibili i principi della nota pronuncia Lucci, alle ipotesi di confisca facoltativa, nel rispetto del principio di legalità, quindi la necessità che la responsabilità sia accertata in una pronuncia formale di condanna.

Di particolare rilevanza è l'oggetto ablabile, con ripercussioni sull'aspetto della pericolosità, in particolare sulla relazione tra la cosa e la persona titolare dei beni, spostandosi su una linea che oscilla tra pericolosità oggettiva e soggettiva. Si vedrà, più avanti, l'evoluzione del presupposto della pericolosità soprattutto in relazione alle ipotesi di confisca di prevenzione.

In ultimo, legato all'oggetto, è stato analizzato il tema del profitto confiscabile, alla luce delle innumerevoli complicità correlate alla proliferazione di forme di proventi slegati dalla fisicità, quali risparmi di spesa, di difficile contabilizzazione in termini di vantaggio.

In conclusione, l'immenso universo della confisca è in continua espansione, come emergerà nel corso di questo studio, avendo come stella polare il contrasto

¹⁸¹ L'espressione è di FONDAROLI, *op. cit.*, 2007, 1.

alla criminalità da profitto, stando al passo coi tempi per una risposta sempre più efficace al crimine e per invertire quel rapporto costi-benefici, che incentiva alla delinquenza, alla visione di legalità.

CAPITOLO II

LE IPOTESI SPECIALI DI CONFISCA: CONFISCA ALLARGATA E CONFISCA DI PREVENZIONE ANTIMAFIA

1. La confisca “allargata”: la rinuncia del Legislatore al nesso di pertinenzialità come risposta alla criminalità economica

L’istituto della confisca assume diverse declinazioni nell’ordinamento interno giuridico con l’ambizione di poter soddisfare diverse esigenze, assumendo una natura sempre più proteiforme, ma al tempo stesso contribuendo a far sorgere contrasti ed interrogativi in ordine al loro corretto inquadramento.¹

L’obiettivo perseguito dalle nuove regole in materia di criminalità organizzata ed economica sembra trovare giustificazione nella necessità di privare il reo di quanto ottenuto economicamente in relazione alla commissione dei fatti di reato, in base al principio per cui “il crimine non paga”. E poiché, come già accennato nel capitolo precedente, rispetto al regime generale delle prove, il rapporto di derivazione tra *res* e reato spesso sfugge ad accertamenti in sede processuale, è sorta l’esigenza di ricorrere ad ulteriori forme di prelievo dei proventi, che, proprio per la loro struttura atipica rispetto al modello codicistico tradizionale, costituiscono una specie autonoma di conseguenze giuridiche.²

Il recepimento sul piano sostanziale di una tale categoria di ordine generale, è avvenuto attraverso un *iter* a duplice direzione: da un lato, con l’inserimento di norme e di interventi incisivi nella risposta sanzionatoria economica; dall’altro, con il convincimento che la criminalità organizzata e la cd. criminalità da profitto, o economica, vengono spesso a sovrapporsi, o, per lo meno, possono essere assimilate a sfaccettature diverse dello stesso fenomeno, pur rimanendo fenomeni distinti, rispetto al quale lo strumento di intervento più significativo è ritenuto essere l’ablazione patrimoniale. L’accumulazione della ricchezza, unitamente alla commissione di un reato individuato dal legislatore come di particolare gravità e

¹ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale, Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007.

² *Ibidem*.

sintomatico della realizzazione di altri reati mirati alla creazione di profitti illeciti, legittima gli interventi ablativi nell'ambito di scelte politico-criminali.³

La valutazione che compie il legislatore, nell'approccio all'ablazione dei vantaggi, inquadrerebbe il reo nella categoria di *homo oeconomicus*, che ragiona in base ad un razionale bilancio costi-benefici, logica che sarebbe contrapposibile, nella strategia di politica criminale, soltanto da un sistema simmetricamente opposto di costi-benefici, tale da scoraggiare il reo ad intraprendere la delinquenza come strada più celere al guadagno, approntando un impianto sostanziale e processuale *ad hoc*.

Si profila una particolare dimensione della lotta alla criminalità, che potrebbe dirsi avere come "stella polare" una tutela general-preventiva. Secondo questo modello economico, si ipotizza che il potenziale criminale effettui una valutazione dei benefici, in termini di vantaggi attesi, e dei costi connessi al reato, ipotizzabili come il rischio di scoperta del fatto e applicazione della sanzione. Dunque, affinché nel giudizio di bilanciamento risulti "vantaggiosa" la scelta della non commissione del reato, occorre che la sanzione minacciata sia di gran lunga maggiore dei vantaggi attesi. In breve. La frequenza dei reati diminuirebbe, se l'aspetto del costo in termini di pena e di apprensione del patrimonio fosse sufficientemente oneroso, mentre il sistema penale dovrebbe essere improntato in modo da ridurre il più possibile le perdite per l'incremento di spesa dovuto alla commissione del reato. Come risultato, si dovrebbe ottenere, attraverso la riduzione delle spese di indagini e processuali, la pena più elevata possibile con la minor spesa per la scoperta del reato e la condanna dell'autore.

Le ipotesi speciali di confisca riaprono il dibattito sui limiti che il provvedimento di ablazione non deve travalicare, soprattutto in seguito all'estensione della confisca a beni diversi da quelli che costituiscono provento del reato. Il valore di "declassamento etico-sociale"⁴ che assumono tali ipotesi, può essere evitato solo recuperando la dimensione della derivazione del bene dal reato.

Nei fatti, l'applicazione dell'istituto deve essere ancorata a presupposti rigorosi per ricondurre ad effettive ipotesi eccezionali i casi legislativamente

³ Cfr. interpretazione dell'art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992 accolta dalle Sez. Un., 19 gennaio 2004.

⁴ Si tratta della preoccupazione ripresa dalla dottrina tedesca, ad opera di FONDAROLI, op. cit., 2007, 20.

previsti di adesione a prevalenti esigenze di prevenzione e per confermare l'essenzialità di un rapporto di dimostrata derivazione del bene acquisibile dal reato, tanto più necessario rispetto a provvedimenti ablativi definitivi.

Insomma, si registra una tendenza specificamente più incisiva dell'intervento statale rispetto a fatti di criminalità economica. Ad essa è ritenuto legittimo estendere alcuni principi derogatori slegati dai tradizionali canoni di matrice illuministica: la pericolosità sociale di determinati soggetti; la mancata giustificazione della provenienza dei beni di valore sproporzionato al proprio reddito da parte di soggetti condannati per un reato rientrante nell'elenco prefissato dal legislatore; il sospetto di accumulazione di ricchezza illecita; infine, l'acquisizione, non solo del prodotto, del profitto e del prezzo del reato, ma anche di qualunque bene ad esso equivalente.

L'ipotesi di confisca allargata va collocata proprio nel quadro appena esaminato e descritto, insieme alle altre forme speciali di confisca introdotte nell'ordinamento per intervenire in maniera più incisiva sulla criminalità da profitto. Tale misura si pone sul solco della confisca come misura di prevenzione *ex art. 2 ter l. n. 575 del 1965*, oggi *art. 24 d.lgs. n. 159 del 2011*.

Si tratta di un ulteriore strumento di ablazione estesa destinata a superare il problema fondamentale della confisca tradizionale, cioè l'accertamento del nesso di causalità tra i profitti e il reato.⁵

L'ambito di applicazione si è sempre più esteso a numerose fattispecie di reato e questa estensione preoccupa in termini di politica criminale poiché non sempre coerente con la ratio dell'intervento legislativo che consiste nel contrasto alla criminalità organizzata.⁶

Nell'ambito delle ipotesi speciali di confisca, si deve registrare una evidente preminenza del rapporto soggettivo tra persona indagata o condannata e beni suscettibili di ablazione a discapito del rapporto di derivazione di questi ultimi dal reato.⁷

⁵ MAUGERI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Enc. Dir.*, Annali VIII, 2015.

⁶ A titolo esemplificativo, sono stati inclusi reati, quali il peculato mediante profitto dell'errore altrui, non necessariamente legati alla criminalità organizzata.

⁷ A tale categoria appartiene anche la forma di confisca per equivalente, esaminata nel cap. II.

Il canone del disancoramento del bene dal fatto di reato si radica nel terreno delle strategie al contrasto alla criminalità organizzata, nella sua forma c.d. da profitto, per il quale assume rilevanza non il “fatto” del soggetto ma il suo *status*.⁸

1.1. La genesi e l'evoluzione: dall'art. 12 *sexies* della l. 365/1992 al principio della riserva di codice del d.lgs. 21/2018. L'art. 240 *bis* c.p. nel contrasto ai patrimoni illecitamente accumulati.

Esattamente trent'anni fa, il 23 maggio 1992, a Capaci, per mano della mafia che faceva deflagrare 500 chili di esplosivo, morivano il giudice Giovanni Falcone, sua moglie Francesca Morvillo e gli uomini della scorta, Vito Schifani, Rocco Dicillo e Antonio Montinaro. L'8 giugno di quello stesso anno, entrava in vigore il d.l. n. 306 deliberato dal governo come pronta reazione di contrasto alla criminalità di stampo mafioso.

Il 19 luglio 1992, durante l'iter di conversione del decreto legge, veniva ucciso, di nuovo per conto della mafia, il giudice Paolo Borsellino, con la sua scorta. L'evento segnava l'incentivo ad introdurre ulteriori norme volte al perseguimento della finalità già enunciata.⁹

Ci si era resi conto del fatto che i patrimoni mafiosi, ma non solo quelli, si accumulavano senza possibilità di documentare un puntuale collegamento con un reato specifico, per quanto di natura associativa. Era, quindi, necessario sganciare l'arricchimento indebito dalla connessione con alcune condotte penalmente rilevanti. Per questo, lo strumento tradizionale, mostrava tutti i suoi limiti poiché, nella parte in cui si riferisce al profitto del reato, richiedeva la prova puntuale della pertinenza del cespite al fatto penalmente rilevante.

Inoltre, la punizione dei reati associativi non risolveva la necessità di adeguata risposta sanzionatoria, soprattutto nei confronti di soggetti mafiosi c.d. “atipici”, quali i “colletti bianchi”, neanche arrivava a punire i mafiosi tradizionali nel punto più ostico e insidioso: il patrimonio illecitamente accumulato.

⁸ ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca da profitto*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006, in cui si osserva che la ragione fondante di tali misure ablativo sta nella incongruità delle ricchezze il cui soggetto può disporre rispetto alle sue condizioni e nella incapacità di giustificarle.

⁹ Per la ricostruzione storica cfr. EPIDENDIO, VARRASO, *Codice delle confische*, cap. IV, Milano, 2018.

Da questo quadro: la necessità di confiscare il patrimonio senza provarne l'origine illecita, e ancora meno la provenienza da un particolare delitto. La svolta normativa consisteva nel fatto che l'ordinamento si accontentava del carattere sospetto di quella ricchezza.

Fin dall'inizio degli anni Novanta, quindi, le ipotesi di confisca previste dall'art. 240 c.p. e da alcune norme del codice penale, presentano l'univoca caratteristica di richiedere il nesso tra il commesso reato e il bene confiscato.

I limiti derivanti dal nesso tra reato e bene, sempre più avvertiti, e le ragioni emergenziali di quegli anni, sono alla base dell'introduzione della confisca allargata, in cui il rapporto tra ablazione del bene e reato commesso diviene sfumato.

Nel clima sopra descritto, viene introdotto, dapprima, l'art. 12 *quinqüies*, d.l. 306/1992, comprendente al primo comma il delitto di «Trasferimento fraudolento di valori» e la disposizione è ancora inserita, in forza del d.lgs. 21/2018, nel codice penale all'art. 512 *bis* c.p.

Al secondo comma, invece, viene inserito il delitto di «Possesso ingiustificato di valori», introducendo, dunque, un delitto, con confisca obbligatoria, ascrivibile alle persone nei cui confronti sono svolte indagini.

La mancata conversione del decreto legge nei termini previsti impose un ulteriore decreto, cui ne seguirono altri emessi per la stessa ragione, fino al d.l. 369 del 1993, convertito dalla l. 461/1993, modificato in modo tale da spostare l'area della punibilità alla condizione soggettiva della persona iscritta nel registro notizie di reato a persona nei cui confronti è stata esercitata l'azione penale.¹⁰

La Corte Costituzionale con la sentenza n. 48/1994,¹¹ dichiarava l'incostituzionalità della norma attraverso una motivazione che affronta numerose questioni, tra cui il rapporto tra procedimento penale e di prevenzione e le diverse garanzie. Il nucleo delle censure consisteva nel rilievo che l'art. 12 *quinqüies*,

¹⁰ Le modifiche apportate dalla decretazione d'urgenza sono sostanzialmente tre: 1) la sostituzione del riferimento alle persone nei cui confronti sono svolte indagini con quello a "coloro nei cui confronti pende procedimento penale"; 2) l'aggiunta, accanto alle persone nei cui confronti si procede per l'applicazione di una misura di prevenzione personale, anche di chi ha in corso di applicazione una misura; 3) l'aumento nel massimo della pena edittale da quattro a cinque anni di reclusione.

¹¹ Si tratta del giudizio di legittimità costituzionale dell'art. 12 *quinqüies*, comma 2, d.l. 306/1992, con riferimento agli artt. 27 co.2, 3, 24 e 42 co.2 Cost.

comma 2, d.l. 306/1992, puniva la disponibilità dei beni di valore sproporzionato al reddito o alla attività economica svolta, ove di tale disponibilità di beni non venisse giustificata la legittima provenienza da parte di coloro coinvolti in un procedimento penale per determinati reati. Tale condizione, essendo legata al possesso ingiustificato dei beni da parte di soggetti che si qualificano per il sol fatto di rivestire una condizione meramente processuale, assumeva il carattere della temporaneità e che, pertanto, doveva ritenersi inidonea ad assegnare al soggetto attivo una vera e propria connotazione di disvalore della condotta, giustificatrice della risposta sanzionatoria, strutturando la fattispecie come reato proprio fondato sul sospetto.

In tale pronuncia la Consulta, pur affermando l'illegittimità di fattispecie incriminatrici fondate sul mero sospetto, rappresenta come non sarebbe in contrasto con i principi costituzionali¹² la previsione di misure preventive che valorizzino, quale presupposto applicativo, la qualità del soggetto interessato, quale indiziato o condannato per reato gravi, per fondare «il sospetto che la sproporzione tra beni posseduti e reddito dichiarato possa esser frutto di illecita attività». In tale senso il Giudice delle leggi, ha affermato che una norma che desume dalla qualità di indiziato per taluni reati il sospetto che la sproporzione tra beni posseduti e reddito dichiarato possa essere frutto di illecita attività, possa resistere al vaglio di legittimità costituzionale, senza porsi in aperto contrasto con i principi fondamentali, primo fra tutti il principio di non colpevolezza.¹³

Per la Corte, dunque, pur dovendosi dichiarare l'illegittimità costituzionale dell'art. 12 *quinquies*, poteva considerarsi lecito il ricorso alla misura cautelare del sequestro preventivo finalizzato alla confisca sui beni nella disponibilità di un soggetto sottoposto a procedimento penale per ipotesi di reato particolari.¹⁴ La Consulta, infatti, afferma che siano «fin troppo note» le ragioni di politica criminale

¹² In senso contrario, si sostiene che corollario del principio di non colpevolezza ex art. 27 co. 2 Cost., sia che la sottoposizione a procedimento penale assume connotazioni neutre agli effetti del diritto sostanziale. Il fatto penalmente rilevante deve essere tale a prescindere dalla circostanza che il suo autore sia o meno indagato o imputato, perché tali condizioni, come ogni *status* processuale, non legittimano alcun apprezzamento in termini di disvalore del fatto, che viene riservato, invece, soltanto alla sentenza irrevocabile di condanna, cfr. SANTACROCE, nota a sent. Corte Cost. n. 48/1994.

¹³ Corte Cost. n. 48/1994 in *cortecostituzionale.it*.

¹⁴ DELLA REGIONE, *La confisca allargata*, in *La legislazione antimafia*, MEZZETTI, LUPARIA DONATI (diretto da), Torino, 2020.

che hanno indotto il Governo ad emanare il d.l. 306/1992, poi convertito con modificazioni, a tal punto che la stessa relazione illustrativa del disegno di legge di conversione ha scolpito le ragioni con incisività. La disposizione, giova riportare, si inserisce, invero, in quella complessa manovra normativa, necessaria ad adottare misure capaci di fronteggiare, sia a livello preventivo che repressivo, il fenomeno del crimine organizzato spintosi ad una «aggressione che ha raggiunto livelli ormai assolutamente intollerabili».¹⁵ Proprio tali motivazioni fanno da contraltare ai dubbi emersi circa l'effettiva compatibilità della norma con, seppur ineludibili, principi di rango costituzionale.¹⁶

Tuttavia, la Corte svela il vizio di legittimità che colpisce la norma impugnata. Se, infatti, può ritenersi non in contrasto con i principi costituzionali una norma che, al fine di attivare misure di tipo preventivo, desume dalla qualità di indiziati per taluni reati il sospetto che la sproporzione tra beni posseduti e reddito dichiarato possa essere frutto di illecite attività, altrettanto non potrebbe ammettersi ove l'analoga situazione venisse riconosciuta all'interno di una previsione incriminatrice,¹⁷ poiché, in caso contrario, ne sarebbe messa in discussione la stessa legittimità, alla luce del principio di presunzione di non colpevolezza, invocato dai giudici rimettenti. In altri termini, il fatto penalmente rilevante deve essere tale a prescindere dalla circostanza che il suo autore sia o non sia indagato o imputato, perché tali condizioni, per la loro instabilità, non legittimerebbero alcun disvalore accertato e, anzi, si anticiperebbero quegli effetti che la Costituzione riserva, invece, solo alla sentenza definitiva (*rectius*: irrevocabile) di condanna. L'art. 12 *quinquies* in questione, ispirandosi a modelli tipici del procedimento di prevenzione, fonda sulla qualità di indagato o imputato il presupposto soggettivo di punibilità, cosicché la persona, seppur presunta innocente, è, nei fatti, ritenuta colpevole e assoggettata a pena in relazione ad una condotta che, se posta in essere da qualsiasi altro soggetto, viene ad essere normativamente riguardata in termini di totale indifferenza. Da ciò, a nome della Corte, traspare la lesione inferta al parametro

¹⁵ XI Legislatura, Atto Senato n. 328, p. 11.

¹⁶ Già in sede di commissione Affari Costituzionali del Senato, il sottosegretario di Stato per l'interno aveva evidenziato come l'art. 12 *quinquies*, pur potendo alimentare dubbi di costituzionalità, rappresentasse, in realtà, uno strumento "efficace vigoroso", v. seduta del 21 luglio 1992.

¹⁷ Cfr. in dottrina, FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, op. cit., 455.

costituzionale, in tutta la sua chiarezza, anche a fronte dell'ulteriore requisito della giustificazione qualificata consistente nella legittimità della provenienza dei beni o delle utilità.¹⁸

L'intervento della Corte Costituzionale costituisce l'occasione per recuperare le finalità della disposizione dichiarata costituzionalmente illegittima, introducendo una nuova forma di confisca che, avendo comunque la *ratio legis* di a contrastare le ricchezze illecitamente accumulate, al tempo stesso, consente di fare riferimento al diverso livello di garanzie degli artt. 41 e 42 della Costituzione che consentono limitazioni per finalità sociali.

Il d.l. 399 del 1994, tenendo conto delle puntualizzazioni della Corte, introduce un nuovo articolo, a seguire l'art. 12 *quinquies*: l'art. 12 *sexies*, rubricato «Ipotesi particolari di confisca».

La nuova formulazione viene giustificata con la necessità di creare una confisca in grado di realizzare le stesse finalità che si volevano raggiungere con la disposizione precedentemente introdotta, poi dichiarata illegittima, recependo, come si vedrà, le indicazioni offerte dalla Corte e, in particolare, collegando la misura ablativa con la condotta per il reato presupposto, e non semplicemente al mero avvio del procedimento penale o al solo esercizio dell'azione penale.

La nuova disposizione prevede che nei casi di condanna o di applicazione della pena di cui all'art. 444 c.p.p., per il reato di cui all'art. 416 *bis* c.p. e per altri gravi reati, si proceda alla confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui «il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività».¹⁹

Il legislatore seleziona dieci delitti e una aggravante specifica che sono accomunati dall'ordinaria accumulazione di profitto illeciti.

Questa nuova forma di confisca, di carattere obbligatorio, qualificata come misura di sicurezza, è caratterizzata principalmente dal far venire meno il

¹⁸ Inoltre, prosegue la Corte, l'art. 12 *quinquies*, comporterebbe il rischio di un medesimo fatto punibile a doppio titolo: prima per la condotta illecita volta ad acquisire la disponibilità dei beni e, poi, per il semplice possesso di quei beni dei quali non può dedursi la legittima provenienza.

¹⁹ Art. 12 *sexies* d.l. 399/1994, conv. dalla l. 501/1994.

tradizionale legame tra reato e bene confiscato. L'allontanamento dal nesso la fa definire come confisca "allargata"²⁰ o "estesa", e si utilizza anche l'espressione confisca "per sproporzione" per il rilievo che assume la sproporzione tra valore dei beni e reddito dichiarato.

La peculiarità dell'ipotesi di cui all'art. 12 *sexies* si rinviene non solo nella specialità delle fattispecie cui si riferisce il dettato della norma, ma anche nell'applicazione nei casi di condanna e di applicazione della pena su richiesta delle parti ex art. 444 del codice di rito nell'apprensione del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica.²¹

La confisca allargata si inserisce in una linea di tendenza in cui assume sempre maggior valore il contrasto patrimoniale alla criminalità²² e che prosegue negli anni successivi con l'introduzione di plurime ipotesi di confisca obbligatoria, nel codice penale e in leggi speciali, e della confisca per equivalente diretta a sottrarre al reo beni, pur se di provenienza lecita, di valore corrispondente all'utilità tratta dal commesso reato. Quest'ultimo strumento presenta una innegabile valenza sanzionatoria.

Nel corso del tempo, si verifica una progressiva stratificazione normativa. Il legislatore ricorre alla tecnica di interpolare la disposizione di cui all'art. 12 *sexies* con nuove norme, anche inserendo ulteriori delitti così da incrementare gli strumenti di intervento sul patrimonio. È proprio per questo che, come da opinione condivisa, l'art. 12 *sexies* consente una importante dilatazione dei beni oggetto di ablazione. Tracce del *favor* del legislatore nei confronti della misura sono rinvenibili in una duplice direzione: per un verso, nell'ampliamento del potere di indagine attribuito dall'art. 12, l. 146/2006 in materia di crimine organizzato

²⁰ Espressione utilizzata anche dalla Corte Cost. nella sent. n. 33 del 2017.

²¹ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, op. cit., 203.

²² MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2015, secondo cui la centralità delle riforme in tema di sequestro e confisca lascia intravedere una radicale metamorfosi strategica del diritto penale, che dimostra di eleggere l'incapacitazione economica come prima *ratio*, soprattutto contro la criminalità *white collars*.

transnazionale²³; per altro verso, come già accennato, per l'estensione dello spettro di operatività *ex art. 12 sexies*, ai reati di peculato, malversazione a danno dello Stato, concussione e corruzione e di utilizzazione di invenzioni o scoperte conosciute per ragioni di ufficio.

La l. 161/2017 riscrive integralmente²⁴ l'art. 12 *sexies* inserendo nel comma 1, i delitti che consentono la confisca in esame prima collocati nei commi 1, 2 e 2 *quater*. La l. 161/2017 viene anche incontro al rilievo per cui risultava una discrasia tra delitti previsti dall'art. 12 *sexies* e delitti previsti dall'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p. che, per la medesima ratio delle due disposizioni, avrebbero dovuto coincidere.

Il d.lgs. 21/2018, relativo alla riserva della materia penale nel codice penale, ha ricondotto l'articolata disciplina dell'art. 12 *sexies* all'interno del codice penale per ragioni di coerenza sistematica e per rispondere all'esigenza di «dettare una disciplina organica in ambito codicistico delle misure di sicurezza patrimoniali che rappresentano un fondamentale strumento di contrasto del sempre più diffuso fenomeno dell'accumulo dei patrimoni illeciti che mina il corretto funzionamento del sistema economico nazionale».²⁵

L'intervento più incisivo, dunque, è quello che vede l'inserimento delle disposizioni sulla «confisca in casi particolari» relative ai delitti previsti da leggi speciali con un rinvio all'art. 240 *bis* c.p., cui è affidato il ruolo di norma centrale di regolamentazione codicistica.

La legittimità della misura ha trovato conferma recentemente nella pronuncia della Corte Costituzionale del 2017, che ha sottolineato la natura di strumento atto ad incidere sull'accumulazione della ricchezza illecita, ritenuta socialmente pericolosa, a fronte della possibile utilizzazione delle risorse per il finanziamento di ulteriori delitti o del loro reimpiego nel circuito economico-finanziario, con effetti distorsivi del sistema economico-legale.²⁶

²³ Il p.m., infatti, in relazione ai reati di cui all'art. 3, l. 146/2006 (“Ratifica ed esecuzione della Convenzione e dei Protocolli delle Nazioni Unite contro il crimine organizzato transnazionale”), può compiere, nei termini e ai fini dell'art. 430 c.p.p., ogni attività che si rende necessaria circa i beni, il denaro e altre utilità soggette a confisca dell'art. 12 *sexies*.

²⁴ Nel testo riscritto dalla novella: richiama i delitti di cui all'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p.; elenca i delitti non richiamati dall'art. 51 co. 3 *bis* presenti precedentemente nei commi 1, 2, 2 *quater* del d.l. 306, previsti dal codice penale e da leggi speciali, i commi 2 e 2 *quater* sono stati abrogati.

²⁵ Relazione illustrativa del Governo del d.lgs. 21/2018.

²⁶ Cfr. Corte Cost. 7 novembre 2017, n. 33.

Si conferma, dunque, la legittimità di un tale strumento ablativo sostenuto, altresì, da una solida esperienza internazionale e sovranazionale, con particolare riguardo alla Decisione quadro 2005/212/GAI del Consiglio dell'Unione Europea del 24 febbraio 2005 che, trattando di confisca, ha individuato nell'art. 3 i cd. potersi estesi riferiti anche alla misura ablatoria in esame, ed ancora, alla direttiva 2014/42/UE²⁷, con la quale è estesa l'ambito di applicazione della confisca di cui all'art. 12 *sexies* alle ipotesi delittuose di associazione per delinquere finalizzata alle falsità in monete e ad ulteriori fattispecie di reato.

La confisca allargata ha ad oggetto beni posseduti da soggetti condannati per uno dei reati presupposto, il cui valore risulta «sproporzionato» rispetto all'attività economica svolta e che non sia giustificabile dal suo titolare.

Da tali elementi, si desume, secondo un meccanismo prettamente presuntivo, la capacità del soggetto interessato ad accumulare patrimonio di origine illecita.

1.2. L'operatività: i presupposti applicativi soggettivi.

Giungendo ai presupposti applicativi, l'art. 240 *bis* consente la confisca dei beni che si trovano nella disponibilità, diretta o indiretta, del soggetto che sia stato condannato per uno dei reati presupposto, qualora il valore dei beni posseduti sia sproporzionato rispetto a quanto dichiarato, o comunque il soggetto non sia in grado di giustificarne la legittima provenienza.

La misura è sottoposta a presupposti di stampo soggettivo e oggettivo. Sul piano soggettivo, è richiesta la condanna per uno dei reati presupposti e la titolarità diretta, o anche per interposta persona, dei beni. I requisiti oggettivi consistono nella

²⁷ Recepita in Italia con il d.lgs. 29 ottobre 2016, n. 202. La confisca prevista dalla direttiva impone l'accertamento di un nesso di pertinenza tra i beni confiscati e il reato per cui è intervenuta condanna. L'art. 5 della direttiva stabilisce che gli Stati Membri adottino le misure necessarie per poter procedere alla confisca dei beni che appartengono a una persona condannata per un reato suscettibile di produrre, direttamente o indirettamente, un vantaggio economico, laddove l'autorità giudiziaria, in base alle circostanze del caso, sia convinta che i beni in questione derivino da condotte criminose. Dunque, testualmente, la direttiva impone l'accertamento che i beni da confiscare derivino da condotte criminose. Tuttavia, la lotta contro la criminalità organizzata, dovrebbe essere conseguita neutralizzando i proventi del reato e dovrebbe essere estesa a qualsiasi bene derivante da attività di natura criminosa. L'art. 240 *bis* c.p. fonda la misura in esame esclusivamente sulla sproporzione, così la ricostruzione di DELLA REGIONE, op. cit., 2020, 274.

sproporzione tra valore del bene soggetto ad ablazione, il reddito e l'impossibilità di giustificarne la provenienza.

Dunque, per ciò che riguarda nello specifico i presupposti di carattere soggettivo, sono necessarie la riconducibilità della condotta ad una delle fattispecie di reato espressamente previste e la condanna, quindi, l'accertamento della penale responsabilità al di là di ogni ragionevole dubbio, salvo quanto si approfondirà. Inoltre, le condizioni del provvedimento ablativo devono essere accertate in tutta la loro valenza, all'esito delle varie fasi del procedimento quando, attraverso il contraddittorio, possono essere offerte tesi ed allegazioni difensive le quali, ove idonee, a giustificare la legittima provenienza del bene impongono la revoca del sequestro, fino alla sentenza di condanna o di applicazione della pena *ex art. 444 c.p.p.*

1.2.1. I delitti che consentono la confisca allargata. Focus sul delitto di ricettazione alla luce della Corte Costituzionale, 8 novembre 2017, n. 33.

Come anticipato, uno dei presupposti soggettivi riguarda la condanna o il patteggiamento per uno dei delitti previsti.

In primis, è doveroso sottolineare quanto il catalogo dei delitti in questione abbia attraversato un periodo di inarrestabile espansione. Sebbene il dichiarato obiettivo politico-criminale della norma fosse quello del contrasto all'accumulazione dei patrimoni mafiosi, la scelta del novero dei reati presupposto è apparsa non pienamente coerente con le intenzioni. Se appariva coerente con lo spirito della norma l'inserimento delle ipotesi associative di stampo mafioso, di quella finalizzata al traffico degli stupefacenti e al contrabbando di tabacchi, non altrettanto coerente appariva il riferimento a reati quali l'estorsione, il riciclaggio, il sequestro di persona, il reimpiego, lo spaccio di sostanze. Per tali fattispecie, nelle quali non si trova necessariamente un nesso con le associazioni mafiose, sarebbe stato opportuno legare il reato presupposto, alla commissione mediante le modalità tipiche di cui all'art. 416 *bis* c.p., oppure subordinare l'applicabilità della confisca, almeno, alla sussistenza di una finalità agevolatrice delle associazioni di stampo

mafioso, rinviando, quindi, all'aggravante *ex art. 7, l. 203/1991*.²⁸ Per converso, è consentita la confisca anche per ipotesi di reato distanti dalla *ratio* della legge, destando forti dubbi sotto il profilo della ragionevolezza legislativa, specie a fronte di una presunzione legale di pertinenzialità fra i reati presupposto e l'illiceità del patrimonio.²⁹

L'ampio catalogo iniziale dei reati presupposto, nel tempo, come anticipato, è stato via via esteso dagli interventi legislativi che si sono succeduti. In particolare, procedendo in ordine cronologico, il legislatore con l'art. 24 della l. 45/2001, ha sancito la confiscabilità dei beni del condannato per delitti commessi per finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine costituzionale.

Con l'art. 7, co. 3, l. 228/2003, sono stati aggiunti i delitti di riduzione in schiavitù, di tratta di persone, di acquisto e alienazione di schiavi e l'ipotesi delittuosa di associazione a delinquere finalizzata a commettere tali delitti.

Inoltre, con la legge finanziaria del 2007, l'ipotesi di confisca in oggetto è stata estesa ai delitti contro la Pubblica Amministrazione, come il peculato, peculato mediante profitto dell'errore altrui, malversazione a danno dello Stato, indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato, concussione, corruzione per l'esercizio della funzione, corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, corruzione in atti giudiziari, corruzione di persona incaricata di pubblico servizio; ancora, utilizzazione di invenzioni e scoperte conosciute per ragioni di ufficio.

Con l'art. 15, co 3., l. 99/2009, sono entrati a far parte del catalogo anche i reati di contraffazione, alterazione o uso di marchi ovvero brevetti, modelli e disegni, introduzione nello stato di prodotti con segni falsi, la fabbricazione e il commercio di beni realizzati usurpando titoli di proprietà industriale, nonché associazione a delinquere finalizzata alla commissione dei citati reati.

²⁸ DELLA REGIONE, *op. cit.*, 295.

²⁹ Particolari dubbi ha sollevato anche l'inclusione nel catalogo originario dell'ipotesi di ricettazione *ex art 648 c.p.*, delitto dal vastissimo ambito applicativo che più che espressione di vicende di criminalità organizzata di stampo mafioso, assume i tratti tipici della criminalità patrimoniale, così SGUBBI, *L'art. 12 quinquies della leggen. 356 del 1992*, in *Atti del IV convegno nazionale di Diritto Penale*, Torino, 1996.

Successivamente, con la ratifica della Convenzione del Consiglio d'Europa di Lanzarote,³⁰ sono state aggiunte le ipotesi connesse alle forme di sfruttamento sessuale dei minori, sul presupposto che dietro a queste si nascondano organizzazioni criminali anche transnazionali capaci di lucrare enormi introiti. In particolare, la norma si riferisce ai reati di prostituzione minorile (limitatamente al reclutamento, induzione, favoreggiamento, sfruttamento e gestione della prostituzione), di pornografia minorile (limitatamente alla produzione di spettacoli e di materiale pornografico con l'utilizzo di minori ed alla commercializzazione di tale materiale), nonché le fattispecie di iniziative turistiche rivolte allo sfruttamento della prostituzione minorile.

Si segnalano, infine, altri due interventi particolarmente rilevanti nel 2016, che hanno riguardato l'introduzione nel catalogo dei reati presupposto per l'applicazione della confisca *ex art. 240 bis c.p.*, dei delitti di intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro di cui all'*art. 603 bis c.p.*, e al reato di associazione per delinquere di cui all'*art. 416 bis c.p.*, quando l'associazione sia finalizzata alla commissione dei delitti di falsificazione di moneta, spendita ed introduzione nello Stato, previo concerto, di monete falsificate, di contraffazione di carta filigranata in uso per la fabbricazione di carte di pubblico credito o di valori di bollo.

Da ultimo, sono stati inseriti i reati informatici di installazione di apparecchiature, atte ad intercettare, impedire o interrompere comunicazioni informatiche o telematiche, di falsificazione, alterazione o soppressione del contenuto di comunicazioni informatiche o telematiche, di danneggiamento di informazioni, dati o programmi informatici di pubblica utilità.

Volendo tracciare, a tal proposito, una visione d'insieme, si potrebbe affermare che gli unici ampliamenti coerenti con le finalità prospettate dal legislatore in sede di adozione della norma relativa alla confisca "allargata", sarebbero rappresentati dai delitti contro la personalità individuale e dell'associazione a delinquere finalizzata a commettere i reati contro la personalità individuale. In realtà, nei restanti casi, la scelta potrebbe inquadarsi meglio in

³⁰ Si tratta della Convenzione del Consiglio d'Europa di Lanzarote per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale (STCE no. 201), entrata in vigore il 01/07/2010, ratificata in Italia nel 2013.

un'ottica simbolica, avvicinando la misura sempre più al novero delle sanzioni patrimoniali.

Proprio il divario tra l'ampliamento del catalogo dei reati presupposto e la *ratio* della misura è stato al centro della più recente evoluzione della giurisprudenza costituzionale. Secondo la Consulta³¹, infatti, a fattispecie idonee a fondare la ragionevole presunzione di illiceità del patrimonio sproporzionato alle possibilità dell'autore del reato, si affiancavano altre ipotesi delittuose che, pur rappresentando reati tipici della criminalità organizzata, ben potrebbero comunque essere perpetrati in contesti del tutto estranei da questa. La successiva e graduale espansione del catalogo dei reati ha avuto come conseguenza l'aumento del divario soprarichiamato e la necessità di rileggere il requisito della sproporzione per riportare il sistema a tassatività e coerenza. Nel caso rimesso alla giudice delle Leggi, la Corte rimettente giudicava l'inclusione della fattispecie di ricettazione, totalmente irragionevole³² nell'ambito della lista dei reati presupposto, riscontrando il difetto di correlazione con la *ratio* della norma. Tuttavia, i giudici costituzionali, non persero tempo ad affermare che la visione prospettata dal giudice *a quo* non fosse avallata da un'attenta analisi del catalogo dei reati presupposto.

A ben vedere, ad avviso della Consulta, anche il delitto di ricettazione, risulta un reato strutturalmente idoneo a determinare un'illecita accumulazione di ricchezza. Non è, quindi, «*tout-court* irragionevole la sua inclusione come reato-spia della sproporzione,³³ intesa non come una qualsiasi discrepanza tra guadagni e possidenze, ma come uno squilibrio incongruo e significativo, da verificare con riferimento al momento dell'acquisizione dei singoli beni».

Tuttavia, la sentenza di cui si discute, afferma il seguente principio: per poter disporre la confisca allargata in caso di condanna definitiva o di pena su

³¹ Cfr. Corte Cost., 7 novembre 2017, n. 33, che afferma inoltre che taluni reati «non implicano, in modo assoluto e indefettibile, la qualità di delinquente seriale del loro autore». (così §10). La sentenza si riferiva ai delitti di estorsione, sequestro di persona a scopo di estorsione, usura, ricettazione, riciclaggio, contrabbando aggravato.

³² Sull'ordine di due ragioni: «I) da un lato, per l'assimilazione del predetto reato agli altri gravi delitti indicati dalla norma censurata, rispetto ai quali la presunzione apparirebbe invece razionalmente giustificata alla luce delle caratteristiche della condotta; II) dall'altro lato, per l'equiparazione del trattamento delle diverse ipotesi riconducibili al paradigma punitivo considerato, fortemente eterogenee tra loro sul piano dell'idoneità a fondare una presunzione di pericolosità sociale».

³³ Sul punto, si approfondirà successivamente *infra* §1.3.2.

richiesta delle parti *ex art. 444 c.p.p.* per il delitto di ricettazione, è necessaria una verifica in concreto che accerti come il fatto storico oggetto del giudizio presenti le caratteristiche che rendono ragionevole la presunzione circa la provenienza illecita del patrimonio sproporzionato ed ingiustificato dal reo.³⁴ Dunque, questa fattispecie, a differenza delle altre contenute nell'art. 12 *sexies*, non è univocamente indicativa di una protratta attività di accumulazione di ricchezza illecita, ma anzi, ben può essere commessa al di fuori di un'associazione organizzata.

Per la Corte, nonostante il silenzio della legge sul punto, si deve riscontrare il requisito della c.d. «ragionevolezza temporale».³⁵ La confisca, cioè, può riguardare unicamente quei beni acquisiti dal condannato in un momento cronologico subito prossimo a quello della manifestazione della sua condotta illecita già accertata in via definitiva, così da «evitare una dilatazione della sfera di operatività, che legittimerebbe un monitoraggio patrimoniale esteso all'intera vita del condannato».³⁶ Qualora l'arco cronologico risulti eccessivamente dilatato, la presunzione della provenienza illecita del reddito sproporzionato risulta irragionevole e la confisca non può essere disposta.³⁷ Tuttavia, il requisito così formulato suscita delle perplessità, poiché sarebbe rimessa alla discrezionalità del giudice la possibilità di ritenere sussistente un arco di tempo ragionevole, tale da giustificare l'ablazione, tra periodo di acquisto del bene e quello di realizzazione del fatto illecito, con evidenti ricadute sul principio di certezza del diritto.

Inoltre, sempre con particolare riguardo al delitto di ricettazione, ai fini dell'applicazione della misura in seguito ad una sentenza di condanna definitiva, per la Consulta è necessaria una verifica in concreto del fatto e della personalità del suo autore per escludere che si tratti di una vicenda criminosa episodica.

³⁴ Cfr. sul punto AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri reati-matrice*, in *Giur. Cost.*, 2018, 307.

³⁵ Cfr. da ultimo, Cass. SS. U., 15 luglio 2021, n. 27421; in senso analogo, già Cass. sez. V, 23 maggio 1998, n. 2469, Bocca, in *Cass. pen.*, 1999, 3551.

³⁶ Cfr. da ultimo, Cass. sez. I, 29 dicembre 2017, Losito, con nota di SEGALINA, in *Arch. Pen.*, 2018

³⁷ Analogamente a quanto affermato dalla Sent. Spinelli relativamente alla confisca di prevenzione, cfr. *infra* cap. 2. La pronuncia del 2017, costituisce un temperamento a quanto affermato dalle Sezioni Unite Montella, in cui i giudici avevano affermato l'irrelevanza sia del tempo dell'acquisto del bene, sia del valore del bene da confiscare, che ben potrebbe essere superiore a quello dei proventi del reato per cui è intervenuta la condanna, con l'esito di rendere applicabile una misura "svincolata dal fatto di reato".

Solo a queste condizioni, e nell'ambito di una lettura costituzionalmente orientata, la previsione della confisca per il delitto di ricettazione risponde ai principi costituzionali, di cui si era dedotta la violazione.³⁸

L'interpretazione della Consulta, come meglio si vedrà, ha anche il merito di porre luce sulla qualificazione della natura della confisca allargata e di allontanarla dall'alone di incertezza che la vedeva sempre più vicina ad una vera e propria pena.

1.2.1.1. Il delitto tentato.

Si è poi registrato un contrasto, in giurisprudenza, in merito alla possibilità di applicare la misura nei casi di condanna, per taluno dei reati indicati, nella loro forma tentata, e non solo consumata.

Secondo un orientamento risalente nel tempo,³⁹ si riteneva che la misura della confisca allargata non fosse applicabile nel tentativo del reato presupposto, sulla scorta della convinzione che si sarebbe trattato di una applicazione analogica in *malam partem* della disposizione.⁴⁰

Un secondo orientamento,⁴¹ d'altra parte, ammetteva la possibilità di applicare la misura ablativa anche al delitto nella forma tentata, dal momento che la lettera della norma non consentirebbe arbitrarie distinzioni tra delitti tentati e consumati.

In realtà, in giurisprudenza, si registrava un terzo fronte di pensiero,⁴² "intermedio" rispetto ai precedenti, che proponeva una soluzione differenziata a seconda che venisse in rilievo il comma 1 o il comma 2 dell'art. 12 *sexies* d.l. 306/1992.

³⁸ AMARELLI, op. cit., 2018.

³⁹ CANTONE, *La confisca per sproporzione*, in MAIELLO, *La legislazione penale in materia di criminalità organizzata, misure di prevenzione ed armi*, in *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, PALAZZO – PALIERO (diretto da), Torino, 2015

⁴⁰ Cass. sez. II, 23 settembre 2010, Fasano, in *CED Cass.*, rv. 36001/2010

⁴¹ Cass. sez. I, 28 maggio, 2013, Guarnieri, n. 27189

⁴² Secondo questa impostazione, l'indicazione nominativa di uno specifico delitto, presente al comma 1, dovrebbe essere intesa comprendente solo l'ipotesi consumata; l'indicazione generale di una categoria di delitti, presente al comma 2, invece, sarebbe intesa come comprendente sia i delitti tentati sia quelli consumati, così RAPELLA, *Le Sezioni Unite riconoscono l'applicabilità della confisca allargata in caso di delitto tentato aggravato ai sensi dell'art. 7, l. 203/1991*, in *Dir. Pen. cont.*, 2018.

Al fine di attribuire coerenza al tema, la questione è stata poi rimessa alle Sezioni Unite⁴³, con particolare riferimento all'applicabilità del sequestro preventivo finalizzato alla confisca allargata, «nel caso di violazione dei reati contemplati da tale norma, anche nella forma del tentativo aggravato ai sensi dell'art. 7 d.l. 203/1991». Le Sezioni Unite hanno risolto il contrasto in senso positivo, stabilendo che la confisca prevista dall'art. 12 *sexies*, può essere disposta per uno dei reati presupposto anche nella forma del tentativo aggravato dal metodo mafioso o diretto ad agevolare le organizzazioni di tipo mafioso *ex art. 7 d.l. 203/1991*, aggravante oggi prevista dall'art. 416 *bis.1 c.p.*

Per le Sezioni Unite assumono rilievo dominante la natura autonoma del delitto tentato, l'origine della norma e il testo del nuovo art. 240 *bis c.p.*

In particolare, la Corte afferma che se il delitto tentato rappresenta una fattispecie criminosa autonoma, risultante dalla combinazione di una norma principale e di una norma speciale, come previsto dall'art. 56 c.p., potendo sostenere che il legislatore, quando menziona un determinato delitto, intenda riferirsi al solo delitto consumato, ma, precisando che quando viene evocato un delitto commesso avvalendosi delle condizioni di cui all'art. 416 *bis.1 c.p.* ovvero al fine di agevolare l'attività mafiosa, il riferimento possa riguardare anche delitti tentati. Infatti, il riconoscimento della possibilità di disporre la confisca allargata anche nel caso di condanna per i delitti tentati aggravati ai sensi dell'art. 416 *bis.1 c.p.*, recupera la funzione originaria della misura, creata come risposta conseguente alla declaratoria di incostituzionalità dell'art. 12 *sexies* d.l. 306/1992 e avente la finalità di permettere, davanti ad una situazione di evidente sproporzione tra beni e reddito, di aggredire i patrimoni illecitamente costituiti nei processi contro la criminalità organizzata. Infine, non è trascurabile, secondo le Sezioni Unite, la nuova formulazione dell'art. 240 *bis*, che, come il precedente art. 12 *sexies*, non contiene alcun riferimento a reati consumati o tentati. L'indicazione dei delitti presupposto che, in caso di condanna, giustificano l'applicazione della misura, è da considerarsi nominativa, con l'eccezione di quelli commessi per finalità di terrorismo e di eversione dell'ordine costituzionale, e il rinvio all'art. 51 co. 3 *bis c.p.p.* reintroduce l'indicazione ad una categoria generale di delitti, cioè quelli

⁴³ Cass. sez. un., 19 aprile 2018, n. 40985.

commessi avvalendosi delle condizioni previste dall'art. 416 *bis* c.p., ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni di stampo mafioso, vale a dire a quelli aggravati ai sensi dell'art. 416 *bis*.1 c.p.⁴⁴

Non si può trascurare come questo orientamento sia, invero, in contrasto con quanto affermato dalla dottrina, secondo cui il catalogo dei reati presupposto va considerato tassativo, non suscettibile di estensione in via analogica, pena la violazione del principio costituzionale di legalità.⁴⁵ La posizione della dottrina si spiega alla luce della considerazione del reato tentato come titolo autonomo di reato e dunque riconducibile nell'ambito dell'applicazione della confisca allargata solo con una interpretazione analogica, non supportata in sede dottrinale.

1.2.2. La riferibilità alla persona della condotta che costituisce reato. La condanna.

La confisca va applicata, sulla base del dato testale, nel caso di: condanna irrevocabile; ovvero di sentenza *ex art.* 444 c.p.p. La sentenza emessa ai sensi degli artt. 444 e ss. c.p.p. è equiparata in più disposizioni codicistiche alla sentenza di condanna.⁴⁶

La scelta ha suscitato le critiche di quanto sostengono che, in tal modo, si consentirebbe la confisca anche in presenza di una decisione che non contiene un accertamento sulla colpevolezza dell'imputato, in contrasto con quanto dichiarato dalla Corte Costituzionale nella nota sentenza n. 48 del 1994.⁴⁷ Tuttavia, la soluzione appare coerente con gli approdi legislativi e giurisprudenziali che tendono ad equiparare il patteggiamento ad una vera e propria condanna, anche in ordine alla responsabilità.⁴⁸

L'applicazione della forma di confisca che qui è oggetto di esame, presuppone, come già accennato, la pronuncia di un accertamento di responsabilità.

⁴⁴ La ricostruzione è di MENDITTO, *La confisca allargata (art. 240 bis c.p.)*, in *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, op. cit., 988.

⁴⁵ VERGINE, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra fonti di natura internazionale e legislazione interna*, in BARGI-CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, 2011, 158.

⁴⁶ MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca allargata (art. 240 bis c.p.)*, vol.1, *Aspetti sostanziali e procedurali*, LATTANZI (presentazione di), 2019, 990 ss.

⁴⁷ Cfr. PICCIRILLO, *La confisca per sproporzione*, in TARTAGLIA, *Codice delle confische*, Roma, 2012.

⁴⁸ DELLA REGIONE, op. cit., 347.

Sin dalla sua introduzione, si è posto il problema che, a causa dell'assenza di una struttura bifasica del processo penale che distingua la fase dell'accertamento della responsabilità e la fase dell'applicazione della pena e delle misure di sicurezza, la pronuncia sulla confisca *ex art. 12 sexies* d.l. 306/1992 avrebbe ritardato la pronuncia di condanna.⁴⁹ La dottrina, a tal proposito, evidenziava che il giudizio ordinario, ben poco si presterebbe alle complesse verifiche di carattere documentale richieste per l'applicazione delle misure patrimoniali.⁵⁰

In risposta a tali problematiche, si è affermata la prassi⁵¹ di rinviare l'applicazione della confisca obbligatoria *ex art. 12 sexies* in sede di esecuzione, così come riconosciuto anche dalle Sezioni Unite nella pronuncia Derouach⁵² e da ultimo dalla, già citata, sentenza della Corte Costituzionale del 2017, n. 33, che riconosce la validità di tale soluzione. Soluzione, ad oggi, contemplata dalla base legislativa all'art. 183 *quater* disp. att. c.p.p.

La precedente prassi e la nuova disciplina suscitano perplessità perché i poteri del giudice dell'esecuzione sono poteri residuali e contro le decisioni del giudice dell'esecuzione non è possibile appello, ma solo ricorso per Cassazione. Il giudice dell'esecuzione, inoltre, può decidere *de plano* sulla base della richiesta e degli elementi proposti dal p.m. o d'ufficio. Dunque, trattandosi di una procedura meno garantista, la Suprema Corte ha chiesto che vi si ricorra solo se i dati da valutare siano già emersi dagli accertamenti contenuti nei provvedimenti definitivi di merito.⁵³

⁴⁹ MAUGERI, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016. Lo statuto della confisca allargata ex art. 240 bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla lg. 161/2018 al d.lgs. 21/2018)*, in *Arch. Pen.*, suppl. n. 1, 2018.

⁵⁰ Sul punto, cfr. CELENTANO, *Verso una giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione*, in *Riv. pen. dell'econ.*, 1992.

⁵¹ In senso difforme, cfr. Cass. sez. V, 23 giugno 2015, Cannone, n. 26481, che considera «abnorme il provvedimento con cui il Tribunale, dopo la pronuncia della sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, disponga, con provvedimento fuori udienza, la confisca dei beni patrimoniali del condannato».

⁵² Cass. sez. un., 17 luglio 2001, Derouach, n. 29022, ha affermato il seguente principio di diritto: «il giudice dell'esecuzione, investito della richiesta di confisca *ex art. 240 bis s.p.*, esercitando gli stessi poteri che, in ordine alla detta misura di sicurezza atipica, sono propri del giudice della cognizione, può disporla, fermo restando il criterio di ragionevolezza temporale, in ordine ai beni che sono entrati nella disponibilità del condannato, fino al momento della pronuncia della sentenza per il c.d. reato spia, salva comunque la possibilità di confisca di beni acquistati in epoca posteriore alla sentenza, ma con risorse finanziarie possedute prima»; più recentemente, in senso analogo, Cass. sez. I, 18 maggio 2015, Caponera, n. 20507, che afferma il principio per cui non è violato il diritto di difesa, in quanto questo va modulato secondo l'oggetto.

⁵³ Cass. sez. I, 10 settembre 2015, Acri e altro, n. 36754.

Le Sezioni Unite nel 2021, essendo state richiamate a pronunciarsi sulla questione dei limiti temporali della confisca allargata, concludono, precisando che il criterio della ragionevolezza temporale concorrerebbe ad individuare nella data di emissione della sentenza di condanna o di patteggiamento, non nella data di irrevocabilità, il termine ultimo ed invalicabile di operatività della presunzione di provenienza illecita.⁵⁴

Infine, sempre le Sezioni Unite appena richiamate, svolgono alcune ulteriori precisazioni circa l'individuazione della data di emissione della sentenza cui fare riferimento quale limite temporale della confisca allargata. Invero, l'affermazione della responsabilità dell'imputato può intervenire in gradi diversi a seconda dello sviluppo processuale. Pertanto, la Corte ritiene come avente forza rilevante la data in cui la sentenza di condanna è stata emessa dal giudice di merito di primo grado, se nei successivi gradi di giudizio sia confermata o riformata solo in punto di pena, o in grado di appello o di rinvio, in ipotesi di riforma di una precedente pronuncia assolutoria. Insomma, in altri termini, è necessario avere riguardo all'esito del grado precedente.⁵⁵

1.2.2.1. La confisca allargata senza condanna. Sull'estensibilità dei principi delle Sezioni Unite Lucci.

Il tema della confisca senza condanna è stato, come già esaminato nel capitolo precedente a proposito della confisca tradizionale, al centro di un copioso dibattito giurisprudenziale.

Nelle ipotesi in cui non interviene condanna, di norma viene meno il requisito di applicabilità soggettivo, sia nel caso di decisione di merito, come la sentenza di non luogo a procedere *ex art. 425, co. 2, c.p.p.*, o la sentenza di assoluzione di cui all'*art. 530 c.p.p.*, sia in presenza di declaratoria di inammissibilità: non perseguibilità dell'azione penale, improcedibilità per

⁵⁴ Cass. sez. un., sent. 25 febbraio 2021, n. 27421, Crostella e altri, con nota di FINOCCHIARO, *Le Sezioni unite fissano il limite temporale della confisca allargata: una decisione coerente...in un sistema incoerente*, in *Sist. Pen.*, 7 ottobre 2021.

⁵⁵ *Ibidem*.

estinzione del reato, mancanza delle condizioni di punibilità, anche *ex art. 131 bis c.p.*⁵⁶

Si segnala, l'orientamento giurisprudenziale⁵⁷ che, di fatto, impedisce la restituzione in favore degli eredi pur nel caso di declaratoria di estinzione del reato per morte del reo, dei proventi delle attività illecite dell'associazione dei quali sia stata disposta la confisca nel corso del giudizio di merito, difettando lo *ius possidendi*, sia nel *de cuius*, sia nei suoi successori. Emerge, qui, la finalità di non rimettere in circolazione denaro di provenienza illecita, principio cardine della legislazione in esame che mira ad impedire la circolazione indisturbata dei beni provenienti da attività criminali.

Nel solo caso di estinzione del reato per prescrizione si registrava un contrasto che interessava anche la confisca in esame: all'orientamento prevalente negativo⁵⁸, si contrapponeva quello che consentiva la confisca. Quest'ultimo, valorizzava i poteri del giudice di accertamento sul fatto-reato al fine di ordinare la confisca non solo delle cose oggettivamente criminose per la loro intrinseca natura, ma anche quelle che sono considerate tali dal legislatore, come nel caso dell'art. 12 *sexies*. Le conclusioni sono in linea con le innovazioni legislative e le evoluzioni giurisprudenziali che attribuiscono al giudice ampi poteri di accertamento del fatto in una pluralità di ipotesi in cui viene meno la condanna.

Sono poi intervenute le Sezioni Unite Lucci. Pur riconoscendo l'applicabilità della confisca del prezzo del reato anche nel caso di declaratoria di prescrizione dopo la sentenza di condanna di primo grado, e previo accertamento definitivo della responsabilità, hanno delineato principi di carattere generale per le confische.

La scelta delle Sezioni Unite ha indotto estendere i principi delineati anche alla confisca allargata. Da un lato, la Corte esclude l'applicabilità della confisca senza condanna, ove non espressamente prevista, solo per la confisca per equivalente; dall'altro, consente la confisca dopo la condanna di primo grado, pur se poi segue nelle fasi successive la declaratoria di prescrizione, sulla base dei principi che coinvolgono tutte le forme di confisca-misure di sicurezza obbligatorie,

⁵⁶ MENDITTO, *op. cit.*, 991.

⁵⁷ Cass. 5262/2000, 24843/2010 in tema di confisca *ex art. 416 bis co. 7 c.p.*

⁵⁸ Cfr. Cass. 12325/2010, 25475/2015; in senso difforme, Cass. 32273/2010.

valorizzando la scelta del legislatore di sterilizzare le utilità che il reato può aver prodotto in capo al suo autore. In tal senso si è espressa la Suprema Corte con specifico riferimento alla confisca allargata.⁵⁹

La Corte, dunque, applica i principi riconosciuti dalla sentenza Lucci,⁶⁰ per cui la confisca può essere disposta anche con la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione, purché vi siano stati una precedente pronuncia di condanna e l'accertamento relativo alla sussistenza del reato, alla penale responsabilità dell'imputato e alla qualificazione del bene da confiscare come prezzo o profitto.

La l. 161/2017 ha modificato l'art. 12 *sexies*, inserendo il comma 4 *septies*, poi confluito, per opera del d.lgs. 21/2018, nell'art. 578 *bis* c.p.p. La disposizione ha dato puntuale attuazione ai principi enunciati dalle Sezioni Unite, delineando una cognizione del giudice dell'impugnazione modellata sulla disciplina dell'art. 578 cp.p.

Il riferimento al solo comma prima dell'art. 240 *bis*, consente di escludere l'applicabilità della disciplina in oggetto alla confisca per equivalente prevista dal comma 2 dell'art. 240 *bis*.⁶¹

1.3. L'operatività: i presupposti oggettivi.

Tra i presupposti per l'applicazione della confisca in esame, come già accennato, è prevista la titolarità o la disponibilità a qualsiasi titolo, anche per interposta persona, di beni di valore sproporzionato al reddito dichiarato e di cui il condannato non possa giustificare la lecita provenienza.

È doveroso un cenno ai beni suscettibili di misura ablativa. La confisca allargata può insistere su ogni bene, materiale o immateriale, suscettibile di valutazione economica, senza che vi sia un elenco tassativo di beni, dal momento

⁵⁹ Cass. 34537/2017; incidentalmente, Cass. 1012/2018.

⁶⁰ La Corte afferma che: «pur non facendo espresso riferimento alla confisca cd. allargata [...] La riferibilità anche alla confisca ex art. 12 *sexies* delle argomentazioni svolte dalla sentenza Lucci a proposito della confisca del prezzo, da un lato, e, dall'altro, la norma ad hoc introdotta dalla l. n. 161 del 2017, convergono nella conclusione secondo cui la confisca in esame rimane ferma anche qualora il giudizio si concluda con la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione ad opera del giudice dell'impugnazione, sempre la decisione sull'impugnazione ai soli effetti della confisca sia nel senso dell'accertamento della responsabilità dell'imputato»; in senso analogo, Cass. 39678/2018.

⁶¹ L'art. 578 *bis* è stato da ultimo modificato dalla l. n. 3/2019, che lo ha esteso alla confisca di cui all'art. 322 *terc* c.p.

che il legislatore, dopo aver fatto riferimento al denaro e ai beni, ha inserito la clausola aperta delle «altre utilità», purché, ovviamente, sussista un rapporto tra soggetto e *res* che sia di titolarità o di mera disponibilità.

La giurisprudenza afferma che la confisca allargata può avere ad oggetto anche beni acquisiti antecedentemente all'epoca della commissione del fatto di reato, purché non sia intercorso un lasso di tempo eccessivamente lungo, a proposito si parla della, già menzionata, «ragionevolezza temporale».

1.3.1. La titolarità o disponibilità dei beni diretta o indiretta.

La disponibilità diretta dell'indagato, dell'imputato o del condannato, ricorre quando egli è titolare del bene secondo le ordinarie categorie giuridiche proprie del diritto civile, vale a dire, diritto di proprietà, diritto reale, diritto di credito, ma con alcune particolarità.

Occorre, innanzitutto, coordinare le disposizioni civilistiche valutando che le confische penali sono orientate a contrastare comportamenti a tratti così insidiosi tali da celare la titolarità effettiva del patrimonio. Questa è la ragione per cui l'esistenza e l'ampiezza del diritto dell'indagato sul bene devono essere accertati sulla ricostruzione delle vicende traslative secondo norme di diritto civile, ma tenendo conto dell'effettivo svolgimento del rapporto.

La "titolarità" a cui fanno riferimento le disposizioni in esame, è concetto riferibile tanto al diritto di proprietà quanto ai diritti reali. Ciò che conta è che il soggetto abbia una posizione che consenta di decidere sulla destinazione o sul godimento della *res*.

La nozione di "disponibilità", secondo la giurisprudenza, coincidendo con quella di cui all'art. 24 d.lgs. 159/2011⁶², è da intendersi quale situazione di mero fatto in virtù della quale la persona, pur non titolare *ex lege* di alcun diritto sul bene, ne abbia effettivamente la disponibilità, inteso quale potere dispositivo, *de facto*, in ordine al suo godimento e disposizione.⁶³

⁶² Sulla possibilità di far coincidere le due nozioni cfr. Cass. sez. I, 10 febbraio 1993, Sepe, in Cass. pen., 1993, 1298.

⁶³ PICCIRILLO, *La confisca per sproporzione*, in TARTAGLIA, op. cit.

La giurisprudenza di legittimità esclude che in tema di confisca allargata possa trovare posto la presunzione di fittizia intestazione dei beni prevista dal Codice Antimafia, in tema di confisca di prevenzione.⁶⁴

L'univoco riferimento alla «disponibilità» di beni, che per espressa previsione normativa, può essere diretta, indiretta o per interposta persona fisica o giuridica, risponde all'esigenza di assicurare la massima portata applicativa della misura in oggetto di studio e di neutralizzare i tentativi di aggiramento della normativa. Ciò che rileva, non è tanto la formale titolarità dei beni, quanto la sostanziale disponibilità di essi, così che diviene irrilevante l'intestazione fittizia ad altri soggetti, qualunque sia la modalità giuridica realizzata.⁶⁵

In questo senso, si devono ritenere riconducibili al condannato i beni di cui egli abbia la disponibilità sia diretta sia indiretta. La disponibilità diretta ricorre quando il soggetto ha la disponibilità giuridica del bene secondo le ordinarie previsioni di diritto civile. L'ambito e l'estensione del diritto vanno accertati sulla base delle vicende traslative effettivamente intervenute, così che, in definitiva, al concetto di disponibilità sono riconducibili ipotesi che oscillano tra il diritto di proprietà vero e proprio e situazioni di mero fatto basate su una posizione di soggezione in cui si trovi il terzo titolare del bene.

Si può affermare, dunque, che non è richiesta alcuna prova circa la titolarità del bene, ma ciò che andrà valutato, in sede di applicazione della misura, risiede solo nell'accertamento che il condannato possa, in qualunque modo, determinare la destinazione e l'impiego della *res uti dominus*.

La giurisprudenza afferma che grava sull'accusa l'onere di provare, anche in via indiziaria, l'esistenza di circostanze che possa attestare in modo concreto la divergenza tra l'intestazione formale e l'effettiva disponibilità del bene.⁶⁶

La disponibilità indiretta ricorre quando, al di là della formale intestazione del bene ad un terzo diverso dalla persona dell'indagato, quest'ultimo ne sia l'effettivo dominus potendo determinare la destinazione o l'impiego. Il legislatore ha inteso prevenire ogni possibile elusione della norma sino a ricomprendere beni che, se pur intestati a terzi, facciano parte del patrimonio dell'indagato o imputato

⁶⁴ Così Cass., 25 febbraio 2014, n. 15829.

⁶⁵ DELLA REGIONE, *La confisca allargata*, in MEZZETTI e LUPARIA, op. cit., 314.

⁶⁶ Cfr. Cass., 12 maggio 2015, n. 36530; in senso conforme, Cass., 24 ottobre 2012, n. 44534.

o condannato.⁶⁷ Come già specificato, non è necessaria la dimostrazione che l'indagato sia titolare del bene, giacché è sufficiente accertare che detto soggetto possa in qualsiasi maniera determinarne la destinazione o l'impiego *uti dominus*, dal momento che il concetto di disponibilità comprende non solo le ipotesi di diritto di proprietà vero e proprio, ma anche situazioni di intestazione fittizia ad un terzo soggetto, fino a situazioni di mero fatto.

La disponibilità non è limitata alla mera relazione naturalistica o di fatto col bene, ma va estesa, al pari della nozione civilistica del possesso, a tutte quelle situazioni nelle quali il bene stesso ricada nella sfera degli interessi economici del prevenuto, ancorché il medesimo eserciti il proprio potere su di esso per il tramite di terzi.

La prova della disponibilità può essere desunta dai più svariati elementi⁶⁸ che avallino un rapporto tra l'indagato, o imputato o condannato, e il terzo in cui il primo esercita un potere di fatto sulla res e il terzo assume il ruolo di mero apparente titolare. Raggiunta la prova, non occorrono presunzioni o verifiche di altra natura.

Le ordinarie regole in materia di onere probatorio, che tutelano il titolare del diritto formale sul bene, possono essere attenuate da argomenti di carattere logico che impongono al terzo di allegare elementi per affermare la propria titolarità. Argomenti che sono contestabili con allegazioni che rendono meno gravoso l'onere probatorio gravante sul p.m., nella fase del sequestro, e sul giudice, nella fase della confisca.⁶⁹

Pur in assenza di presunzioni di disponibilità indiretta in capo ad alcuni familiari e conviventi, la giurisprudenza opera una distinzione.

In particolare, per il terzo familiare o convivente, in particolare figli, coniuge e conviventi nell'ultimo quinquennio, il pericolo della fittizia intestazione è più accentuato ed è più probabile l'effettiva disponibilità dei beni da parte dello

⁶⁷ Cfr. Cass. 5263/2000, 11732/2005; da ultimo, Cass. 44534/2012.

⁶⁸ Gli indici rivelatori della disponibilità indiretta elaborati consistono in: I) rapporti che legano l'indagato e l'apparente titolare del bene; II) eventuale intromissione del terzo nella gestione del bene; III) l'incapacità patrimoniale del terzo all'acquisizione del bene.

⁶⁹ Si tratta di: elementi univoci, precisi e concordanti della disponibilità che possono trarre da precisi argomenti rappresentati dai rapporti che legano l'indagato, imputato o condannato e l'apparente titolare del bene, tali da convincere sulla fittizia intestazione; in assenza di presunzioni si possono comunque individuare indici rivelatori della disponibilità indiretta, così MENDITTO, *Misure di prevenzione personali e patrimoniali*, op. cit., 1007.

stesso. Anche se si precisa con chiarezza l'inapplicabilità diretta della presunzione prevista in materia di prevenzione, si precisa anche che il Pubblico Ministero può addurre come prova presuntiva della simulazione sia il rapporto di parentela, sia la gratuità dell'atto. Tuttavia, nell'ambito di cui si sta trattando, questi ultimi elementi indiziari non comportano alcuna inversione dell'onere probatorio.⁷⁰

Inoltre, nel caso di terzo estraneo, la confisca può investire beni che, totalmente o parzialmente, possono essere di un soggetto che non è neppure imputato ed allora sarebbe illogico ed improprio gravare la stessa persona, immune da censure sotto il profilo penale, della misura di sicurezza patrimoniale, imputandogliela in proprio.

Si ritiene utile sottolineare che la giurisprudenza, nonostante abbia più volte messo in risalto la mancata inversione dell'onere della prova, allo stesso tempo, ha posto l'accento sulla serietà delle allegazioni che non possono consistere nella mera indicazione della esistenza della provvista sufficiente per concludere il negozio, ma si devono estendere necessariamente alla indicazione della provenienza degli strumenti finanziari utilizzati.⁷¹

1.3.2. La sproporzione tra beni e reddito o attività economica svolta. Il giudizio sull'irrelevanza del nesso causale tra provenienza illecita e reato commesso.

Come già descritto nelle righe che precedono, la confisca insiste su ogni bene, nella titolarità o disponibilità del reo, che sia sproporzionato rispetto al reddito denunciato al fine della dichiarazione dei redditi del soggetto o all'attività economica da questi esercitata.

Si è già anticipato che la sproporzione, secondo la Consulta,⁷² non consiste in qualsiasi discrepanza tra guadagni e possidenza, ma in uno squilibrio incongruo e significativo, da verificare con riferimento al momento dell'acquisizione dei singoli beni.

Rispetto alla pertinenzialità al fatto di reato, è noto come il modello generale di confisca presupponga la pericolosità intrinseca della *res*, diversamente, le ipotesi

⁷⁰ Cfr. Cass. pen. sez. II, 9 aprile 2014, n. 15829.

⁷¹ Così Cass. 20734/2014.

⁷² Corte Cost., 8 novembre 2017 (dep. 2018), n. 33.

di confisca *ex art. 240 bis c.p.*, pur mutuando il modello della confisca di prevenzione, ne tralascia la parte in cui dovrebbe risultare il rapporto di derivazione tra la sproporzione patrimoniale e l'attività illecita, escludendo che si stabilisca un collegamento tra la sproporzione patrimoniale e i reati oggetto di contestazione.

La giurisprudenza, a più riprese, ha convalidato la dissoluzione del vincolo di pertinenzialità, precisando che il provvedimento deve insistere sul complesso delle situazioni patrimoniali in capo a soggetti di cui è accertata la responsabilità per taluni delitti, senza richiedere prova di derivazione delle disponibilità economiche nei fatti di reato addebitati, in quanto è stato proprio il legislatore a porre una presunzione di illecita accumulazione patrimoniale,⁷³ pur sempre superabile, come specificato, con la giustificazione sulla loro provenienza da parte di soggetti che hanno la titolarità o disponibilità dei beni.

Proprio nello stesso senso si sono pronunciate le Sezioni Unite,⁷⁴ affermando che per l'applicazione della confisca allargata, il giudice non dovesse ricercare alcun nesso di derivazione tra accumulazione patrimoniale illecita e reati addebitati. Seppur non in termini ugualmente espliciti, alle stesse conclusioni era giunta anche la Corte Costituzionale, affermando che il «legislatore non irragionevolmente ha ritenuto di presumere l'esistenza di un nesso di pertinenzialità tra alcune categorie di reati e i beni di cui il condannato non possa giustificare la provenienza».⁷⁵

La nota pronuncia sul tema del 2003 delle Sezioni Unite, intervenuta per dirimere i contrasti in materia, ha fondato la propria decisione muovendo dalla presa d'atto della necessità di individuare un punto fermo della confisca in esame, in modo tale da evitare sovrapposizioni con le ipotesi già determinate e così che la determinazione dei presupposti di applicabilità non sia lasciata alla discrezionalità dell'interprete.⁷⁶

⁷³ Secondo la dottrina, la presunzione trova fondamento in una seconda presunzione implicita, cioè che il soggetto condannato abbia realizzato ulteriori condotte delittuose produttive di profitti, che pure non sono state accertate, così PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014; cfr. in senso difforme, come si vedrà *infra* §, MAUGERI, *Confisca allargata*, in *Misure patrimoniali del sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, 2016.

⁷⁴ Cass. sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, n. 920.

⁷⁵ Corte Cost. ord. n. 18/1996.

⁷⁶ Secondo FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies l. 306/1992; dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento dei presupposti*, in *Cass. pen.* 2004, la

Ulteriore corollario enunciato dalla Corte, riguarda quello secondo cui la confisca si impone altresì nei casi in cui i beni siano stati acquisiti prima o dopo la commissione del reato per cui si sta procedendo, ovvero anche quando il valore dei beni superi il provento del delitto per cui è intervenuta la condanna.⁷⁷

Secondo l'enunciato della Corte, la confisca in questione, laddove sganciata del tutto dal reato presupposto, rischia di dar luogo a conseguenze difficilmente accettabili e, inoltre, dà corpo al timore dell'impropria qualificazione della misura in esame come misura di sicurezza.

In generale, dunque, la sentenza Montella, pur rappresentando l'ennesimo tentativo di ostacolare la tendenza del legislatore ad ampliare in maniera indiscriminata il campo di applicazione della misura, porta, in realtà, al risultato di non lasciare molti spiragli alle istanze garantistiche di contenimento del raggio di prensione della confisca allargata.⁷⁸

Nella consapevolezza degli esiti interpretativi poco soddisfacenti, la Corte di Cassazione ha affidato una valenza delimitativa della portata applicativa della confisca allargata al requisito della «sproporzione». Secondo la Corte, assumono rilievo solo quegli incongrui squilibri tra guadagni e capitalizzazioni, che valutati secondo la normale esperienza, si mostrino incapaci di giustificare il rapporto tra la *res* ed il soggetto condannato. Dunque, la sproporzione è stata riferita alla somma di singoli beni, piuttosto che al patrimonio inteso nei beni complessivamente intesi.

Inoltre, si è affermato che lo squilibrio va valutato raffrontando il reddito o le attività non con tutti i beni esistenti al momento dell'applicazione della misura, bensì al momento in cui ciascun bene viene acquisito al patrimonio dell'imputato.⁷⁹ Questo orientamento si pone in contrasto con la precedente prassi che, invece, limitava al confronto fra le disponibilità complessivamente accumulate nel corso

sentenza voleva delimitare i confini della misura e introdurre alcuni elementi di maggiore garanzia e certezza.

⁷⁷ In questi termini, le Sezioni Unite Montella hanno affermato che «la confisca dei singoli beni non è esclusa per il fatto che il loro valore superi il provento del reato per il quale è intervenuta la condanna e che essi siano stati acquisiti in epoca anteriore o successiva al medesimo reato né si richiede l'accertamento della derivazione dei beni da confiscare dall'attività illecita del condannato, in quanto si finirebbe per allargare indefinitamente il *thema decidendum*».

⁷⁸ GUIDI, *Presunzioni e automatismi nella confisca "per sproporzione" di cui all'art. 240 bis c.p.*, in *Discrimen Riv.trim.*, 19 dicembre 2019.

⁷⁹ Cfr. Cass. sez. IV, 22 novembre 2011, Notarangelo, n. 22020.

degli anni con il reddito o le attività del soggetto al tempo dell'applicazione della misura.

Proprio in questa ottica si colloca l'orientamento esplicitato dalla Corte Costituzionale nella sentenza del 2017, n. 33, che individua una «possibile interpretazione selettiva del significato del concetto di sproporzione, ritenendo che debba essere accertato in relazione al reato commesso e non rispetto a tutto il reddito e le attività del reo».⁸⁰

Tuttavia, è da sottolineare che, invero, non sembra potersi dedurre una restrizione dell'ambito di prescrizione del provvedimento ablativo in questione ai soli cespiti patrimoniale del reo connessi con il reato. Il requisito della ragionevolezza temporale produce effetti selettivi su tale piano, ma non fino ad arrivare a richiedere un nesso di pertinenzialità. La Corte, infatti, sottolinea come costituisca un tratto distintivo della confisca allargata, rispetto a quella tradizionale, lo sganciamento dal nesso di pertinenzialità con il reato-spia e la sua connessione con altri reati di cui si presume la commissione pur in assenza di giudizio.⁸¹

La giurisprudenza, richiamando il requisito della sproporzione, carica il giudice dell'onere di una verifica patrimoniale quanto più approfondita, che legghi l'acquisizione illecita del bene al reddito nel momento della sua acquisizione.

Alla luce di quanto esposto, pare potersi affermare che la confisca non potrà estendersi all'intero patrimonio del reo, ma solo a quella parte che non appaia giustificata in relazione ai redditi e alle attività del condannato.⁸²

Insomma, se correttamente interpretato, il requisito della “sproporzione”, può rappresentare un importante profilo atto a delimitare l'estensione della confisca a beni la cui provenienza non risulti giustificata in rapporto al reddito o all'attività economica svolta dal reo in un determinato periodo di tempo ed evitare che la misura finisca per atteggiarsi a provvedimento ampliativo dell'intero patrimonio.

Negli anni successivi, correlato a tale ricostruzione storica, la giurisprudenza ha elaborato un parametro di riscontro della sproporzione che circoscrive la presunzione di illegittima acquisizione entro un massimo di

⁸⁰ FINOCCHIARO, *La Corte costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. Verso una rivalutazione del concetto di sproporzione?*, in *Pen. cont.*, 2018.

⁸¹ AMARELLI, *Confisca allargata*, op. cit., 2018.

⁸² COSÌ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001.

“ragionevolezza temporale”. Questo criterio risponde a due esigenze di fondo: in primo luogo, esso mira ad evitare una indiscriminata dilatazione della sfera di applicabilità della confisca;⁸³ inoltre, si evita che la presunzione di illegittima acquisizione di beni su cui possa la confisca per sproporzione si traduca in un vero e proprio automatismo applicativo di tale misura ablatoria.⁸⁴

Dunque, la sproporzione, andrebbe riferita «non al patrimonio come complesso unitario, ma alla somma dei singoli beni, con la conseguenza che i termini di raffronto dello squilibrio, oggetto di rigoroso accertamento nella stima dei valori economici in gioco, non vanno fissati nel reddito dichiarato o nelle attività al momento della misura rispetto a tutti i beni presenti, ma nel reddito e nelle attività nei momenti dei singoli acquisti, rispetto al valore dei beni volta a volta acquisiti».⁸⁵

Precisazione, quest’ultima, particolarmente importante, tesa a delimitare il rischio di facili semplificazioni probatorie, che potrebbero indurre il giudice a espropriare un patrimonio quando sia comunque accertato della sproporzione attraverso una ricostruzione storica della situazione reddituale esistente al momento dei singoli acquisti.⁸⁶

In conclusione, merita ricordare che la scelta del legislatore di affidarsi alla “sproporzione” quale unico parametro su cui fondare la presunzione di illecita provenienza dei beni ha formato oggetto di severe critiche da parte della dottrina che si è occupata del merito della questione. Il fatto che sussista uno squilibrio tra il valore dei cespiti patrimoniali e il reddito del reo, infatti, di per sé nulla dice sull’origine, delittuosa o meno, di tali cespiti, così che questo parametro risulterebbe del tutto inadeguato a sorreggere il meccanismo presuntivo su cui si fonda l’applicazione della confisca allargata. quindi, si tratterebbe di un indizio di

⁸³ Se non si richiede alcun collegamento temporale con il reato per cui è intervenuta la condanna e i beni suscettibili di confisca, si rischia di legittimare forme particolarmente pervasive di monitoraggio patrimoniale, così GUIDI, *Presunzioni e automatismi*, op. cit., 2019.

⁸⁴ L’onere di fornire la giustificazione circa la provenienza lecita dei beni, è tanto più difficile da assolvere quanto più è lontano nel tempo l’acquisto del bene e assume la forma della *probatio diabolica* se si pretende che il reo adduca idonee spiegazioni per acquisti effettuati molti anni prima, *Ibidem*.

⁸⁵ Testualmente, Cass. sez. un, 17 dicembre 2003, Montella.

⁸⁶ TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, in *Itinerari di diritto penale*, 2020, 156.

per sé insufficiente che acquista valenza probatoria in virtù dello *status* di condannato del soggetto interessato dalla misura.⁸⁷

1.3.3. La mancata giustificazione della provenienza lecita dei beni.

In realtà, la sproporzione del bene rapportato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta è requisito sì necessario, ma non sufficiente a provocare l'applicazione della confisca allargata. necessario è, altresì, che il soggetto interessato non sia in grado di giustificare il possesso di tali beni soggetti ad ablazione. Tale previsione fonda una presunzione relativa di illecita accumulazione di beni, presunzione superabile con la prova della lecita provenienza dei beni sproporzionati.⁸⁸

L'art. 12 *sexies* d.l. 306/1992, si riferiva espressamente al denaro, beni oltre utilità, di cui il condannato non può giustificare la provenienza, senza precisare che deve necessariamente trattarsi di «provenienza legittima», discostandosi così dalla formulazione originaria di cui all'art. 12 *quinquies*. Ciò aveva portato ad ipotizzare che il soggetto potesse evitare la confisca in tutti i casi in cui fosse in grado di dimostrare la provenienza dei beni di cui aveva la disponibilità in misura sproporzionata. La Suprema Corte ha affermato, invece, che l'interessato deve fornire una giustificazione credibile circa la provenienza legittima del denaro, dei beni o delle altre utilità sproporzionate, precisando che «per gli acquisiti che hanno un titolo negoziale occorre un'esauriente spiegazione in termini economici di una derivazione del bene da attività consentite dall'ordinamento che sarà valutata secondo il principio del libero convincimento».⁸⁹

Grava, dunque, sull'indagato l'onere di allegare una credibile giustificazione circa la provenienza del bene.

⁸⁷ Così MAUGERI, *Confisca allargata*, in *Misure patrimoniali nel sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, 2016, secondo cui l'adozione di questo unico parametro come baricentro della confisca allargata rischia di fondare sulla qualifica di condannato e su tale indizio insufficiente, cioè la sproporzione, la presunzione che il soggetto abbia commesso ulteriori delitti, anche se non sono stati oggetto di accertamento, e che il suo patrimonio provenga da tali delitti. Il tutto in evidente contrasto con l'art. 27 Cost.

⁸⁸ DELLA REGIONE, *La confisca allargata*, op. cit., 337.

⁸⁹ Cass. sez. un., 17 dicembre 2003, Montella, n. 920.

La giurisprudenza evidenzia che la giustificazione debba essere, non solo credibile, ma anche esauriente e deve dimostrare la positiva liceità della provenienza della *res*. In questo senso, la giustificazione non potrebbe essere limitata alla negativa affermazione della provenienza del bene dal reato per cui è stata inflitta la condanna.

Riguardo la natura dell'onere imposto al prevenuto circa la provenienza dei beni, nella tradizione, la giurisprudenza la definiva quale vero e proprio «onere della prova»,⁹⁰ così che il meccanismo applicativo della confisca allargata veniva inteso quale vera e propria inversione dell'onere della prova, spettando pertanto all'imputato di dimostrare la derivazione dei propri beni sproporzionati dalle legittime possibilità finanziarie.

Fermo restando che le Sezioni Unite Montella, pur negando che la norma imponga un'inversione dell'onere della prova e la violazione del diritto di difesa, pretendono un'esauriente spiegazione in termini economici, e non semplicemente in termini formali, di una derivazione del bene da attività consentite dall'ordinamento, che sarà valutata secondo il principio del libero convincimento: occorre, pertanto, dimostrare sostanzialmente come è stato economicamente possibile compiere gli acquisiti.

In questo quadro, rimane il dubbio che comunque il silenzio dell'imputato possa dare dignità di prova a indizi altrimenti insufficienti, finendo così per assumere una valenza *contra reum*. Il rispetto della presunzione di innocenza dovrebbe imporre in ogni caso che si debba rispettare il principio *in dubio pro reo*, in base al quale, laddove la prova fornita dall'impianto accusatorio non sia convincente, il giudice non potrà applicare la confisca in base ad una mera presunzione.⁹¹

Il preteso onere di allegazione si risolve nell'obbligo per il soggetto di introdurre la prova contraria e, quindi, di vedersi pregiudicato il diritto al silenzio.⁹²

Sotto il profilo in esame, assume rilevanza la questione relativa alla possibilità di giustificare la disponibilità di beni di valore sproporzionato al proprio

⁹⁰ Cfr. Cass. sez. II, 2 giugno 1994, n. 2761, Malasisi.

⁹¹ MAUGERI, intervento nell'ambito dello studio organizzato dalla Struttura della formazione decentrata della Corte di Cassazione dal titolo "*La confisca penale*", Report a cura del Dott. Paol Di Geronimo, Roma, 2019; il tema sarà approfondito nel cap. 3.

⁹² DELLA REGIONE, *La confisca allargata*, op. cit., 337; sul punto si approfondirà *infra* cap. III.

reddito allegando proventi non dichiarati al fisco. Su tale questione si erano registrati orientamenti contrastanti.

In base ad un primo orientamento giurisprudenziale,⁹³ l'imputato destinatario della misura non potrebbe giustificare la legittima provenienza del bene allegando proventi di un'attività economica lecita ma non dichiarata al fisco, perché si tratterebbe di proventi comunque illeciti.

Secondo una seconda impostazione,⁹⁴ più recente, al fine di valutare la legittima provenienza dei beni di cui il condannato risulta avere la disponibilità in misura sproporzionata, si dovrebbe tener conto di tutte le fonti lecite di produzione del patrimonio, «sia che esse siano costituite dal reddito dichiarato ai fini fiscali, sia che provengano dall'attività economica svolta, benché non evidenziate, in tutto o in parte, nella dichiarazione dei redditi».

In questo quadro, si inserisce la modifica normativa introdotta con la l. 161/2017, con cui il legislatore ha introdotto nella formulazione dell'art. 12 *sexies*, oggi trasposto nell'art. 240 *bis* c.p., la disposizione secondo cui «in ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale». In questo modo, il legislatore ha positivizzato l'orientamento che è stato accolto dalle Sezioni Unite con riferimento alla confisca di prevenzione.⁹⁵

1.4. L'ampliamento dei confini della confisca allargata in relazione al sistema penale tributario. Cenni.

Espressione della progressiva espansione dei reati spia è l'applicazione della forma di ablazione patrimoniale, qui in esame, alla gran parte delle fattispecie di evasione fiscale penalmente rilevante.

Questo ultimo risultato è ottenuto attraverso l'inserimento, nel d.lgs. 74/2000, di un nuovo art. 12 *ter* volto ad estendere il perimetro della cosiddetta

⁹³ Cfr. Cass. sez. I, 10 giugno 1994, Moriggi, n. 2860, Cass. sez. II, 28 settembre 2011, Lopalco, n. 36913.

⁹⁴ Cass. sez. I, 5 novembre 2013, n. 9678, Creati.

⁹⁵ La questione sarà approfondita *infra* §2.2.3.1.

confisca allargata di cui all'art. 240 *bis* c.p. anche ai casi in cui vi sia condanna o patteggiamento per talune fattispecie penali tributarie.⁹⁶

Il recente d.l. 26 ottobre 2019, n. 123, ha, infatti, introdotto l'art. 12 *ter*, che impone l'applicazione della confisca prevista dall'art. 240 *bis* c.p. in caso di condanna o patteggiamento per taluno dei delitti previsti dal d.lgs. n. 74/2000, diversi da quelli di omesso versamento di ritenute e di IVA (artt. 10 *bis* e 10 *ter*).

La confisca è incondizionata in caso di dichiarazione infedele *ex art.* 4 e di occultamento o distruzione di documenti contabili *ex art.* 10 d.lgs. 74/2000 del nuovo art. 12 *ter*, ed è invece condizionata al superamento di nuove soglie c.d. di confiscabilità, negli altri casi.

Si può affermare, che la novella legislativa rafforza l'impiego della confisca in casi particolari come mezzo di contrasto all'evasione fiscale, e conferma una più ampia impostazione del sistema della prevenzione patrimoniale in ambito tributario.⁹⁷

Complessivamente il perimetro applicativo della misura ablatoria è più ristretto e insieme articolato rispetto a quanto previsto per la confisca obbligatoria, diretta e per equivalente, del prezzo o del profitto dei reati tributari, di cui all'art. 12 *bis* d.lgs. 74/2000, che opera nei confronti di ogni delitto tributario, senza la previsione di soglie quantitative.

Rispetto alla versione originaria del d.l. 124/2019, la legge di conversione ha operato un consistente smagrimento del novero di reati presupposto. Infatti, a titolo esemplificativo, oltre a confermare l'estromissione di quelli previsti dall'art. 10 *bis* e 10 *ter*, d.lgs. 74/2000, l'esclusione viene estesa ai delitti previsti dagli artt. 4, 5 comma 1 e 1 *bis*, 10 e 10 *quater*, d.lgs. 74/2000.

⁹⁶ La particolare forma di confisca allargata, in base al comma 1 *bis* dell'art. 39 del d.l. 124/2019, come modificato in sede di conversione, sarà applicabile in caso di condanna o patteggiamento: per il delitto *ex art.* 2, quando l'ammontare degli elementi passivi fittizi è superiore a 200.000 euro; per il delitto *ex art.* 3, quando l'imposta evasa è superiore a 100.000 euro; per il delitto *ex art.* 8, quando l'importo corrispondente al vero indicato nelle fatture o nei documenti è superiore a 200.000 euro; per il delitto *ex art.* 11, commi 1 e 2, quando l'ammontare delle imposte, delle sanzioni e degli interessi è superiore a 100.000 euro.

⁹⁷ BONTEMPELLI, *La confisca o le confische da illecito (penale) tributario?*, in *Sist. Pen.*, 2/2019, 23 ss.

Alcuni reati tributari sono individuati nella configurazione corrispondente alla fattispecie autonoma di base, la cui soglia è però ulteriormente incrementata ai fini della loro qualificazione come reati spia per la confisca allargata.⁹⁸

Si crea, perciò, un regime differenziato all'interno di ogni singola fattispecie incriminatrice, al dichiarato scopo di colpire più severamente i c.d. "grandi evasori": superata la soglia di rilevanza penale del fatto, per far scattare l'operatività della confisca allargata sarà necessario superare un'ulteriore soglia. Vi sarà dunque una fascia di condotte sottoposte al solo regime ordinario della confisca *ex art. 12 bis*, e un'altra fascia di condotte più gravi, che superano i limiti indicati anche dall'*art. 12 ter*, rispetto alle quali sarà applicabile anche la confisca c.d. allargata di cui all'*art. 240 bis c.p.*

La pronuncia delle Sezioni Unite Repaci⁹⁹ costituisce il punto di riferimento non solo della confisca di prevenzione, ma, per quel che qui interessa, anche della confisca allargata, qualora si discuta di proventi dell'evasione fiscale. Ad accordo della Suprema Corte, i proventi dell'evasione fiscale potevano giustificare la provenienza lecita dei beni in caso di confisca allargata, in base al vecchio regime, in quanto la legge non prevedeva, e non prevede, il presupposto secondo cui i beni siano frutto del reimpiego di attività illecite. Ciò conferma che la confisca in casi particolari, in base all'attuale formulazione, pur non avendo per oggetto il provento dell'evasione fiscale, richieda una quantificazione di tale provento, necessaria per accertare la sproporzione o la proporzione dei beni soggetti a vincolo. Altro è che i proventi dell'evasione fiscale non possano essere utilizzati per dimostrare la legittima provenienza dei beni di valore sproporzionato, altro è che siano direttamente confiscabili i suddetti proventi dell'evasione fiscale, tesi da escludere alla luce dell'*art. 240 bis c.p.*

Quanto all'elemento della sproporzione, l'*art. 240 bis c.p.* sancisce espressamente che il soggetto condannato non possa giustificare la provenienza lecita dei beni adducendo redditi non dichiarati o utilità che costituiscano il provento di evasione fiscale, «salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta

⁹⁸ È il caso dei delitti *ex art. 2, co.1, e 8, co.1, d.lgs. 74/2000*, per i quali, ai fini dell'integrazione strutturale del reato, è fissato in oltre 100.000 euro l'importo degli elementi passivi fittizi o non corrispondenti al vero indicato nelle fatture o nei documenti, ma che assumono la natura di reati presupposto della confisca allargata se la soglia supera l'importo di 200.000 euro.

⁹⁹ Cass. sez. un., 29 maggio 2014, n. 33451.

mediante adempimento nelle forme di legge», come nel caso in cui i redditi evasi siano emersi per effetto dell'adesione a procedura di ravvedimento o di condono fiscale.

La *ratio* di questa previsione sembra essere quella di escludere dall'oggetto della confisca allargata quanto l'imputato abbia già restituito all'Erario, evitando una duplicazione di apprensione del provento illecito.¹⁰⁰

2. La misura preventiva patrimoniale: la confisca di prevenzione antimafia.

L'introduzione della misura di prevenzione patrimoniale trova fondamento nella necessità di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito in cui la sua attività rivela connotati di maggior pregnanza pericolosa, cioè nel settore dell'accumulazione di ricchezza finalizzata al consolidamento del proprio potere e realizzata attraverso l'assunzione della gestione di settori economici strategici e nevralgici per la sicurezza nazionale.¹⁰¹

La confisca di prevenzione, attualmente disciplinata dall'art. 24 d.lgs. 159/2011 (c.d. Codice Antimafia), è una misura ablatoria patrimoniale applicata a prescindere dalla previa condanna penale per un determinato reato e che ha ad oggetto beni che risultino essere il frutto di attività illecite o il loro reimpiego, o di cui una persona abbia la disponibilità, in valore sproporzionato al proprio reddito o all'attività economica svolta, quando il proprietario non sia in grado di giustificare la loro legittima provenienza.

La confisca in oggetto, è disposta in forma diretta o per equivalente, nei confronti di soggetti indiziati di gravi delitti per i quali si ritiene abbiano genericamente compiuto condotte delittuose, a prescindere dal fatto che essi siano pericolosi nel momento in cui la misura viene applicata, anzi potendo questa essere disposta anche nei confronti di terzi, eredi o aventi causa della persona che si era originariamente arricchita in modo illecito.

¹⁰⁰ Tale precauzione era già presente nel diritto vivente, in forza di un consolidato indirizzo giurisprudenziale, cfr. Cass. sez. III, 15 aprile 2015, n. 20887.

¹⁰¹ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, op. cit., 161; sulla prevenzione v. CONSULICH, che, riprendendo autorevole dottrina – cfr. PELISSERO – la definisce come “diritto penale al limite”, cioè «al limite estremo della coercizione legittima da parte dello Stato».

La storia delle misure di prevenzioni patrimoniali è, in realtà, storia di rielaborazione del tradizionale nesso di correlazione tra la *res* e la singola azione illecita commessa dal soggetto, posto che tale nesso in ottica di prevenzione non scomparirebbe ma assumerebbe una diversa connotazione. Nel quadro che si andrà a delineare, il fatto espropriativo si giustifica in funzione di una ricostruzione complessiva dell'agire del soggetto che ha la disponibilità dei beni, agire che va letto in chiave di pericolosità tipica preventiva, così che la relazione tra soggetto e bene va interrotta se ed in quanto i beni in questione rappresentino la proiezione materiale di quel fascio di condotte che hanno previamente giustificato l'iscrizione della persona in una ipotesi normativa tipica, raffigurante la sua pericolosità soggettiva.¹⁰²

2.1. La *ratio* dell'istituto e l'evoluzione normativa: dalla Legge Rognoni-La Torre al d.lgs. 159/2011.

La confisca, così come il sequestro, di prevenzione è stata introdotta nel nostro ordinamento con la l. 13 settembre 1982, n. 646, la c.d. legge Rognoni-La Torre, con la quale tali misure patrimoniali furono innestate nel contesto normativo.

Prima della legge del 1982, in particolare durante il regime fascista, alcune misure patrimoniali svincolate da una sentenza di condanna in sede penale erano state utilizzate da parte di autorità di pubblica sicurezza, sia per contrastare il brigantaggio, sia per colpire manifestazioni di dissenso politico.¹⁰³

Successivamente, con la l. 22 maggio 1975, n. 152, c.d. legge Reale, era stata introdotta una forma di «sospensione provvisoria dall'amministrazione dei beni personali», volta a impedire la libera disponibilità di beni che potessero agevolare l'attività socialmente pericolosa di persone destinatarie di una misura di prevenzione personale. Tuttavia, la misura si rivelò limitatamente applicabile,¹⁰⁴ a tal punto che emerse la necessità forte di apprestare nuovi e più efficaci metodi per contrastare la criminalità economica. Esigenza a cui diede risposta proprio la legge

¹⁰² EPIDENDIO, VARRASO, *Codice delle confische*, 2018, 1085.

¹⁰³ Cfr. T.U. 18 giugno 1931, n. 773, che prevedeva, in particolare, che il prefetto potesse disporre con decreto lo scioglimento delle associazioni che svolgevano un'attività contraria agli ordinamenti politici costituiti nello Stato.

¹⁰⁴ In particolare, rimanevano esclusi dall'ambito di applicazione della misura, i beni destinati all'attività professionale o produttiva.

Rognoni-La Torre, che ha sancito la nascita dell'istituto della confisca di prevenzione e del correlato sequestro.

Negli anni seguenti, il legislatore è ripetutamente intervenuto ad integrare la disciplina delle misure di prevenzione patrimoniali, con l'obiettivo di estendere la portata applicativa della misura. Nel particolare, ha elaborato una disciplina concernente l'amministrazione dei beni sequestrati e la destinazione dei beni confiscati, e ha introdotto la possibilità di disporre il sequestro e la confisca sulla base del requisito della sproporzione dei beni rispetto al reddito o all'attività economica. Infine, ha ampliato progressivamente il novero dei destinatari della misura, includendo non solo le fattispecie indiziarie di appartenere ad associazioni mafiose, ma anche le ipotesi di "pericolosità generica" e un numero considerevole di ulteriori reati.¹⁰⁵

Ulteriori incisive modifiche sono state apportate dal c.d. pacchetto sicurezza del 2008 e 2009, che ha introdotto la confisca di prevenzione per equivalente, una disciplina specifica relative alle ipotesi di intestazione fittizia dei beni, ma soprattutto ha sancito il principio di autonomia delle misure di prevenzione patrimoniali da quelle personali, prevedendo espressamente la possibilità di una loro applicazione disgiunta.

Tutto quanto esposto, è confluito, pressoché immutato, nel d.lgs. 159/2011,¹⁰⁶ c.d. Codice Antimafia, che ha tentato di attribuire maggiore ordine sistematico alla materia e rappresenta, come poi modificato, l'attuale disciplina.

2.1.1. La riforma della l. 161/2017.

La riforma della disciplina delle misure di prevenzione, introdotta dalla legge n. 161/2017, se, da una parte, ha il merito di aver introdotto una disciplina sul controllo giudiziario *ex art. 34 bis*, dall'altra, continua ad esprimere la precisa strategia di politica criminale efficientista volta ad estendere l'ambito di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali e a cercare di semplificare

¹⁰⁵ Tale estensione è stata operata prima dalla l. 19 marzo 1990, n. 55 e poi, dal d.l. 23 maggio 2008, n. 92, che ha aggiunto tra i destinatari della confisca i soggetti indiziati di uno dei delitti di cui all'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p.

¹⁰⁶ Il Codice Antimafia ha subito successive modifiche con il d.lgs. 218/2012 e poi con la l. 228/2012.

l'onere probatorio dell'accusa, come emerge dall'inclusione nella categoria dei soggetti a pericolosità qualificata degli indiziati dei reati contro la p.a., realizzati in forma associata, che già rientravano nella categoria dei destinatari a pericolosità generica.¹⁰⁷

Nonostante lo sforzo delle Sezioni Unite di fornire un'interpretazione in senso convenzionalmente conforme della pericolosità sociale, in particolare generica ma non solo, in seguito alla sentenza De Tommaso della Corte EDU, rimane la problematicità delle misure di prevenzione in ottica di compatibilità con un sistema garantistico, tanto che la Suprema Corte afferma che il sistema delle misure di prevenzione «tende a porsi con sempre maggiore forza in termini di alternative alla risposta sanzionatoria penale».

Approdando al contenuto della riforma,¹⁰⁸ innanzitutto si evidenzia, come in precedenza, che pur non mancando delle significative modifiche in chiave garantista del procedimento di prevenzione e, in particolare, della disciplina in materia di tutela dei terzi, anche questa volta emerge la tendenza verso una politica criminale particolarmente efficientista volta a reprimere con maggior forza al contrasto all'economia criminale, ponendosi quasi quale alternativa alla pena.

Infatti, l'importanza che viene attribuita nella lotta al crimine a tali misure, è testimoniata dal fatto che sia stato inserito un nuovo Capo V *bis*, a chiusura del Titolo II del codice antimafia, destinato a contenere un'unica disposizione, cioè l'art. 34 *ter*, rubricata "Trattazione prioritaria dei procedimenti di prevenzione patrimoniale", che prevede che è assicurata la priorità assoluta ai procedimenti volti all'applicazione di misure di prevenzione patrimoniali. Nella stessa direzione si prevede anche la specializzazione del giudice della prevenzione attraverso una riforma dell'ordinamento giudiziario.¹⁰⁹

¹⁰⁷ MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. Pen.*, suppl. al n. 1/2018, 325 ss.

¹⁰⁸ L. 161/2017, recante "Modifiche al codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, di cui il decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, al codice penale e alle norme di attuazione, di coordinamento e transitorie del codice di procedura penale e altre disposizioni. Delega al Governo per la tutela del lavoro nelle aziende sequestrate e confiscate", così in G.U. n. 258 del 4 aprile 2017.

¹⁰⁹ Presso il tribunale del capoluogo del distretto e presso la corte di appello, sono istituite sezioni ovvero individuati collegi, che trattano in via esclusiva i procedimenti previsti dal codice di cui al decreto legislativo n. 159/2011. A tali collegi o sezioni, ai quali è garantita copertura prioritaria delle eventuali carenze organiche, è assegnato un numero di magistrati rispetto all'organico complessivo dell'ufficio pari alla percentuale che sarà stabilita da delibera del CSM, comunque non inferiore a

L'aspetto problematico è dato dal fatto che il sistema delle misure di prevenzione rappresenta un'alternativa che, davanti ai limiti e all'inefficienza del sistema penale, può rivelarsi nella prassi più efficace, ma a scapito delle garanzie dal punto di vista strutturale.

Come già anticipato, uno dei tratti salienti della riforma, riguarda l'estensione della categoria dei soggetti a pericolosità qualificata, tra gli altri, ai soggetti indiziati di associazione a delinquere finalizzata alla consumazione di reati contro la Pubblica Amministrazione,¹¹⁰ nonché ai soggetti indiziati di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche *ex art. 640 bis c.p.*

Tali soggetti, già rientravano nella categoria dei soggetti a pericolosità generica ma la ratio della norma porta alla conclusione che lo scopo sia quello di sottrarre, allora, all'accertamento della dedizione all'illecito l'applicazione della confisca nei loro confronti, facendo bastare, così, la semplice iscrizione nel registro degli indagati o comunque l'inizio del procedimento penale per far iniziare il procedimento di prevenzione.

La legge n. 161/2017, riforma anche la categoria dei soggetti prevista alla lettera d) dell'art. 4 d.lgs. 159/2011, includendo le persone che abbiano posto in essere atti esecutivi, e non solo preparatori,¹¹¹ diretti a sovvertire l'ordinamento dello Stato, con la commissione di uno dei delitti indicati, tra cui i reati con finalità di terrorismo.

Inoltre, la l. 161/2018, ha apportato modifiche rilevanti anche sotto il punto di vista della nozione di sproporzione, alla luce del principio di proporzionalità. In particolare, riformando l'art. 24, la legge in questione ha cristallizzato l'orientamento per cui i proventi dell'evasione fiscale non possono rilevare per giustificare la provenienza legittima dei beni. La norma oggi precisa che «in ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego

tre, così il comma 2 *sexies* dell'art. 7 *bis* dell'ordinamento giudiziario, cui al r.d. 30 gennaio 1941, n. 12.

¹¹⁰ I soggetti sono stati inseriti con l'art. 4 lett. i *bis*) d.lgs. 159/2011.

¹¹¹ L'ampliamento agli atti preparatori ad attività di terrorismo era stato introdotto con l'aggiornamento normativo dell'art. 18, l. 22 maggio 1975, n. 152, rubricato "Disposizioni a tutela dell'ordine pubblico".

dell'evasione fiscale». Non è chiaro,¹¹² però, se tali proventi si dovessero indentificare con l'intero imponibile lordo dell'imposta dovuta o solo con l'importo corrispondente all'imposta evasa. In realtà, come accennato in precedenza, in giurisprudenza, nella sentenza Repaci, emerge come prevalente il primo orientamento.

Infine, la legge 161/2017 ha significativamente riformato la disciplina della confisca di valore prevista dall'art. 25 d.lgs. 159/2011, semplificandone la disciplina ed estendendone l'applicabilità ai successori.

2.2. I presupposti di applicabilità.

I presupposti indefettibili di applicabilità della confisca di prevenzione, e delle misure di prevenzione patrimoniali in generale, possono individuarsi in soggettivi e oggettivi.¹¹³

Il presupposto soggettivo consiste, per tutte le misure di prevenzione patrimoniali, nell'accertamento dell'appartenenza a una delle fattispecie di pericolosità prevista e della pericolosità della persona. Si tratta dei primi due requisiti che giustificano l'applicazione della misura di prevenzione, anche personale.

In particolare, per il sequestro e la confisca, prima dell'introduzione del principio di applicazione disgiunta, occorre l'applicazione della misura personale. In assenza non era, di regola, consentito il sequestro o la confisca. Dal 2008, come meglio si vedrà,¹¹⁴ è sufficiente la riferibilità del bene a un soggetto nei cui confronti la misura personale poteva essere applicata. Di più, è sufficiente anche l'accertamento incidentale dell'inquadramento della persona nella fattispecie di pericolosità e della sua pericolosità a una certa data, pur se la misura personale non possa essere applicata o sia stata già espiata.

I presupposti oggettivi riguardano i requisiti del bene per essere sottoposto a misura. In particolare, per sequestro e confisca, devono ricorrere i seguenti

¹¹² Così come emerge dal dossier d.d.l. 2134.

¹¹³ MENDITTO, LATTANZI (presentazione di), *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, op. cit., 2019, 498 ss.

¹¹⁴ Il tema verrà approfondito *infra* §2.4

presupposti di applicabilità: disponibilità, diretta o indiretta, da parte del proposto; sproporzione tra il valore dei beni e i redditi dichiarati o l'attività economica svolta.

L'accertamento dei presupposti, soggettivi o oggettivi, nella fase cautelare della richiesta di sequestro avviene sulla base degli elementi di fatto offerti dall'organo proponente o acquisiti dal tribunale, attraverso l'eventuale esercizio dei poteri di indagine, senza alcun contraddittorio. Le conclusioni raggiunte in tale fase cautelare devono essere, in seguito, verificate nel procedimento quando, attraverso il contraddittorio, possono essere offerte le allegazioni difensive dirette a giustificare la legittima provenienza dei beni soggetti a misura. Se tali tesi difensive si rivelano idonee, impediscono la confisca, con conseguente restituzione dei beni.

2.2.1. I destinatari: l'appartenenza del soggetto ad una delle categorie ex art. 4 d.lgs. 159/2011. Dalla pericolosità "qualificata" a quella "comune".

Ripercorrendo l'indagine svolta finora, con riguardo alle scelte di politica criminale, nello specifico penale, non si è fatto mistero di una tendenza sempre più diffusa volta a separare la sanzione dal fatto di reato, ancorandola sempre più di frequente a figure sintomatiche di pericolosità, per di più mediante meccanismi di semplificazione probatoria, in un contesto punitivo a valenza sempre più efficientista. Ciò avviene, con maggior vigore, e preoccupazione nei riguardi di garanzie costituzionali, nel sistema di prevenzione, dove il legislatore ha costruito, nel tempo, sistemi di agevolazione dell'accertamento giudiziale.¹¹⁵

In questo quadro, le misure di prevenzione patrimoniali, con riguardo alla semplificazione dei rigorosi requisiti applicativi, segna il terreno privilegiato per una giustizia penale più efficientista e celere.

Giungendo ad indagare, prima di tutto, i soggetti destinatari della confisca di prevenzione, questi sono individuati dall'art. 16 del d.lgs. 159/2011, il quale annovera i soggetti di cui all'art. 4, dello stesso decreto.

¹¹⁵ D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumenti di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità patrimoniale*, in BARGI, CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, 2011, 125 ss.

La tecnica legislativa per individuare i potenziali destinatari della misura di prevenzione patrimoniale risente, ancora, del collegamento, logico e storicamente risalente con le misure di prevenzione personali.¹¹⁶

L'art. 16 del d.lgs. 159/2011, infatti, opera un rinvio recettizio ai parametri soggettivi della misura personale. Così recita la norma: «Le disposizioni contenute nel presente titolo si applicano: a) ai soggetti di cui all'art. 4», aggiungendo una ipotesi ulteriore relativa alle persone fisiche e giuridiche individuate dagli organi internazionali quando vi sono fondanti elementi di ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati, o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche anche internazionali. Questo rinvio interno dell'art. 16 comporta, dunque, una sostanziale equiparazione dell'ambito applicativo della confisca e del sequestro di prevenzione a quello della misura di prevenzione personale della sorveglianza speciale di pubblica sicurezza.¹¹⁷

L'art. 4, d.lgs. 159/2011, a sua volta, effettua un rinvio ulteriore all'art. 1 della stessa legge, al fine di individuare i casi di c.d. pericolosità generica, da tenere distinta dalla c.d. pericolosità qualificata che lo stesso art. 4, individua in coloro che sono indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416 *bis* c.p. e ai soggetti indiziati di uno dei reati di cui all'art. 51 co. 3 *bis* c.p.p., ovvero del delitto *ex art.* 12 *quinqies*, comma 1, d.l. 306/1992, così come convertito dalla l. 356/1992, o del delitto di cui all'art. 418 c.p.

È innegabile che i profili soggettivi di applicazione della misura preventiva patrimoniale risentano degli effetti della sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2019, con cui la Consulta ha ritenuto costituzionalmente illegittimi, per violazione degli artt. 42 e 117, comma 1, Cost., in riferimento alle misure patrimoniali del sequestro e della confisca, gli artt. 4, comma 1, lett. c), e 16, d.lgs. 159/2011, nella parte in cui stabiliscono che le misure di prevenzione disciplinate si applichino ai soggetti di cui all'art. 1, l. 1423 del 1956 e all'art. 1, lett. a), d.lgs. 159/2011. Si esclude, quindi, che possa essere irrogata la misura sulla base della pericolosità sociale individuata nell'ipotesi di cui all'art. 1, lett. a), d.lgs. 159/2011.

¹¹⁶ PAPANNO, *Le singole misure di prevenzione patrimoniali*, in *Misure di prevenzione, interdittive antimafia e procedimenti*, DELLA REGIONE, 2022, 345 ss.

¹¹⁷ FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, in *La legislazione antimafia*, MEZZETTI e LUPÀRIA DONATI, 2020, 680 ss.

Bisogna tenere comunque distinta l'ipotesi in cui la confisca di prevenzione sia statuita in un provvedimento divenuto definitivo. Non vi è dubbio, che la pronuncia della Corte Costituzionale, spieghi i suoi effetti anche sul provvedimento passato in giudicato nel caso di sentenza che dichiari l'incostituzionalità di una norma penale o processuale sebbene non si versi in una ipotesi che incida sul trattamento sanzionatorio.

Più controversa è la possibilità che il provvedimento che ha disposto il sequestro anticipato, ovvero la confisca soggetta a impugnazione o, ancora, la confisca in via definitiva, abbia utilizzato, cumulativamente, le ipotesi di cui all'art. 1, lett. a) e b) d.lgs. 159/2011, non distinguendo, in sede di decisione, a quale dei canoni di pericolosità "semplice" apparterebbe il sottoposto ovvero li abbia applicati congiuntamente, ritenendo che egli appartenga a entrambe le categorie. La giurisprudenza, sul punto, ritiene che le misure di prevenzione disposte nei confronti dei soggetti c.d. pericolosi generici che rientrano in entrambe le categorie di cui alla lett. a) e b) dell'art. 1, d.lgs. 159/2011, non perdono la loro validità a seguito della pronuncia della Corte Costituzionale n. 24/2019, a condizione che nella proposta e nel provvedimento applicativo non solo sia richiamata la categoria di cui alla lett. b) della norma citata, ma anche, che il giudice della misura abbia accertato, sulla base di specifiche circostanze di fatto, che il proposto si sia reso autore di delitti commessi, abitualmente, da cui abbia tratto un profitto che costituisca il suo unico reddito o, quanto meno, una componente significativa del medesimo.¹¹⁸

Per ciò che attiene alla pericolosità c.d. qualificata, cioè quella prevista dall'art. 4, comma 1, lett. a) e b), richiamato dall'art. 16, comma 1 lett. a), vi si trovano due ipotesi: la prima, degli indiziati di appartenere alle associazioni di cui all'art. 416 *bis* c.p.; la seconda, dei soggetti indiziati di uno dei reati previsti dall'art. 51 comma 3 *bis* cp.p., ovvero del delitto di trasferimento fraudolento di valori di cui all'art. 12 *quinquies*, comma 1, d.l. 306/1992, o del delitto di cui all'art. 418 c.p., relativa alla assistenza agli associati. Inoltre, la giurisprudenza ha chiarito che non ci sono dubbi che le misure di prevenzione patrimoniale possono essere disposte anche nei confronti dell'indiziato di concorso esterno in associazione

¹¹⁸ Cfr. Cass. pen. sez. II, 15 gennaio 2020, n. 12001, in *CED Cass.*, n. 278681.

mafiosa in quanto anche esso rientra tra gli appartenenti alle associazioni indicate all'art. 4, comma 1, lett. a), d.lgs. 159/2011.¹¹⁹

È pacifico, che la possibilità di giungere ad una misura ablativa nei confronti di un determinato soggetto richieda che la pericolosità supposta sia inquadrata in una delle categorie criminologiche tipizzate negli artt. 1 e 4, d.lgs. 159/2011, che descrivono sia la pericolosità generica che quella qualificata, cui può seguire la valutazione in ordine alla coincidenza temporale tra la succitata pericolosità e il momento dell'acquisto del bene da sottrarre alla disponibilità del preposto. Proprio con riguardo all'individuazione della categoria dei pericolosi in cui inquadrare il soggetto, la giurisprudenza ritiene che nessuna misura di prevenzione, personale o patrimoniale, possa essere disposta in mancanza di un congruo giudizio di ricostruzione dei fatti idonei a determinare l'inquadramento del preposto in una delle categorie di pericolosità tipizzate e previste dal legislatore *ex* artt. 1 e 4 d.lgs. 159/2011.¹²⁰

Si può affermare che la giurisprudenza delinea una struttura bifasica della decisione riguardo l'irrogazione di una misura di prevenzione di carattere patrimoniale. Nella prima fase, sulla base degli elementi oggettivi, si determina la pericolosità sociale del soggetto e l'inquadramento in una delle ipotesi di cui agli artt. 1 e 4, e successivamente, la possibilità di ricostruire il nesso causale e temporale tra la pericolosità sociale, in riferimento al frangente temporale considerato in cui si è verificato l'acquisto del bene, e il bene medesimo. Giungendo alla seconda fase, questa è caratterizzata fortemente da quanto stabilito dalla

¹¹⁹ Cfr. Cass. sez. IV, 6 dicembre 2016, n. 4926, in *Cass. pen.*, 2017, 4163; i giudici di legittimità hanno superato l'apparente esclusione della figura del concorrente esterno dal novero degli appartenenti ai soggetti da catalogare tra i pericolosi qualificati, affermando che non debba distinguersi tra intraneo, partecipe non intraneo e concorrente esterno, poiché anche quest'ultimo concorre nella partecipazione e rientra, perciò fra gli appartenenti alle associazioni, cfr. Cass. pen. sez. II, 17 luglio 2020, n. 23813.

¹²⁰ Cfr. Cass. pen. sez. I, 14 giugno 2017, n. 54119, in *Cass. pen.*, 2018, 2133; in modo analogo, Cass. pen. sez. I, 14 febbraio 2020, n. 12329, in *CED Cass.*, n. 278700, secondo cui, trattandosi di misure incidenti sui diritti di una persona costituzionalmente garantiti, rientrano in un'accezione lata di provvedimenti di portata afflittiva e, pertanto, la descrizione normativa dei comportamenti deve rispondere ai principi di tassatività e determinatezza, così testualmente: «in tema di confisca di prevenzione disposta nei confronti di soggetto pericoloso generico, è legittimo disporre la misura ablativa su beni acquisiti in periodo successivo a quello individuato nel provvedimento, di manifestazione della pericolosità sociale, ove ricorra una pluralità di indici fattuali tali da dimostrare la diretta derivazione causale delle acquisizioni patrimoniali dalla provvista formatasi in detto periodo».

sentenza Spinelli che elegge la dimensione temporale dell'acquisto del bene, quale punto cardine della decisione circa la confiscabilità del bene stesso.

L'accertamento della pericolosità del preposto, quindi, rimane imprescindibile per l'applicazione della misura ablatoria in esame. Il presupposto, accertato in capo al soggetto che acquisisce il bene, si ripercuote sul bene acquistato e, per ciò, ne rappresenta una caratterizzazione tendenzialmente immutabile del bene, anche quando e se la pericolosità del soggetto dovesse venire meno.¹²¹

Va sottolineato che, in relazione alla prima fase della decisione, il giudice che decide sulla misura non è vincolato alle indicazioni dell'organo proponente, potendo, invece, fornire un inquadramento diverso dalla pericolosità sociale prospettata dall'organo richiedente, senza che ciò possa generare una violazione del principio di correlazione tra contestazione e decisione, qualora il provvedimento applicativo della misura ritenga sussistente una categoria di pericolosità diversa da quella proposta. L'unica condizione posta è che la nuova definizione giuridica sia fondata sugli stessi elementi posti alla base della proposta e in relazione ai quali sia stato assicurato un contraddittorio effettivo e congruo.¹²² Questa impostazione, tuttavia, genera delle perplessità in relazione all'impianto di difesa, in quanto, è chiaro che questa sia influenzata dal mutamento della qualifica giuridica della pericolosità. La giurisprudenza, infatti, distingue tra l'accertata pericolosità qualificata e quella generica, per ciò che riguarda il peso da attribuire al fattore temporale. In particolare, si ritiene che, con riferimento alla pericolosità generica, sono suscettibili di ablazione solo i beni acquistati nell'arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, invece, con riferimento alla pericolosità qualificata, il giudice dovrà accertare se questa investa abitualmente la vita del proposto, o se sia individuabile un momento iniziale ed uno finale della pericolosità sociale, così da stabilire se siano suscettibili di ablazione tutti i beni riconducibili al preposto o solo quelli che ricadono nel periodo temporale individuato.¹²³

¹²¹ Cass. pen. sez. Un., 26 giugno 2014, Spinelli, n. 4880, secondo cui, tra le altre cose, affermano il principio per cui sono suscettibili di ablazione soltanto i beni acquistati nell'arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, indipendentemente, dalla persistente pericolosità del soggetto al momento della proposta di prevenzione.

¹²² Cass. pen. sez. I, 5 febbraio 2019, n. 8038, in *CED Cass.*, n. 274915.

¹²³ Cass. pen. sez. II, 22 marzo 2019, n. 27854, in *CED Cass.*, n. 273421.

In conclusione, il requisito della correlazione temporale rimane requisito indispensabile affinché sia accertata la pericolosità qualificata, piuttosto che quella generica. Tuttavia, la pericolosità sociale, con riferimento a quella definita generica, può dar luogo al provvedimento ablativo solo per i beni acquistati nell'arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, mentre con riferimento a quella qualificata, la coincidenza temporale risulta meno circoscritta.¹²⁴

Il ragionamento seguito dalla giurisprudenza risponde all'esigenza di legare la misura ablativa al tipo di pericolosità espressa dal proposto: nel caso di pericolosità generica, non sarà possibile aggredire, indiscriminatamente i beni del proposto, indipendentemente dalla verifica della relazione pertinenziale e temporale.

Diversamente, per quanto riguarda la pericolosità qualificata, per cui si fa riferimento alla peculiare figura dell'indiziato di appartenenza all'associazione mafiosa, è sufficiente accertare che i beni da confiscare o sequestrare siano entrati nella disponibilità del proposto successivamente o contestualmente al suo inserimento nell'organizzazione mafiosa.

Sul fronte della giurisprudenza costituzionale, la Consulta, pur pronunciandosi nella materia della confisca allargata, ha evidenziato, come si è già messo in luce, che la presunzione di origine illecita dei beni sia circoscritta in un ambito di c.d. ragionevolezza temporale, tenendo conto delle diverse caratteristiche del caso specifico e del grado di pericolosità sociale per gli effetti della misura ablatoria.¹²⁵

Parallelamente, la giurisprudenza di legittimità si è impegnata in una campagna di tassativizzazione della fattispecie di c.d. pericolosità generica, al fine di riempire il vuoto di contenuto e precisare il testo legislativo censurato dalla Corte Europea. Sul punto, la Corte di Cassazione ha offerto un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dei concetti contenuti nell'art. 1

¹²⁴ Apparirebbe più diluita perché opererebbe una sorta di presunzione di pericolosità che travalica i confini storici della manifestazione esteriore della misura stessa, così PAPAGNO, *Le singole misure di prevenzione patrimoniali*, in DELLA REGIONE, op. cit., 2022, 366 ss.; in giurisprudenza, cfr. Cass. pen. sez. VI, 27 maggio 2020, n. 26240.

¹²⁵ Corte Cost., 21 febbraio 2018, n. 33.

lett. a) e b), concludendo che ciò fosse sufficiente a fugare i dubbi di legittimità che circondavano la norma.¹²⁶

Procedendo con l'analisi, l'art. 20, d.lgs. n. 159/2011 prescrive che il tribunale possa disporre il sequestro, anche d'ufficio, dei beni che, tra le altre cose «si ha motivo di ritenere che gli stessi siano frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego», ex art. 24, comma 1, dello stesso decreto.

In concreto, è da sottolineare che la distinzione tra beni di provenienza lecita e illecita non è sempre agevole, sia per la complessità di distinguere la natura del bene sia per la moltitudine dei casi di commistione. Nelle procedure di prevenzione bisogna distinguere la natura dei beni in esame poiché il sequestro e la confisca non possono colpire in modo indiscriminato tutti i beni, bensì solo quelli che possano ritenersi frutto o reimpiego di attività illecite. Il problema si inasprisce laddove ci siano delle attività economiche in cui i beni di provenienza lecita e illecita si confondono in un unicum da cui è impossibile discernere la provenienza.

È chiaro che il richiamo sia all'impresa mafiosa, la quale si definisce come «l'unità economica che trae origine da un capitale frutto, totalmente o parzialmente, da attività di natura illecita, con lo scopo di operare sul mercato dei beni e servizi leciti». La componente imprescindibile riguarda la forza di intimidazione che proviene direttamente dal sodalizio di cui l'impresa è espressione, a prescindere dalla persona da cui sia formalmente gestita.¹²⁷ Va da sé che l'impresa, in quanto attività, non può essere posta sotto sequestro. Possono essere sequestrati quei beni che, a vario titolo, ineriscono l'attività di impresa. Il nesso con l'attività di impresa è inscindibile, in quanto è attraverso l'azienda che l'impresa viene esercitata, come stabilito dalla disciplina del codice civile a norma dell'art. 2555 c.c., che apre il Titolo VIII del Libro V, dedicato appunto all'azienda.

¹²⁶ Recentemente è intervenuta, sul punto, la pronuncia della Corte Costituzionale, sent. 27 febbraio 2019, n. 24; cfr. *infra* cap. 3.

¹²⁷ Secondo la giurisprudenza consolidata: «in tema di confisca di prevenzione ai sensi dell'art. 2 ter, l. 31 maggio 1965, n. 575, la confisca di un'impresa costituita in forma societaria, della quale sia accertato il carattere mafioso per il fatto di avere stabilmente operato avvalendosi della forza di intimidazione di un'associazione mafiosa, si estende a tutto il patrimonio aziendale e a tutto il capitale sociale, laddove sia accertata la disponibilità sostanziale dell'impresa da parte del proposto e laddove la sua illecita attività si riveli assorbente in tutto o in gran parte rispetto all'attività economica dell'impresa», così Cass. pen. sez. II, 11 febbraio 2015, n. 9774, in Riv. pen., 2015; in dottrina, DI AMATO, *L'impresa illecita*, in *I principi generali*, in DI AMATO (diretto da), *Trattato di diritto penale di impresa*, Padova, 1990.

Tuttavia, nel caso di sequestro o confisca di imprese, le difficoltà non riguardano solo la natura dei beni che costituiscono il compendio aziendale, ma altresì l'intero assetto del provvedimento ablativo.

L'attuale codice antimafia, dunque, prende in considerazione espressamente il sequestro di azienda e di partecipazioni sociali, prevedendo una disciplina apposita in tema di esistenza e gestione dell'attività di impresa durante il sequestro.

Il dilemma più complesso riguarda l'individuazione degli esatti parametri da cui estrapolare l'origine lecita o illecita dell'attività imprenditoriale. Invero, la giurisprudenza ha affermato, a più riprese e in molteplici occasioni, la legittimità della confisca di un'impresa mafiosa, in quanto costituente strumento di realizzazione, sul territorio, degli interessi economici del sodalizio, a prescindere dall'eventuale origine formalmente lecita dei beni che ne costituiscono l'azienda, trattandosi di un'attività imprenditoriale inquinata in radice dai vantaggi illeciti basati sull'intimidazione mafiosa.

Dunque, in tal senso, sarebbe irrilevante la possibile origine, almeno formalmente e apparentemente, lecita dei beni aziendali, trattandosi di attività imprenditoriale inquinata in radice, dai vantaggi illeciti basati sull'intimidazione mafiosa. L'impresa mafiosa, infatti, non solo pratica forme più o meno intense di intimidazione verso la concorrenza, ma deve la produzione di reddito a vantaggi di origine illecita.

A conclusione, si deve sottolineare, come già fatto più volte in questo lavoro, che il novero dei destinatari si è progressivamente ampliato in modo da ricomprendere una gamma sempre più vasta ed eterogenea di condotte, non più legate solamente alla criminalità organizzata, ma anche a quella comune. Questo in conseguenza sia dell'ampliamento delle categorie *ex art. 4* del decreto, sia per la funzione di "atipizzatore" dell'art. 1 del decreto.¹²⁸ Infatti, i concetti di «traffici delittuosi» e di «attività delittuosa» contenuti in questa ultima disposizione, permettono di attribuire rilevanza a tutti i fatti previsti dalla legge come delitto, permettendo alla giurisprudenza di estendere l'applicazione delle misure di prevenzione, anche a soggetti sospettati di aver commesso delitti non previsti

¹²⁸ La formula è di FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, in MEZZETTI e LUPÀRIA DONATI, op. cit., 2020, 680.

nell'elencazione tassativa di cui all'art. 4, comunque ritenuti «abituamente dediti» a «traffici delittuosi» o «ad attività delittuose» di qualsiasi tipo.

Tuttavia, in questo quadro, si deve apprezzare, nella giurisprudenza, un innegabile sforzo interpretativo teso ad assicurare un più rigoroso accertamento dei presupposti, tenendo a mente, però, che tale opera di tassatività volga lo sguardo più all'ottica processuale, piuttosto che ai requisiti applicativi sostanziali.¹²⁹

2.2.2. Disponibilità diretta o indiretta dei beni oggetto di ablazione: onere probatorio e presunzioni *ex lege*.

L'oggetto della misura ablativa è individuato dagli artt. 20, per ciò che riguarda il sequestro, e 24, quanto alla confisca, del d.lgs. 159/2011, nei beni di cui il proposto è incapace di giustificare la legittima provenienza e di cui abbia la disponibilità, a qualsiasi titolo, in valore sproporzionato al proprio reddito o attività economica svolta, anche per interposta persona, e di quelli che risultino essere il frutto o il reimpiego di attività illecite.

L'accertamento di tali ulteriori presupposti, all'esito del procedimento di prevenzione, consente l'applicazione dello strumento ablatorio, allo stesso modo e nella stessa misura in cui, *a contrario*, la dimostrazione del difetto originario di questi, permette di ottenere la revocazione della misura¹³⁰ e la restituzione dei beni confiscati o di somme di valore equivalente.¹³¹

Dunque, uno dei requisiti oggettivi della misura ablatoria è quello della titolarità, anche per interposta persona fisica o giuridica, o della disponibilità a qualsiasi titolo, dei beni da parte del proposto. Si fa, quindi, riferimento ad una

¹²⁹ Con evidenti ricadute sul principio di legalità. Il tema sarà approfondito *infra* cap. III.

¹³⁰ Salvo le ipotesi eccezionali quali: «I) il segmento fattuale oggetto dell'esito assolutorio del giudizio penale si pone come ingrediente fattuale solo concorrente rispetto ad altri episodi storici rimasti confermati; II) il giudizio di prevenzione si basa su elementi cognitivi autonomi e diversi rispetto a quelli acquisiti in sede penale; III) la formazione legislativa tipo di pericolosità prevenzionale è descritta in modo sensibilmente diverso rispetto ai contenuti della disposizione incriminatrice oggetto del giudizio penale», così Cass. sez. I, 19 aprile 2018, n. 43826, Righi

¹³¹ Le ipotesi di revocazione sono disciplinate dall'art. 28 d.lgs. 159/2011. Tra le altre, assume particolare valore quella di cui al comma 1 lett. b), relativa al caso in cui «i fatti accertati con sentenze penali definitive, sopravvenute o conosciute in epoca successiva alla conclusione del procedimento di prevenzione, escludano in modo assoluto l'esistenza dei presupposti di applicazione della confisca». tale norma segna l'ambivalenza degli accertamenti svolti in sede penale e in sede di prevenzione.

nozione di disponibilità in ottica allargata, che privilegia il piano sostanziale piuttosto che la mera forma e apparenza.

La nozione di disponibilità diretta o indiretta, impiegata dal legislatore per definire la relazione che deve sussistere tra la parte processuale ed il bene da sottoporre alle misure di prevenzione patrimoniali, è suscettibile di dare rilievo a una serie aperta di situazioni fattuali non inquadrabili in precise categorie civilistiche, spingendosi fino ad includere tutte quelle forme di dominio collettivo e di influenza determinante che vengono enucleate dall'esperienza applicativa.¹³²

La giurisprudenza ha elaborato una nozione ampia del concetto di disponibilità indiretta del bene,¹³³ tracciando una distinzione, quanto al contenuto dell'onere probatorio sulla disponibilità dei beni, tra coniuge, figli e altri conviventi, e dall'altro lato, gli ulteriori intestatari dei beni.

Sul coniuge, i figli e gli altri conviventi grava l'onere di dimostrare l'esclusiva disponibilità del bene per sottrarlo alla confisca, in quanto il legislatore, stabilendo che nei loro confronti devono essere sempre disposte le indagini,¹³⁴ presuppone che l'indiziato faccia in modo che il suo patrimonio appaia formalmente nella disponibilità giuridica delle persone di maggior fiducia. Dunque, in presenza di stretti vincoli familiari o di convivenza nell'ultimo quinquennio, può farsi rientrare nell'*id quod plerumque accidit* che l'indiziato eserciti di fatto una piena signoria sul bene, con la conseguente presunzione *iuris tantum* di indiretta disponibilità del bene.¹³⁵

Rispetto agli ulteriori intestatari, invece, non opera alcuna presunzione relativa alla disponibilità indiretta, che deve formare oggetto di puntuale

¹³² BALSAMO, CONTRAFFATTO, NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010, 92 ss.

¹³³ Cfr. cass. sez. I, 17 gennaio 2008, n. 6613, Carvelli e altri, che afferma che: «in tema di confisca di beni riferibili a un soggetto sottoposto a misure di prevenzione quale soggetto di appartenenza ad associazione di stampo mafioso, il concetto di disponibilità indiretta non può limitarsi alla mera relazione naturalistica o di fatto col bene, ma va esteso, al pari della nozione civilistica del possesso, a tutte quelle situazioni nelle quali il bene stesso ricada nella sfera degli interessi economici del prevenuto, ancorché il medesimo eserciti il proprio potere su di esso per il tramite di altri».

¹³⁴ Così stabilisce l'art. 19, comma 3, d.lgs. 159/2011.

¹³⁵ Tale presunzione risulta in linea con quanto affermato dalla decisione quadro 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005, che stabilisce: «Ciascuno Stato membro può altresì prendere in considerazione l'adozione delle misure necessarie per poter procedere, conformemente alle condizioni di cui ai paragrafi 1 e 2, alla confisca totale o parziale dei beni acquisiti da persone con la quali la persona in questione ha relazioni più strette e dei beni trasferiti a una persona giuridica su cui la persona in questione, esercita un controllo».

accertamento in sede processuale.¹³⁶ Secondo la giurisprudenza consolidata, deve sussistere un comportamento *uti dominus* del medesimo proposto, in contrasto con l'apparente titolarità del terzo e ciò deve essere accertato «con rigorosa indagine, intensa ed approfondita», a seguito della quale, il giudice ha l'obbligo di spiegare le ragioni della ritenuta interposizione fittizia, sulla base «non di sole circostanze sintomatiche di spessore indiziario, ma di elementi fattuali, connotati dai caratteri di gravità, precisione e concordanza».¹³⁷

Va sottolineato che anche un rapporto non necessariamente stretto o di affinità andrà indagato e valutato congiuntamente ad altre emergenze, potendo, comunque anch'esso provare l'indiretta disponibilità.

Con il decreto sicurezza del 2008, già nell'allora art. 2 *ter* della l. 3 maggio 1965, n. 575, poi trapiantato nell'attuale Codice Antimafia, è stata introdotta una disciplina volta a contrastare l'elusione delle misure di prevenzione patrimoniali.¹³⁸ Inoltre, si è prevista una statuizione di matrice civile ma strumentale alla confisca, per il caso in cui nel corso del procedimento di prevenzione si accerti che taluni beni siano stati fittiziamente intestati o trasferiti a terzi: in questa ipotesi, il giudice dichiara la nullità degli atti di disposizione con il provvedimento¹³⁹ che dispone la confisca dei beni medesimi. Proprio per questa ragione e a questo scopo, sono state stabilite presunzioni *iuris tantum* di fittizietà degli atti negoziali, che hanno ad oggetto rispettivamente: i trasferimenti e le intestazioni, a titolo oneroso o gratuito, 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 parenti entro il sesto grado e degli affini entro il quarto grado;¹⁴⁰ inoltre, i trasferimenti e le intestazioni, a titolo gratuito o fiduciario,

¹³⁶ Cfr. Cass. sez. II, 23 giugno 2004, n. 35628, Palumbo e altri, afferma che incombe sull'accusa di dimostrare rigorosamente, ai fini della confisca intestati a terzi, l'esistenza di situazioni che avallino l'ipotesi puramente formale dell'intestazione, per l'esclusiva finalità di ancorare il bene in questione nella effettiva ed autonoma disponibilità di fatto del proposto.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ Sul tema si tornerà *infra* §2.2.2.1, cap. II.

¹³⁹ Trattasi non necessariamente di sentenza, come specifica la legge, ma di un decreto, sia pure di sostanza decisoria.

¹⁴⁰ Cfr. da ultimo Cass. pen. sez. II, 13 marzo 2018, n. 14346, si è affermato che l'accertamento giudiziale della disponibilità, in capo al proposto, dei beni formalmente intestati a terzi, opera diversamente per il coniuge, i figli e i conviventi, operando nei loro confronti una presunzione di disponibilità senza ulteriori accertamenti, mentre per tutte le altre persone fisiche o giuridiche, devono essere acquisiti specifici elementi di prova circa il carattere fittizio dell'intestazione.

effettuati nei due anni antecedenti la proposta della misura di prevenzione.¹⁴¹ In relazione a questi ultimi, non è stata precisata alcuna categoria soggettiva particolare, tanto che la presunzione ben può valere anche in riferimento ai terzi. Dunque, sul proposto e sui terzi, grava l'onere di prova contraria.

In assenza delle presunzioni o degli argomenti appena indicati si possono, comunque, individuare indici rivelatori della disponibilità indiretta.

Elementi univoci precisi e concordanti della disponibilità del proposto possono trarre: dai rapporti che legano costui e l'apparente titolare del bene; dall'eventuale intromissione del proposto nella gestione del bene; dall'incapacità patrimoniale del terzo all'acquisizione del bene.

A tal proposito, le Sezioni Unite,¹⁴² recentemente, hanno operato una sintesi volta a valorizzare gli ulteriori indici rivelatori della disponibilità indiretta individuati dalla giurisprudenza sulla base delle prassi applicative. In particolare, si fa riferimento alla prossimità delle relazioni in ambito familiare, ai rapporti di tipo affettivo e sentimentale, lavorativo e di collaborazione, poiché sintomatici di un più intenso legame che può rendere particolarmente agevole l'operazione di fittizia intestazione da parte del proposto, all'eventuale intromissione del proposto nella gestione del bene, ovvero all'incapacità del terzo, sotto il profilo economico, di acquisirne la titolarità, specie nell'ipotesi in cui il terzo intestatario non alleghi circostanze idonee a prospettare una diversa provenienza delle risorse necessarie all'acquisto del bene.¹⁴³

Il tema della disponibilità indiretta, assume particolare importanza volgendo lo sguardo alle imprese individuali e societarie.

Con riferimento all'impresa individuale formalmente esercitata da un terzo non legato al proposto da stretti vincoli familiari o di convivenza, la confisca può

¹⁴¹ Per quanto riguarda il dies a quo, la norma parla di «presentazione della proposta». Il riferimento sembra relativo alla data di presentazione della proposta di applicazione della misura personale, ovvero alla data di presentazione della sola proposta patrimoniale, in assenza di previa proposta personale, così MENDITTO, *Le misure personali e patrimoniali di prevenzione*, op. cit., 583.

¹⁴² Cass. Sez. Un., 22 dicembre 2016, De Angelis, n. 12621.

¹⁴³ Tali indizi, specie se esaminati unitariamente, contribuiscono a formare la prova necessaria per la individuazione del reale dominus dell'operazione e la conseguente adozione del provvedimento ablativo. Tale modo di procedere è perfettamente compatibile con i principi che regolano la distribuzione dell'onere della prova, poiché si tratta di valorizzare gli elementi indiziari legittimamente acquisiti, così Cass. Sez. Un., 12621/2017; Cass. 29137/2015.

disporsi solo in presenza della dimostrazione della indiretta disponibilità sull'azienda in capo a quest'ultimo.

Per ciò che riguarda le società di persone, di capitali, cooperative o consortili, si pone il problema della confisca estesa all'intero capitale sociale ed intero patrimonio aziendale, a fronte della formale intestazione al proposto di quote o azioni rappresentative di una sola frazione, specialmente se minima, dell'intero capitale sociale.¹⁴⁴

Alla luce di quanto esposto, al fine della confisca totale, è necessario che sia dimostrato che sulla vita aziendale l'indiziato mafioso eserciti una tirannia tale da influenzare le scelte ed indirizzi di fondo dell'impresa. A tal proposito, possono soccorrere in concreto elementi indizianti come il contenuto di intercettazioni, dichiarazioni di collaboranti ed anche l'esito degli accertamenti peritali sulla vita e l'origine delle imprese in sequestro.¹⁴⁵ Non va sottovalutata l'ipotesi di uno stretto congiunto o convivente nell'ultimo quinquennio del proposto rivesta nella società la carica di socio amministratore o di accomandatario nelle società di persone ovvero di amministratore unico o componente del consiglio di amministrazione nelle società di capitali. Tali accadimenti ben possono incidere sulla valutazione dell'indiretta disponibilità.

Può essere, altresì, decisiva la sorveglianza della realtà aziendale all'inizio e durante tutto il corso della gestione, grazie alle relazioni dell'amministratore giudiziario inserite in copia nel fascicolo del procedimento di prevenzione.

Se nel patrimonio sociale sono ricompresi beni immobili o beni mobili aziendali registrati, la confisca va espressamente estesa anche a questi ultimi al fine di renderla opponibile ai terzi mediante trascrizione. È da sottolineare, che la mancata trascrizione non assume alcuna concreta incidenza negativa in relazione alla vendita a terzi di beni successiva al sequestro, ma può discendere la prevalenza sulle ragioni della confisca, sia pure previa prova della buona fede nel corso di un incidente di esecuzione proposto a seguito della definitività del provvedimento.¹⁴⁶

In assenza di elementi comprovanti la direzione su di un'intera società da parte dell'indiziato di appartenenza ad una associazione mafiosa, ma, al tempo

¹⁴⁴ BALSAMO, CONTRAFFATTO, NICASTRO, op. cit., 96.

¹⁴⁵ EPIDENDIO, *Codice delle confische*, op. cit.

¹⁴⁶ Cfr. Cass, sez. I, 11 febbraio 2005, n. 12317.

stesso ricorrendo elementi sufficienti a ritenere che l'esercizio dell'impresa ne agevoli l'attività criminale, potrà limitarsi il sequestro e la confisca a quella frazione di capitale sociale direttamente spettante all'indiziato mafioso e procedere alla sospensione temporanea dell'attuale organo amministrativo dell'amministrazione della società.

2.2.2.1. Gli intestatari fittizi e la buona fede.

Come è noto, l'esigenza di evitare la paralisi della confisca in conseguenza dell'appartenenza a terzi dei beni da confiscare, e in particolare del ricorso frequente ad intestazioni fittizie, è avvertita in maniera importante nel campo dell'azione di contrasto al potere economico della criminalità organizzata. Da qui, l'estensione delle varie ipotesi di confisca a cose di proprietà dei terzi, ma che si trovano nella disponibilità del soggetto responsabile raggiunge il suo punto massimo di espansione, fondandosi su una logica special-preventiva in accordo con una funzione *lato sensu* punitiva nei confronti di soggetti che, anche se terzi rispetto al reato, non risultano del tutto estranei.¹⁴⁷

Nella confisca di prevenzione, prima ancora della giurisprudenza, è stato il legislatore del 1982 a manifestare il problema e a tentare di dare una soluzione, stabilendo che la confisca di prevenzione riguarda i beni che rientrano non solo nella titolarità, ma altresì, nella disponibilità a qualsiasi titolo del soggetto proposto per la misura.¹⁴⁸

Tale formula, ha rappresentato una rilevante novità, in quanto volta ad espandere il campo di applicazione della confisca prevedendone l'applicazione non solo ai beni dei quali il proposto abbia la formale titolarità, ma anche a quelli di cui questo abbia la disponibilità a qualsiasi titolo anche per interposta persona.

A questo punto, ci si interroga sulla valutazione della eventuale buona fede del terzo intestatario che si assume fittizio.

¹⁴⁷ NICOSIA, *La confisca, le confische*, op. cit., 116; sul tema v. anche EPIDENDIO, 2011; FONDAROLI, 2007; MAUGERI, 2008.

¹⁴⁸ Si tratta del vecchio art. 2 *ter*, l. 575/1965, oggi, art. 24, d.lgs. 159/2011; sul punto, in dottrina, cfr. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, op. cit., 183.

Il terzo intestatario fittizio è colui che non possiede il bene e che si trova ad essere interposto rispetto al proposto per garantirne la disponibilità indiretta, ragion per cui è irrilevante l'atteggiamento soggettivo col quale assume tale qualità.

La valutazione della buona fede di tale soggetto, è ancorata, in realtà, ad un equivoco creato dal tenore dell'art. 25 d.lgs. 159/2011 che consente la confisca per equivalente quando i beni non possono essere confiscati in quanto trasferiti legittimamente, prima dell'esecuzione del sequestro, a terzi in buona fede.

La disposizione non introduce alcun obbligo di dimostrare la mala fede dei terzi intestatari, anche se acquirenti formali del bene del proposto, così che rimane fermo che il sequestro nei confronti dei terzi acquirenti di un bene è consentito se ritenuti fittizi intestatari sulla base delle regole di giudizio descritte. Né, al contrario, il terzo intestatario ha, dopo il sequestro, l'onere di allegare la buona fede.

Può ipotizzarsi anche un'estraneità del terzo, inconsapevole della titolarità formale a lui attribuita dal proposto o nell'interesse di quest'ultimo. L'intestazione fittizia può, perciò, anche avvenire all'insaputa del terzo, ma ciò che rileva ai fini della confisca è la disponibilità di fatto del proposto.¹⁴⁹

Come è noto, il giudice della prevenzione patrimoniale deve accertare gli esatti confini del provvedimento di confisca, verificando eventuali *iura in re aliena*, i quali, costituendo un limite alla devoluzione del bene allo Stato, contribuiranno ad individuare la corretta qualifica giuridica del bene così da delineare la portata dell'ablazione dovuta a confisca.

A tal proposito, incombe sul terzo provare i fatti costitutivi del diritto che egli intende far valere, dovendo dimostrare tutti gli elementi che integrano le condizioni di appartenenza del bene e di estraneità al reato. Dunque, *in primis*, dovranno provare l'esistenza del diritto vantato e la sua anteriorità, sulla base di atto di data certa, rispetto alla trascrizione della misura cautelare.

Inoltre, dovranno dare adeguata contezza della loro buona fede e del loro inconsapevole affidamento al momento dell'acquisizione.

La stessa formulazione della norma, intende dare rilievo sia alla componente in senso oggettivo che soggettivo della buona fede.

¹⁴⁹ MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, op. cit., 592.

Essa può essere intesa come un obbligo di comportamento corretto e onesto, e che rappresenta fonte di integrazione negoziale e criterio di valutazione della condotta tra le parti, in questo senso spiegato nella sua componente oggettiva.

Oppure, può essere intesa, anche nel suo senso soggettivo, sotto il profilo della situazione psicologica della ignoranza della violazione di altrui diritto, rilevante per valutare una situazione giuridica preesistente.¹⁵⁰

Autorevole dottrina,¹⁵¹ e consolidata giurisprudenza delle Consulta, affermano che la buona fede costituisca ragione di tutela del terzo e base giustificativa della protezione assicurata al medesimo di fronte al provvedimento ablatorio di confisca. Contestualmente, proprio lo stesso requisito segna il limite entro cui può essere garantita la salvaguardia del terzo soggetto.¹⁵²

Il concetto di estraneità ha ricevuto varie interpretazioni da parte della giurisprudenza, che lo ha qualificato come mancanza di qualsiasi collegamento con la consumazione del reato, oppure come assenza di ogni contributo di partecipazione o di concorso. Recentemente, si è assunto che non può essere qualificato come estraneo, il terzo che abbia tratto vantaggio dall'altrui attività criminosa, atteso che non può considerarsi estranea al reato la persona che abbia comunque ricavato utilità dalla attività illecita del proposto, a meno che ignorasse, pur avendo usato la diligenza richiesta dal caso specifico, il rapporto di derivazione della sua posizione vantaggiosa da quella stessa attività.

Sulla questione, è necessario richiamare una pronuncia a Sezioni Unite della Corte di Cassazione,¹⁵³ che rappresenta un vero e proprio baluardo in tema di diritti dei terzi, poiché ha sancito il principio della buona fede e dell'affidamento incolpevole, applicabile in più ambiti dell'ordinamento. La pronuncia ha affermato che è possibile procedere alla confisca anche quando sulle cose da confiscare sussistano diritti di terzi, ma che tali diritti devono essere salvaguardati,

¹⁵⁰ PETRINI, *La prevenzione patrimoniale: tutela dei diritti dei terzi*, in BARGI, CISTERNA, op. cit., 543.

¹⁵¹ *Ibidem*.

¹⁵² Sul punto, cfr. Corte Cost. n. 487 del 1995, in cui si precisava che la situazione di sostanziale incolpevolezza segna il limite della confisca, e una simile situazione soggettiva, su cui è fondata la tutela del terzo in buona fede, non ricorre nei confronti di chi, pur essendo assoggettabile a provvedimento di prevenzione, pone in essere attività di agevolazione che determinino una obiettiva commistione di interessi tra attività del terzo e attività mafiosa.

¹⁵³ Cass. sez. un., 28 aprile 1999, Bacherotti, in *Foro.it*, 1999, II.

indipendentemente dal fatto che i terzi abbiano tratto un vantaggio dal reato, se costoro dimostrano di trovarsi in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole.¹⁵⁴ A seguito di tale pronuncia, il principio appena citato ha ricevuto numerosi riconoscimenti. Da un lato, è stato recepito a livello normativo, dall'altro, è stato successivamente applicato dalla Cassazione in relazione a numerose tipologie di confische, oltre che quella antimafia.

2.2.3. Le caratteristiche del bene: di valore sproporzionato, ovvero frutto di attività illecite ovvero reimpiego di esse. Il giudizio di valutazione.

L'oggetto della misura ablatoria è individuato, a norma dell'art. 24 del d.lgs. 159 del 2011, nei beni di cui il proposto non è in grado di giustificare la provenienza e di cui risulti avere la disponibilità, a qualsiasi titolo, in valore sproporzionato al proprio reddito dichiarato o alla propria attività economica, e di quelli che risultino essere il frutto o il reimpiego di attività illecite.

L'accertamento di tali presupposti, all'esito del procedimento di prevenzione, consente l'applicazione della misura ablatoria, così come la dimostrazione del difetto originario degli stessi, permette di ottenere la revocazione della decisione definitiva sulla confisca di prevenzione.

Tuttavia, è proprio dal tenore letterale della norma che emerge la difficoltà di delimitare l'oggetto di cui si parla sottoponibile ad ablazione, e, in più, contribuisce a rendere indeterminata l'area di applicazione della disposizione.¹⁵⁵

Venendo alla definizione dell'oggetto, il concetto di «frutto» di attività illecite allude alle utilità economiche direttamente conseguite per effetto della realizzazione della condotta illecita, mentre nella nozione di «reimpiego», vengono fatti rientrare i beni che presentano una correlazione indiretta con la condotta criminosa.¹⁵⁶ La locuzione usata dal legislatore, viene sostanzialmente a coincidere con la nozione di provento del reato, a cui fa riferimento, in ambito sovranazionale, il Regolamento UE/2018/1805, definendolo come «ogni vantaggio economico

¹⁵⁴ Sul punto, una volta soddisfatto il diritto del terzo, lo Stato dovrebbe subentrare al creditore garantito come soggetto attivo del rapporto obbligatorio nei confronti del reo-debitore per le somme incluse nella confisca che sono state attribuite al terzo creditore; cfr. EPIDENDIO, op. cit., 2011.

¹⁵⁵ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, op. cit., 186.

¹⁵⁶ BALSAMO, CONTRAFFATTO, NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, op. cit., 114.

derivato, direttamente o indirettamente, da reati, consistente in qualsiasi bene e comprendente successivi reinvestimenti o trasformazioni di proventi diretti e qualsiasi vantaggio economicamente valutabile». ¹⁵⁷

L'art. 24, per ciò che riguarda la confisca, ma anche l'art. 20, relativo al sequestro, fanno riferimento, come anticipato, anche alla sproporzione ¹⁵⁸ del valore dei beni rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica del soggetto. Il requisito in oggetto viene concepito come alternativa rispetto alla prova dell'illecita provenienza del bene, sebbene consti di una dimostrazione solitamente meno onerosa per l'autorità procedente. Proprio in relazione a questo punto, sono state mosse critiche da parte della dottrina, sottolineando che la dimostrazione che il bene sia di provenienza illecita spesso si presenta come più difficoltosa rispetto alla dimostrazione della sproporzione patrimoniale, finendo, quest'ultimo aspetto, per essere il principale, se non l'unico, presupposto in concreto su cui basare l'applicazione della confisca di prevenzione. In tal modo si rischia una potenziale estensione della misura ablatoria all'intero patrimonio del proposto, rendendo la confisca una misura eccessivamente afflittiva. ¹⁵⁹ In questa ottica, il riferimento alla «sproporzione» tra il valore dei beni e il reddito, da carattere meramente esemplificativo, diviene il cardine della valutazione circa la provenienza illecita, ¹⁶⁰ così come precedentemente affrontato in tema di disciplina della confisca allargata.

D'altra parte, in dottrina, è stato evidenziato come la sproporzione patrimoniale, potendo avere molteplici spiegazioni, di per sé non sia idoneo a provare la provenienza del bene sottoposto a misura da condotte delittuose. Proprio per questo, come già sottolineato, in giurisprudenza si è andati incontro ad un'opera di progressiva tassativizzazione di tale requisito, lungo due direzioni.

¹⁵⁷ FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, in MEZZETTI, LUPÀRIA DONATI, op. cit.

¹⁵⁸ Il requisito è stato introdotto con i pacchetti sicurezza del 2008-2009. I parametri cui fare riferimento sono il reddito dichiarato e l'attività economica svolta, così la disciplina della confisca di prevenzione è stata uniformata a quella della confisca allargata ex art. 240 bis c.p., ove la sproporzione figura come presupposto della misura patrimoniale, nemmeno in alternativa alla prova diretta della provenienza illecita, così Cass. sez. Un., 26 giugno 2015, n. 4880, Spinelli.

¹⁵⁹ FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, op. cit., 688; D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca come risposta dell'ordinamento al fatto-reato e come strumento di controllo delle manifestazioni sintomatiche di pericolosità*, in BARGI, CISTERNA, *La giustizia patrimoniale*, Torino, 2011, 170.

¹⁶⁰ Tale è l'orientamento della giurisprudenza consolidata, cfr. Cass. sez. I pen., 20 novembre 1998, n. 5760, Iorio, in *Cass. pen.*, 1999.

In primis, si è affermato che il giudizio sulla sproporzione va condotto non attraverso una valutazione onnicomprensiva del patrimonio della persona, bensì in relazione a ciascun bene di cui il patrimonio del proposto si compone, al momento dei singoli acquisti, e dunque al valore dei beni di volta in volta entrati a far parte del patrimonio del soggetto.¹⁶¹

In secondo luogo, si è consolidato l'orientamento della c.d. correlazione temporale, cioè di identità tra il periodo in cui il bene risulta acquistato o confluito nella disponibilità patrimoniale del soggetto e quello in cui si è manifestata la pericolosità della persona.¹⁶²

La delimitazione cronologica come rappresentata dalle Sezioni Unite, appare elemento indispensabile perché imposta dalla ragionevole presunzione che il bene sia stato acquistato con i proventi di attività illecita, che costituisce presupposto di applicabilità, e ragione di essere, della confisca di prevenzione. La valutazione del requisito della correlazione temporale¹⁶³ è proprio il carattere che permette alla misura di non assumere le vesti di una vera e propria sanzione, difficilmente compatibile con i parametri costituzionali in tema di tutela della libertà di iniziativa economica e della proprietà privata.

L'accertamento della correlazione temporale viene richiesta, dalla giurisprudenza, anche con riferimento alla pericolosità qualificata di tipo mafioso. Tuttavia, in questo caso, il requisito sembra sfumarsi nell'affermazione secondo cui «la proiezione temporale dell'appartenenza all'associazione mafiosa non sempre è circoscrivibile in un determinato arco temporale, investendo, invece, l'intero percorso esistenziale del proposto, in modo da rendere pienamente legittima l'apprensione di tutte le componenti patrimoniali, di presumibile matrice illecita, delle quali non risulti un legittimo possesso, pur rimanendo salva la possibilità

¹⁶¹ Cfr., con riferimento alla confisca allargata, Cass. sez. un., 17 dicembre 2003, n. 920, Montella; Cass. sez. I, 11 marzo 2016, n. 27147.

¹⁶² Sul punto le Sezioni Unite hanno affermato che con riferimento alla pericolosità generica, va affermato il principio per cui sono suscettibili di ablazione solo i beni acquisiti nell'arco di tempo in cui si è manifestata la pericolosità sociale, indipendentemente dalla persistente pericolosità del soggetto al momento della proposta di prevenzione, così Cass. sez. un., Spinelli, cit.

¹⁶³ Recentemente il requisito in oggetto ha subito una parziale rivisitazione, cfr. Cass. sez. II, sent. 13 marzo 2018, n. 14165, secondo cui potrebbero essere confiscati non soltanto i beni acquistati nel periodo in cui si era manifestata la pericolosità, ma anche quelli entrati nel patrimonio del proposto in un momento successivo, «allorché siano acquisiti elementi di univoco spessore indiziante atti a ricondurre la genesi delle accumulazioni patrimoniali o di singole possidenze proprio all'epoca di permanenza della condizione di pericolosità».

dell'interessato di fornire prova contraria e liberatoria, attraverso la dimostrazione della legittimità degli acquisti in virtù di impiego di lecite fonti reddituali». ¹⁶⁴

Un ultimo cenno ai concetti di “frutto” e “reimpiego”, già precisati in apertura di questo paragrafo, secondo l'interpretazione di autorevole dottrina. Attraverso il riferimento alle nozioni di frutto e di reimpiego, il legislatore ha inteso ricomprendere nell'ambito di operatività della misura di prevenzione patrimoniale tutti i beni collegati al fatto illecito da un rapporto di derivazione diretta o indiretta.

Rientrano tra i frutti suscettibili di confisca sia le cose che vengono create o acquistate mediante reato, sia le utilità economiche conseguite per effetto della realizzazione dell'illecito penale.

I beni che presentano una correlazione, seppur indiretta con la condotta criminosa, consistendo nell'impiego in attività imprenditoriali dei vantaggi economici che ne derivano, rientrano nella nozione di “reimpiego”. Questa si riferisce ad ogni forma di utilizzazione ovvero di investimento in attività economiche o finanziarie dei beni di provenienza illecita. ¹⁶⁵

In questo modo, l'ipotetica derivazione si ricollega alla successiva destinazione del bene. Infatti, nella confisca di prevenzione, sono state incluse non solo le varie fattispecie concrete di utilizzazione ovvero di prevenzione di beni illegalmente acquisiti, ma anche tutte le ipotesi di immissione di beni di provenienza illecita nello strato economico e finanziario, nonchè i casi di persistente uso illecito di ricchezze accumulate in epoca anteriore all'entrata in vigore della normativa, e le situazioni nelle quali una determinata iniziativa imprenditoriale abbia potuto sorgere o espandersi grazie all'inserimento del titolare nell'associazione mafiosa.

L'ampiezza dell'area di operatività della misura patrimoniale è stata evidenziata dalla giurisprudenza in più occasioni. In particolare, si veda come l'indagine in tema di confisca non possa limitarsi a ricercare il reimpiego di proventi non giustificati e del tutto estranei all'attività economica esercitata dal proposto, ma deve anche approfondire l'ulteriore aspetto attinente all'evenienza che l'iniziativa

¹⁶⁴ Testualmente sent. Spinelli, cit., nel *considerato in diritto*.

¹⁶⁵ BALSAMO, CONTRAFFATTO, NICASTRO, op. cit., 114.

stessa abbia potuto espandersi e produrre redditi proprio per il raccordo del suo titolare con l'organizzazione mafiosa.¹⁶⁶

2.2.3.1. La prova della provenienza lecita dei beni e la mancata giustificazione dell'origine dei beni.

A questo punto, occorre chiedersi se il riferimento ai proventi e alla sproporzione patrimoniale sottenda, o meno, una duplicità di contenuto della misura. Ad una prima lettura, la disposizione sembrerebbe alludere ad un contenuto alternativo: i proventi illeciti, ovvero i beni di valore sproporzionato al reddito all'attività svolta. Questa lettura, tuttavia, ha il difetto di confondere il piano sostanziale dell'oggetto confiscabile, e il piano processuale dei mezzi con cui provare la confiscabilità di quell'oggetto.

Invero, potrebbe essere preferibile una seconda chiave di lettura per interpretare la norma in modo diverso:¹⁶⁷ alternativo non sarebbe l'oggetto dell'ablazione, che rimane pur sempre la ricchezza accumulata illecitamente, bensì la regola processuale probatoria volta a individuare tale oggetto, che può consistere o in una prova diretta, ossia che i beni risultino il frutto o il reimpiego di attività illecite, oppure in una prova indiretta, ossia che i beni siano ritenuti essere il frutto o il reimpiego di attività illecite perché aventi un valore sproporzionato al reddito o all'attività economica svolta. In questo secondo caso, si è di fronte ad una regola di accertamento presuntivo: la sproporzione costituisce un indizio, un fatto noto da cui desumere il fatto ignoto rappresentato dall'origine delittuosa del patrimonio.¹⁶⁸ La regola di accertamento non deve ledere il diritto di difesa, scopo raggiungibile a patto che tale presunzione sia relativa, cioè superabile mediante la giustificazione della legittima provenienza.

Il quadro probatorio costruito dall'autorità proponente, dunque, ben può essere smontato dalla difesa del proposto, a cui è consentito giustificare la provenienza lecita del patrimonio, «mediante la mera allegazione di fatti, situazioni

¹⁶⁶ Cfr. Trib. Palermo, decr. 7 agosto 2002; l'impostazione è stata confermata anche successivamente, cfr. Cass. sez. V, 30 gennaio 2009, n. 17988, Baratta e altri.

¹⁶⁷ FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, op. cit.

¹⁶⁸ La regola di accertamento esposta risulta legittima anche per la Corte di Strasburgo purché non venga lesa il diritto di difesa della parte; cfr. Cedu, sez. III, dec. 27 giugno 2002, Butler c. Regno Unito, Cedu, sez. IV, dec. 10 febbraio 2004, Webb c. Regno Unito.

che, ove riscontrabili, siano idonei, ragionevolmente e plausibilmente, ad indicare la lecita provenienza dei beni».¹⁶⁹

L'assolvimento dell'onere probatorio sulla disponibilità dei redditi idonei all'acquisto del bene non comporta necessariamente il venire meno dei presupposti della confisca, ben potendo risultare da altri elementi che il bene è entrato nel patrimonio del proposto, direttamente o indirettamente, quale frutto dell'attività illecita.

Dunque, fermo restando l'obbligo dell'organo proponente di valutare i redditi di origine lecita comunque risultanti all'atto del sequestro, pur se non inseriti nella dichiarazione dei redditi, il proposto può allegare elementi diretti a dimostrare l'esistenza di ulteriori redditi, oltre a quelli dichiarati, purché risultanti da attività economica lecitamente svolta.

Come anticipato, trattandosi di presunzione di tipo relativo, ben può essere superata attraverso la giustificazione dell'origine lecita dei beni. Giustificazione che deve assumere il carattere della serietà, ed essere dotata di capacità esplicativa rispetto al fine perseguito succitato.¹⁷⁰ Tale onere non può essere soddisfatto attraverso la mera indicazione della esistenza di una disponibilità sufficiente per concludere l'acquisto, ma il soggetto deve indicare gli elementi di fatto dai quali il giudice possa dedurre che il bene non sia stato acquistato con i proventi di attività illecita, ovvero ricorrendo ad esborsi non sproporzionati rispetto alla sua capacità reddituale.

Si deve sottolineare che l'allegazione non può ritenersi sottratta all'obbligo di valutazione che incombe sul giudice, che deve assolvere al suo dovere di verificare che i fatti allegati siano dotati della idonea consistenza dimostrativa e dell'attitudine a vincere l'eventuale presunzione relativa di controparte che regola la materia.

La giurisprudenza, per delineare i contorni dell'idoneità seria e credibile, l'unica capace di giustificare la legittima provenienza, ha ben descritto le caratteristiche che deve assumere l'allegazione.

¹⁶⁹ Cfr. Cass. sez. I, 6 febbraio 2018, n. 25175, nonché Cass. sez. un., 26 giugno 2014, Spinelli, n. 4880.

¹⁷⁰ Cfr. Cass. n. 8920/2017.

Il proposto ha l'onere di allegare che, nel momento in cui avevano avuto luogo gli acquisiti dei beni avesse disponibilità di provviste finanziarie lecite, indicando le tracce del denaro utilizzato.¹⁷¹

L'allegazione richiesta risponde ai principi più volte esposti: vanno contrastate modalità elusive, facendo prevalere la realtà sulla forma. Non si verifica alcuna inversione dell'onere probatorio finché si chiede al proposto solo di indicare gli elementi di fatto per consentire al giudice di dedurre che il bene non sia stato acquisito con i proventi di attività illecita, ovvero ricorrendo ad esborsi non proporzionati alla capacità reddituale del soggetto.

A tal proposito, sono state ritenute idonee le seguenti allegazioni: ricostruzione dell'iter di disponibilità della somma utilizzata per l'acquisto del bene, liquidazione di somma a titolo di risarcimento del danno mediante bonifico bancario accreditato sul conto corrente, emissione di assegni circolari col denaro prelevato dal conto corrente loro utilizzo per il pagamento del prezzo di acquisto dell'immobile, liberalità ricevute da stretti congiunti con rimesse documentate da bonifici o vaglia postali.

2.2.3.2. La rilevanza dell'evasione fiscale nell'impianto probatorio.

Proprio in relazione al tema dell'allegazione di elementi giustificatrici della legittimità del possesso dei beni sottoposti a proposta di confisca, tali da poter invalidare l'impianto presuntivo, ci si è domandati se siano confiscabili i beni di cui il proposto avesse giustificato il possesso dichiarando di averli acquistati con i proventi di evasione fiscale. Sul punto, la giurisprudenza di legittimità si è orientata nel senso di negare la possibilità che il proposto potesse giustificare la provenienza lecita dei beni mediante l'evasione. Tale indirizzo è stato avallato dalla nota pronuncia a Sezioni Unite nel caso Repaci del 2015,¹⁷² e cristallizzata, infine, con la legge 17 ottobre 2017, n. 161, che ha inserito nell'art. 24 d.lgs. 159/2011, un inciso in cui si chiarisce espressamente che il proposto, in ogni caso, non può giustificare la legittima provenienza dei beni adducendo che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale.

¹⁷¹ Cfr. Cass. n. 8871/2019.

¹⁷² Cfr. Cass. sez. un., 29 maggio 2014, n. 33451, Repaci.

L'irrelevanza dei redditi da evasione fiscale è costante per la giurisprudenza in materia di confisca di prevenzione. Tale irrelevanza riguarda ogni fattispecie di pericolosità e comporta la confisca dei beni derivanti dal reinvestimento della provvista finanziaria così ottenuta, i quali possono essere considerati provento del delitto. Del resto, l'investimento in attività commerciali dei proventi dell'evasione fiscale abituale determina una confusione tra attività lecite e illecite che la normativa in materia di misure di prevenzione intende evitare e che cresce nella successione dei periodi di imposta.¹⁷³

Come già illustrato, il legislatore è intervenuto con la l. 161/2017, fissando il principio dell'impossibilità di giustificare la sproporzione con denaro provento di evasione fiscale, pur se non sono sciolti i dubbi sulla valutazione al netto o al lordo dell'imposta evasa, sempre che si sia in presenza di un'attività lecita.

Il legislatore, però, è nuovamente intervenuto, in tema di confisca allargata, con il d.l. 148/2017, prevedendo che, in ogni caso il condannato non può giustificare la legittima provenienza dei beni sul presupposto che il denaro utilizzato per acquistarli sia provento o reimpiego dell'evasione fiscale, «salvo che l'obbligazione tributaria sia stata estinta mediante adempimento nelle forme di legge». Tuttavia, l'adempimento, secondo la *littera legis*, sarebbe previsto solo per la confisca allargata, non operando con evidenza nella confisca di prevenzione, segnando, così, un'ulteriore differenza tra i due istituti.

Il proposto può allegare qualsiasi reddito lecito. La giustificazione della provenienza dei beni, al fine di escludere la confisca, deve essere legittima, il che porta ad escludere l'idoneità dell'allegazione di reddito illecito, o di non sicura origine lecita, qualunque sia l'origine, collegata o meno alla pericolosità del proposto.¹⁷⁴

Non può ritenersi compatibile l'acquisizione di beni *contra legem*, così che nei confronti dell'ordinamento statale non è mai opponibile un acquisito inficiato da illecite modalità.

¹⁷³ Cfr. Cass. n. 53637/2017.

¹⁷⁴ MENDITTO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali*, op. cit., 634 ss.

2.3. L'applicazione disgiunta dopo il 2008.

L'attuale quadro normativo prevede all'art. 18, d.lgs. 159/2011, una speciale disposizione di cui al comma 1, il quale dispone che: «le misure di prevenzione personali e patrimoniali possono essere richieste e applicate disgiuntamente e, per le misure di prevenzione patrimoniali, indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione».

La formula sembra far ritenere che il legislatore abbia voluto separare le misure personali da quelle reali, avendo previsto che queste ultime possano essere richieste ed applicate indipendentemente dalla pericolosità sociale del soggetto proposto per la loro applicazione al momento della richiesta della misura di prevenzione.¹⁷⁵

La rimozione del nesso di necessaria pregiudizialità tra misure personali e patrimoniali parrebbe consentire il ricorso a queste ultime indipendentemente dalla sussistenza dei presupposti delle prime.¹⁷⁶ Sul punto, parte della dottrina ha denunciato l'inconsistenza contenutistica di un sistema siffatto, e il rischio che un tale assetto normativo consegnerebbe ai titolari dell'azione di prevenzione il controllo dell'economia nazionale, con il pericolo di negative involuzioni di marca autoritaria.¹⁷⁷

Rimane necessario l'obbligo di accertare la pericolosità per la sicurezza pubblica ex artt. 2 e 6, d.lgs. 159/2011, di tutte le categorie soggettive di cui agli artt. 1 e 4, richiamate dal successivo art. 16. In questa direzione soccorre l'art. 19, in base al quale la competenza a svolgere indagini patrimoniali continua ad essere limitata a quei soli patrimoni che fanno capo ai soggetti socialmente pericolosi indicati all'art. 16 che, per tale ragione, possono essere proposti per l'applicazione della misura personale. L'art. 28, inoltre, prevede la possibilità di revocare la confisca in caso di accertata insussistenza dei relativi presupposti, di cui al comma 1, lett. b).

¹⁷⁵ SQUILLACI, *Sequestro e confisca: presupposti sostanziali*, in *Le misure di prevenzione*, DELLA REGIONE, op. cit., 402 ss.; sul punto v. FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, op. cit.

¹⁷⁶ Cfr. CONSULICH, *La sanzione senza precetto: verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale*, in *Discrimen*, 1.10.2019, il quale ammette che l'applicazione disgiunta, sarebbe l'anticamera di uno scenario che vede la prevenzione ridursi alla pura prevenzione economica.

¹⁷⁷ D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca*, op. cit., 148 ss.

Alla luce di quanto esposto, si dimostra che l'art. 18, pur essendo *ictu oculi* finalizzato a separare nettamente le misure patrimoniali da quelle personali, debba in realtà essere interpretato nel senso di consentire l'aggressione del solo bene acquisito in modo illecito da colui che sia socialmente pericoloso.¹⁷⁸

3. Rapporto (e interferenze) tra la confisca allargata e la confisca di prevenzione.

Come più volte evidenziato nel corso di questo lavoro, la natura proteiforme della confisca corrisponde ad una molteplicità di funzionale, di per sé articolata, a cui si aggiungono ulteriori profili critici legati alla potenziale sovrapposizione di distinte ipotesi di confisca gravanti sugli stessi beni. Infatti, pur nella loro parziale differenza strutturale, le diverse forme della misura ablatoria presentano come elemento contiguo la *res*. Proprio in relazione a ciò, si inquadra il rischio di influenze che le vicende giuridiche aventi ad oggetto i singoli mezzi di ablazione sono idonee a riverberare sugli altri istituti, processualmente e sostanzialmente autonomi.¹⁷⁹

La confisca prevista dall'art. 240 *bis* c.p. è una misura di sicurezza atipica che prescinde dal nesso tra cose e commesso reato analogamente alla confisca di prevenzione.

Pur nell'evidente differenza tra un istituto applicato nel sistema penale e uno meramente preventivo, sono numerose le analogie tra le due ipotesi di confisca esaminate.

In primis, la natura preventiva di entrambe le confische, seppur la prima quale misura di sicurezza patrimoniale. Inoltre, alcuni presupposti oggettivi coincidenti o con caratteri in parte simili.

La confisca allargata ha assunto la fisionomia di confisca senza condanna, seppur con alcuni limiti e previo accertamento della responsabilità penale nel corso del processo penale, come statuito dall'art. 578 *bis* c.p.p.

¹⁷⁸ SQUILLACI, *Sequestro e confisca*, op. cit., 403.

¹⁷⁹ CORTESI, *Confisca di prevenzione "antimafia" e confisca "allargata": rapporti ed interferenze processuali*, in *Arch. Pen.*, 3/2014, 881 ss.

Pur in presenza di orientamenti della Suprema Corte che tendono ad assimilare i due istituti, il giudice di legittimità ha chiarito la differenza tra le due forme di confisca, stabilendo che ciò che le differenzia, è esclusivamente la diversa base cognitiva alla cui stregua si articola il giudizio sulla persona: nel caso della misura di prevenzione patrimoniale, si tratta della ricostruzione di un profilo di pericolosità soggettiva orientato alla contiguità mafiosa che può prescindere dalla verifica di colpevolezza per un reato; per ciò che riguarda la confisca allargata, invece, si tratta della ricostruzione in positivo della colpevolezza per uno dei reati elevati dal legislatore a possibili indicatori di accumulazione illecita.¹⁸⁰

Anche le Sezioni Unite, dal canto loro, hanno tracciato le principali differenze tra gli istituti in questione. Da un lato, la confisca prevista dall'art. 12 *sexies* è caratterizzata da una diversa *ratio legis* e da presupposti in parte diversi,¹⁸¹ giacché richiede la commissione di un reato che di norma genera, per la sua tipologia, disponibilità illecite di natura delittuosa e prescinde da un nesso di pertinenzialità del bene con il reato per il quale è intervenuta la condanna. La confisca di prevenzione, d'altra parte, persegue un fine di interesse pubblico volto all'eliminazione dal circuito economico di beni di indiziaria provenienza illecita poiché appartenenti a soggetti «abituamente dediti a traffici delittuosi» dai quali ricavano i propri mezzi di sostentamento. La confisca, dunque, interviene perché quei beni hanno incrementato il patrimonio del soggetto, anche a prescindere dal perdurare della condizione di pericolosità attuale a suo carico.

Dunque, diversi sono la *ratio legis* e i presupposti legittimanti. La confisca allargata presuppone la commissione di un reato e del suo accertamento in sede giudiziale, in quanto quel fatto-reato è, normalmente, generatore di disponibilità illecite di natura delittuosa, ancorché l'adozione della misura ablatoria prescinda da un nesso di pertinenzialità del bene con il reato per il quale è intervenuta la condanna. D'altra parte, invece, la confisca di prevenzione non presuppone la commissione di uno specifico reato ma, al tempo stesso, postula una condizione

¹⁸⁰ Cfr. Cass. n. 26527/2014.

¹⁸¹ Cfr. Sez. un. n. 33451/2014, Repaci, cit., che afferma: «Se è vero che per entrambe le misure ablatorie è previsto che i beni da confiscare si trovino nella disponibilità diretta o indiretta del soggetto e che siano di valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, è altresì vero che il requisito alternativo della provenienza illecita del bene è specificamente previsto solo per la confisca di prevenzione».

esistenziale, cioè una condotta di vita reputata «estranea ai canoni legali della civile convivenza».¹⁸²

Anche la Corte Costituzionale è intervenuta sul punto, individuando i rapporti tra le due confische. In particolare, la Consulta, afferma che i due istituti condividono la medesima finalità perché entrambe fondate sulla presunzione che le risorse economiche, sproporzionate e non giustificate, rinvenute in capo al condannato derivino dall'accumulazione di illecita ricchezza che talune categorie di reati sono ordinariamente idonee a produrre.¹⁸³ La confisca di prevenzione e la confisca allargata costituiscono altrettante *species* di un unico *genus* che la Corte, ha identificato nella «confisca dei beni di sospetta origine illecita», la quale rappresenta uno strumento di contrasto alla criminalità “da profitto”. Tale strumento è caratterizzato sia da un allentamento del rapporto tra l'oggetto dell'ablazione e il singolo reato, sia da un affievolimento degli oneri probatori in capo all'accusa, in funzione del superamento dei limiti di efficacia della confisca penale tradizionale.¹⁸⁴

Dal punto di vista processuale, il nodo su cui si è espressa la giurisprudenza a più riprese¹⁸⁵, riguarda il riconoscimento di una preclusione, appunto processuale, nel caso in cui ci siano decisioni contrastanti relativamente agli strumenti nel procedimento penale e nel procedimento di prevenzione. Nella tradizione giurisprudenziale,¹⁸⁶ facendo leva sulle diverse finalità delle sedi, penale e di prevenzione, si è sempre ammesso, per l'adozione di istituti *ante delictum*, la possibilità di prescindere dalle conclusioni del giudice penale, anche se basate sugli stessi elementi probatori. Successivamente, la Corte di Cassazione, si è posta sulla linea di riconoscere ulteriori limitazioni alla ritenuta assoluta impermeabilità del procedimento di prevenzione rispetto alle vicende connesse nel procedimento

¹⁸² Così testualmente Cass. sez. un., 2 febbraio 2015, n. 4880, Spinelli.

¹⁸³ La Corte Cost. ha individuato la differenza tra i due istituti richiamando gli orientamenti delle Sezioni Unite e ricordando che la peculiarità del procedimento di prevenzione insiste nel «comprendere ma eccedere quella delle misure di prevenzione consistendo nel sottrarre definitivamente il bene al circuito economico di origine, per inserirlo in altro, esente da condizionamenti criminali che caratterizzano il primo», così Corte Cost. n. 106/2015.

¹⁸⁴ Cfr. Corte Cost. sent. 106/2015; Corte Cost. sent. 24/2019.

¹⁸⁵ Cfr. Cass. pen., sez. VI, 30 aprile 2014, Garone, n. 18267.

¹⁸⁶ Cfr. Corte Cost., n. 275 del 1996.

penale. Ulteriore passo necessario per una armonizzazione del sistema di cui trattasi, nell'ordinamento giuridico.

Dunque, i dubbi interpretativi in relazione alla possibilità che le due ipotesi di confisca colpiscano i medesimi beni, in ragione della comunanza di diversi fattori, non sorgono in ragione della parziale coincidenza tra messi di ablazione patrimoniale, uno in sede penale e l'altro in sede di prevenzione,¹⁸⁷ bensì dell'ipotesi in cui i provvedimenti impositivi provochino un contrasto tra giudicati nel caso in cui vertano sui medesimi presupposti applicativi e sugli stessi beni, giungendo a decisioni contrastanti tra loro.¹⁸⁸

Proprio su questo punto, si è avvertita l'esigenza di intervenire, da parte della giurisprudenza, risolvendo la situazione di divergenza che appariva in contrasto con un principio generale dell'ordinamento quale il *ne bis in idem*, il quale, come è noto, vieta la reiterazione dei procedimenti sulla stessa *res iudicanda*.

A tal proposito, nel risolvere la questione di diritto, non è possibile non svolgere una riflessione sull'aspetto richiamato in apertura di questo paragrafo, a proposito della presupposta autonomia tra la sfera del procedimento penale e quella del procedimento di prevenzione. In particolare, la dottrina sembra ritenere che tale aspetto risulti eccessivamente semplicistico per mettere un punto sulla questione controversa, e che, inoltre, non risponda neppure all'evoluzione interpretativa, sempre più tesa a ridimensionare tale rapporto, verso un adeguamento del sistema di prevenzione ai cardini costituzionali e sovranazionali.¹⁸⁹

La Suprema Corte, sottolinea come l'interferenza tra le due ipotesi di confisca riguarda le possibili conseguenze derivanti dalla revoca di una delle confische sull'altra misura. È apprezzabile, ma anche di estremo rilievo, il percorso svolto dai giudici, che sono approdati a riconoscere l'esistenza tra i due tipi di confisca non di un vero e proprio *ne bis in idem*, quanto piuttosto di una preclusione processuale simile a quella tipica della materia cautelare, che presenta come tratto distintivo una minore stabilità rispetto al giudicato, dal momento che può essere

¹⁸⁷ Da notare, infatti, che l'art. 30 d.lgs. 159/2011, regola i rapporti tra sequestro e confisca disposti in senso al procedimento penale con quelli disposti all'interno del procedimento di prevenzione, in base al criterio che vede prevalere la confisca che assume per prima il carattere di definitività in qualunque dei due giudizi sia disposta.

¹⁸⁸ Si tratta del caso di specie affrontato dalla Cass. pen. sez. VI, Garone, cit. 2014.

¹⁸⁹ CORTESI, op. cit., 891.

rimessa in discussione alla sopravvenienza di nuovi fatti tali da modificare la situazione accertata in precedenza. È bene ricordare, che l'area di operatività della preclusione citata è ricondotta alle pronunce, per le quali è maturata la definitività, relative ai tratti comuni delle misure ablatorie, senza distinzione di sede in cui tale pronuncia ha avuto luogo.¹⁹⁰

L'orientamento a cui si allinea la Suprema Corte, dunque, riconosce certamente dei profili innegabili di contiguità tra le due forme di confisca, tali da giustificare, nel caso di sovrapposizione tra le due diverse dinamiche processuali, potenziali preclusioni, laddove intervenissero decisioni contrastanti, destinate ad incidere sull'applicabilità e operatività della misura ablativa. In altri termini, la definitività di un provvedimento di rigetto di applicazione della misura, emesso in una delle sedi processuali ed afferente elementi dei rassegnati presupposti costitutivi comuni, finisce per costituire motivo ostativo ad un intervento ablativo di tipo positivo. Ciò si spiega se si tiene in mente il principio, sopra richiamato, del *ne bis in idem*.

Alla luce di quanto esposto, la linea evolutiva interpretativa della giurisprudenza tende ad avvicinare sempre più le due forme di confisca in esame, sfumando i contorni dell'una e dell'altra e rendendole simili.

La contiguità tra i diversi mezzi di ablazione patrimoniale viene riconosciuta in modo sempre più ampio, assumendo la capacità di produrre importanti conseguenze sull'applicabilità o meno dell'una e dell'altra.¹⁹¹

4. Conclusioni

A conclusione della trattazione delle ipotesi speciali di confisca, confisca c.d. allargata e confisca di prevenzione antimafia, è utile ricostruire brevemente le ragioni e le motivazioni che costituiscono, contestualmente, basamento e linea direttrice evolutiva delle forme ablatorie in questione.

Il comune denominatore degli interventi legislativi nei quali proliferano le figure di confisca speciali, è costituito dalla logica del contrasto alla c.d. criminalità del profitto.

¹⁹⁰ A differenza dei casi in cui le divergenze argomentative riguardino requisiti come mere ragioni processuali, per cui dispiegano i loro effetti nelle rispettive sedi.

¹⁹¹ CORTESI, op. cit., 894.

Il modello delle ipotesi speciali di confisca corrisponde, ormai, a canoni rituali che non sembrano trovare fondamento solo nel grado di allarme sociale peculiare dei reati presupposto, ma, nel tempo, hanno acquisito carattere di “regola” anziché di “deroga” alla disciplina comune¹⁹², con ricadute, come meglio si vedrà, sul versante delle esigenze costituzionali.

Si delineano i contorni di una misura afflittiva, che si pone nel solco di una tendenza allo spostamento del fuoco dell’attenzione dal profitto ottenuto dal singolo reato alla produzione di ricchezza come terreno di proliferazione di attività criminose.

Insomma, il volto attuale delle misure ablativo del patrimonio del reo, o del presunto reo, rivela la cristallizzazione di discipline che, pur essendo connotate in origine dal segno della eccezionalità per la particolarità degli specifici contesti di riferimento, si sono trasformati in regola comune. A tal proposito, la conseguenza non è solo quella del legislatore di stabilire un nuovo statuto della confisca, ma anche di approntare un sistema di misure parallelo a quello prettamente codicistico.

A trent’anni dalle stragi di Capaci e di via d’Amelio, punto storico e ideologico di non ritorno per la lotta alla criminalità organizzata di stampo mafioso, si è consolidata maggiormente la convinzione che le misure di ablazione patrimoniale rappresentino lo strumento più efficace nel contrasto al fenomeno sempre più preoccupante della ricchezza illecita e di tutti i reati che le fanno da origine e da destinazione.

Nel quadro delineato, il rischio non sottovalutabile consiste nella deriva efficientista del sistema penale “moderno” di fronte a cui si pone il tema delle garanzie, intese come rispetto dei diritti fondamentali, che rappresentano il fondamento di uno spazio comune di libertà, sicurezza e giustizia.¹⁹³

¹⁹² L’efficace espressione è di FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, op. cit., 228, si specifica che, tuttavia, il principio di legalità esige che le peculiarità delle forme ablatorie in questione possano trovare spazio solo nei casi esplicitamente previsti, cosicché assume decisività il titolo di reato ascritto al soggetto.

¹⁹³ La riflessione è di SEVERINO, *Misure patrimoniali nel sistema penale. Effettività e garanzie*, in *Rassegna dell’Arma dei Carabinieri*, LXIV, 2016, 35-38.

CAPITOLO III

LA NATURA GIURIDICA DELLE FORME DI CONFISCA E LE RICADUTE SUI PRINCIPI FONDAMENTALI DEL DIRITTO PENALE. LE QUESTIONI CONTROVERSE.

1. Le ragioni della proliferazione delle forme di confische nell'attuale ordinamento penale. Premessa.

Nel capitolo che segue si farà riferimento al quadro attuale dell'ordinamento interno, specie penale, con riguardo alle ipotesi di confisca finora studiate¹. Non ci si limiterà a ripercorrere le linee evolutive delle misure ablatorie passate in rassegna, ma si avrà come obiettivo quello di porre in relazione gli aspetti cruciali e più controversi dell'istituto e le corrispondenti ricadute sul sistema dei principi fondamentali, di matrice costituzionale e comunitaria, che giustificano, e al tempo stesso limitano, l'intervento statale nella sfera dei diritti del privato.

Da sempre, il diritto penale, ricoprendo il ruolo di materia di *extrema ratio* dell'ordinamento, è in costante tensione tra l'obiettivo di perseguire gli scopi efficientisti e il dovere giuridico, ma ancora prima sociale, di assicurare le dovute garanzie. È proprio in questa relazione che sorgono i maggiori contrasti tutti interni alle misure ablatorie di cui trattasi, e che, nel tempo, hanno dato adito a copiosa elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, interna e sovranazionale.

È innegabile che la progressiva metamorfosi dell'istituto della confisca, che nelle nuove forme solo nominalmente è riconducibile alla tradizionale ed originaria figura delineata dall'art. 240 c.p., tenda sempre di più ad assumere una fisionomia punitiva e polifunzionale,² quale diretta espressione della innegabile e costante trasformazione del diritto penale in generale, di pari passo con la graduale affermazione di un diritto penale c.d. moderno, pensato per arginare nuove e sempre più insidiose forme di criminalità mediante strumenti più agili di accertamento in

¹ Nei capitoli che precedono sono state affrontate le seguenti forme di confisca: confisca tradizionale obbligatoria e facoltativa; confisca per equivalente; confisca allargata; confisca di prevenzione antimafia.

² Cfr. per tutti, BARGI, *Il nuovo volto della confisca nell'attuale ordinamento penale*, "Processo al patrimonio" e principi del giusto processo, in BARGI, CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, vol. I, 2011, 4 ss.

grado di utilizzare tecniche di investigazione più sofisticate, per contrastare fenomeni criminosi in circuiti sempre più ampi e in continua trasformazione.

Si tratta, dunque, di scelte di politica criminale, le quali hanno prodotto effetti sia sul modello penale sostanziale che su quello processuale, mediante la creazione di un complesso sottosistema penale basato sulla pericolosità, personale e patrimoniale, finalizzato a tutelare un bisogno di sicurezza che, nella nuova prospettiva che si sta delineando, a differenza del passato, non sembrerebbe rimesso indirettamente alla tutela degli altri diritti fondamentali della persona, ma è inteso come diritto primario, collocato accanto agli altri diritti.³ Tale nuova prospettiva, inevitabilmente, ha posto in crisi le tradizionali categorie dogmatiche del diritto criminale che sembravano granitiche, privilegiando la ricerca di efficienza e di celerità nella risposta penale ai pericoli di aggressione di fondamentali beni giuridici.⁴

Autorevole dottrina,⁵ non ha fatto mistero di una «ansia preventiva» che ha determinato «lo spostamento dell'accento delle incriminazioni dall'evento lesivo alla condotta pericolosa e addirittura alle condizioni prodromiche e preliminari che riguardano l'organizzazione concreta di condotte devianti o la regolazione di condotte standard», e, in particolare, la dislocazione dei beni da proteggere dal disvalore dell'azione e dal fatto offensivo agli autori pericolosi, posti a fondamento del c.d. diritto penale del rischio.

Proprio in questo senso, lo strumento penalistico è sempre sembrato quello più adatto a «tranquillizzare la paura», prima ancora che a neutralizzare rischi, forieri di pericoli e di eventi lesivi per gli interessi della persona e della società. D'altronde, come sostiene parte della dottrina, soprattutto quella tradizione, di tutti i rami dell'ordinamento, complice il basso costo economico, quello più segnato «da tentazioni irrazionali e da bisogni di controllo dell'irrazionale», sarebbe il diritto

³ Cfr. DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in *CP*, 2008, n. 10, 3558 ss., il quale afferma che ad oggi quasi ogni argomento potrebbe essere studiato dal punto di vista della sicurezza, cioè della garanzia delle condizioni affinché determinati beni giuridici siano preservati da attacchi e aggressioni, prima ancora che da eventi lesivi. L'autore continua affermando che «non solo si chiede che non ci siano danni, ma anche che i pericoli e i rischi siano il più possibile neutralizzati». Da qui, «l'ansia» di controllare i rischi.

⁴ BARGI, *“Processo al patrimonio” e principi del giusto processo*, op. cit., 4.

⁵ DONINI, op. cit., 3558.

penale.⁶ Ecco, dunque, che col passare del tempo, sia le ripetute riflessioni su un diritto penale inefficiente, sia, soprattutto, l'opinione comune del fenomeno di ineffettività della pena, hanno prodotto il risultato di porre rimedio a tale inefficacia, non approntando strumenti *ad hoc* per una politica preventiva, ma rendendo più efficace ed effettiva la pena. Strumento utilizzato, come dimostra la storia, per ogni scopo preventivo e di assicurazione sociale.⁷

Proprio il modo di avvertire il bisogno di sicurezza è subordinato ai mutamenti storici in atto che riflettono situazioni sociali e storiche, quelle situazioni sociali che spostano la legittimazione giuridica dello Stato verso una maggiore possibilità di aggressione dei diritti individuali, il tutto in nome della sicurezza collettiva. Se non viene garantita la sicurezza, lo Stato non avrebbe ragione di essere: la sicurezza sarebbe, dunque, una precondizione dell'esercizio e della conservazione di tutti gli altri diritti.⁸

Alla luce del quadro delineato, è chiaro il motivo per il quale, proprio in questo terreno, si siano sviluppate moderne linee di contrasto alla criminalità, improntate alla semplificazione probatoria dei presupposti applicativi, mediante misure di neutralizzazione dei soggetti pericolosi e di ablazione dei patrimoni di illecita provenienza.

Proprio per questo, secondo autorevole dottrina, sebbene si parli di confisca nel diritto penale, si fa riferimento a questa anche in molti altri rami dell'ordinamento interno. In effetti, come già evidenziato in partenza di questo lavoro, ci si riferisce sempre allo stesso istituto quanto agli effetti, ma che si differenzia, in realtà, sul criterio della occasione che, di volta in volta, legittima l'ablazione. Pare più corretto affermare che, solo laddove si accantoni l'occasione e ci si basi puramente sull'effetto, la confisca apparirebbe come un istituto unitario, mentre, laddove si consideri puramente l'occasione legittimante la misura, non solo non appare come istituto unitario, ma alla luce del rapporto occasione – confisca,

⁶ *Ibidem*.

⁷ Particolarmente efficace l'espressione di DONINI, op. cit.: «basta che poi seguano le sanzioni».

⁸ DONINI, op. cit., secondo cui proprio i mutamenti sociali e storici sembrano recare l'idea che il diritto alla sicurezza sia assimilabile (*rectius*: come), il diritto alla vita, alla libertà o alla proprietà: «vale come pretesa dell'individuo e della collettività, ma ha come primo destinatario lo Stato».

consente di definire la *ratio* di istituti diversi aventi identico nome.⁹ D'altronde, a diversità di cause corrispondono finalità diverse e ragioni diverse alla base di quell'unico effetto ablatorio, e sono proprio quelle ragioni giustificatrici che vanno indagate, di volta in volta, al fine di giungere alla conclusione sul tema della natura giuridica della confisca (*rectius*: confische).

La prospettiva d'approccio illustrata, incentrata sull'individuazione delle ragioni per le quali di volta in volta si confisca determina la necessità di definire le forme da apprestare per raggiungere l'effetto, muovendo dall'assimilazione ontologica di quanto si può assimilare tra gli strumenti, e giungere così ad una uniformità di forme utilizzabili a fronte di una omogeneizzazione delle varie occasioni per le quali, appunto, si deve o si può confiscare.¹⁰

Proprio a proposito della natura giuridica, è innegabile che un pericoloso equivoco incomba sulle diverse definizioni e sui distinguo proposti in tema di confisca penale, cioè il persistere di una forzata adesione alla considerazione della confisca come misura di sicurezza, così come ripresa dalla definizione codicistica, messa in discussione, ma persistente, con la conseguenza di alimentare, nel tempo, incongruenze che i rilievi dottrinali, nonostante la faticosa e abbondante elaborazione, non sono riusciti totalmente a risolvere e su cui ancora ci si interroga.

Come emerge già da questa breve introduzione e alla luce di quanto svolto finora, emerge chiaramente che, tra gli istituti del diritto penale in generale, uno dei più controversi sia la confisca. Da un lato, perché ha subito una costante evoluzione sia funzionale che strutturale, dall'altro lato, perché ha sollevato numerosi problemi teorici e non, che hanno richiesto una attenzione pressoché costante da parte degli studiosi e degli interpreti del diritto.¹¹

La generalità dei contributi dottrinali e giurisprudenziali, soprattutto negli ultimi tempi, tende a sottolineare, pressoché unanimemente come, ad oggi, più che di confisca, si debba parlare di confische al plurale, in quanto l'istituto, come ampiamente dimostrato, si è ormai sfaccettato in molteplici figure che hanno in comune il solo fatto di consistere in un atto di sottrazione coattiva di beni al titolare,

⁹ FURFARO, *La compatibilità delle varie forme di confisca con i principi garantistici di rango costituzionale e con lo statuto delle garanzie europee*, in BARGI, CISTERNA, op. cit., 2011, 256.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, 2012, 1 ss.

con contestuale attribuzione degli stessi allo Stato, in conseguenza della commissione di un reato o dello svolgimento di attività illecita o pericolosa, ma che sarebbero assai diverse tra loro per natura giuridica, funzioni, presupposti, modalità di applicazione e destinatari.

Alla luce del quadro delineato, la natura della confisca è definita, da autorevole dottrina, come “poliedrica”,¹² e ciò con riferimento non solo alla confisca penale in senso stretto, ma anche a quella amministrativa, ad esempio.

Alla generale definizione di confisca come ablazione patrimoniale si coniuga la natura afflittiva, comune, alla confisca per equivalente in tema di responsabilità penale da illecito amministrativo degli enti,¹³ ma a propria volta, la natura afflittiva può avere valenza accessoria, come nel caso dell’art. 240 *bis* c.p.

L’ablazione di tipo patrimoniale gioca anche un ruolo preventivo, comune alla confisca-misura di sicurezza e alla confisca-misura di prevenzione, la cui disciplina denuncia la propria natura anche afflittiva radicata nel possesso della qualifica soggettiva di pericolosità generica e qualificata del soggetto agente.

La misura di questo studio, dunque, pur presentandosi come un istituto neutro, al tempo stesso capace di assumere natura e fisionomia diversa, e di adattarsi alle esigenze del contesto, di volta in volta, di riferimento, in vista delle finalità che il legislatore intende perseguire, nell’ottica della scelta criminale.¹⁴

In breve, si evince, chiaramente, che i vari e molteplici profili della confisca, non di rado anche in conflitto tra loro, escluderebbero la possibilità di una *reductio ad unum*.¹⁵ Tuttavia, non mancano riferimenti dottrinali in senso contrario.¹⁶

Ricapitolando sommariamente, quindi, emerge un quadro fortemente composito che annovera ipotesi di confisca generale, che si riteneva abolita ma che

¹² FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, intervento in occasione del Convegno “*Lo statuto interno della confisca. incontro di studiosi per l’avvio di un percorso di ricerca*”, Università “La Sapienza, Roma, 8 aprile 2019, secondo cui come il poliedro, limitato da un numero finito di poligoni disposti in modo che ciascun lato sia comune a due figure, anche le caratteristiche, come i lati, delle diverse figure di confisca sono comuni a più di esse.

¹³ Si fa riferimento alla confisca *ex artt.* 9 e 19, D.lgs., 231/2001.

¹⁴ Cfr. Cass. sez. un., 2 febbraio 2015, n. 4880, in Riv. it. Dir. Proc. pen., 2015, 922.

¹⁵ Come si evince anche dalla consolidata giurisprudenza, cfr. Cass. sez. II, n. 31989/2006, secondo cui, ferma restando la sua natura di privazione di beni economici, le finalità a cui essa può essere diretta sono diverse e assumono di volta in volta natura e funzione diversa; al di là del profilo nominalistico, ciò che spetta di considerare non è una astratta e generica figura di confisca ma in concreto la confisca come risulta da una determinata legge; in senso analogo, cfr. Sez. un., n. 38343/2014, Thyssenkrupp.

¹⁶ Cfr. a titolo esemplificativo, TRINCHERA.

affiora nelle figure della confisca per equivalente e nella confisca c.d. allargata *ex art. 240 bis c.p.*, alle ipotesi speciali di confisca, percepite da autorevole dottrina, sempre meno “speciali”, che rimarcano la pluralità delle tipologie e che ripropongono l’annoso dibattito circa l’obbligatorietà della misura.¹⁷

Proprio in relazione a tali ipotesi di cui sopra, si è avuto modo di constatare, nella trattazione che precede, la preoccupazione del legislatore di superare le criticità proprie della confisca tradizionale di fronte all’espansione e alla progressiva complessità della rete criminale, con il suo passaggio progressivo, ma costante, a nuove forme di delinquenza che vedono come centro di interesse, l’assetto economico e, di conseguenza, l’obiettivo dell’illecito arricchimento. Lo scopo di superare i limiti interni alla disciplina generale in relazione ad un’efficace lotta al crimine si è tradotta, perciò, nella previsione di ipotesi speciali di confisca che, per un verso, ne estendessero il regime di obbligatorietà e la possibilità applicazione al profitto e al prezzo del reato, fermo restando il rapporto di pertinenzialità tra *res* e reato, e, per altro verso, che, in realtà, derogassero da tale vincolo applicativo in favore di altri requisiti improntati ad una maggiore semplificazione probatoria, sul modello della confisca di prevenzione.

A chiusura di tale sottosistema, è stata introdotta una nuova misura di ablazione, in forma sussidiaria rispetto a tutte quelle già esistenti, in grado di assicurare, in ogni caso, l’apprensione di vantaggi economici conseguiti dal reato, eventualmente sfuggiti all’applicazione delle altre ipotesi di confisca, vale a dire la confisca c.d. per equivalente.

Nelle nuove forme di confisca il collegamento tra reato e bene oggetto di apprensione si affievolisce in misura direttamente proporzionale all’incidenza punitiva della stessa ablazione, fino a scomparire del tutto con riguardo, proprio alla, appena citata, confisca per equivalente che integrerebbe, per questo tratto, ad avviso di una parte importante della dottrina, i caratteri distintivi di una vera e propria sanzione, nonostante la questione non sia del tutto pacifica, come si vedrà più avanti.¹⁸

¹⁷ FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, op. cit., 2019.

¹⁸ Sul punto si approfondirà *infra* §2 e ss.

Proprio l'autonoma configurazione di nuove ipotesi speciali di confisca, come si è già avuto modo di accertare, ma *repetita iuvant*, è l'eloquente segnale di una politica criminale in evoluzione e mutata, volta alla costruzione di un sottosistema penale improntato al diritto penale d'autore e ad un procedimento probatorio semplificato, incentrato sulla crescente importanza valoriale di presunzioni, connessa alla contestuale eliminazione della dimostrazione del nesso di pertinenzialità, che è proprio della confisca codicistica di cui all'art. 240 c.p., con conseguente riduzione, dunque, degli spazi di effettività della difesa.¹⁹

Insomma, la riscoperta della confisca come strumento di lotta all'accumulazione di capitali illeciti, nei confronti della criminalità economica e d'impresa, ha accentuato la natura ibrida dell'istituto, già rilevata in passato. Proprio la flessibilità e duttilità delle moderne forme di confisca, ha consentito che il legislatore trovasse in questo strumento, il mezzo più idoneo ad essere piegato alle finalità richieste dal settore in cui è chiamato ad intervenire, con compiti di deterrenza e dissuasione propri della prevenzione generale tipici della pena.

Nonostante le misure in parola possano distinguersi a seconda che vengano adottate nell'ambito del processo penale o del processo di prevenzione, la sostanziale identità del regime della prova dei presupposti applicativi comporta le medesime problematiche in ordine alla tutela giurisdizionale apprestata nella *subiecta materia*, ferme restando alcune peculiarità di ciascuna forma.

In conclusione, si può affermare che dietro il termine di confisca, attualmente vi è un'assoluta disomogeneità di beni attinti dall'ablazione, di finalità sottese all'istituto e, di conseguenza ed inevitabilmente, anche le garanzie e le modalità attuative spesso divergono.²⁰

2. Il dibattito sulla natura giuridica delle confische tra misura di sicurezza, sanzione penale e misura di prevenzione.

L'inarrestabile ricorso alla confisca, come strumento privilegiato per la repressione dei delitti con finalità patrimoniali, potrebbe essere considerato come il

¹⁹ BARGI, "Processo al patrimonio" e principi del giusto processo, in BARGI, CISTERNA, op. cit., 13.

²⁰ Report dell'incontro di studio organizzato dalla Struttura della formazione decentrata della Corte di Cassazione dal titolo "La confisca penale", intervento di MACCHIA, Roma, 2019.

punto di consolidamento del diritto penale “moderno”. Le ragioni del successo della misura oggetto di studio risiedono, come ampiamente illustrato, nella percezione che sia proprio la *deminutio patrimonii* a poter porre in equilibrio l’ordine giuridico invertito dal reo, in modo più efficace ed efficiente della pena detentiva. Dunque, la riflessione sulla confisca, non può non tenere conto delle preoccupazioni legate alla ricerca di un punto di equilibrio tra gli obiettivi della politica criminale e le garanzie della dogmatica²¹ per i connotati polimorfi propri dell’istituto. A tal proposito, la dottrina, ha rilevato che la duttilità sanzionatoria della misura ha indotto a prendere atto dell’introduzione di nuovi modelli penali che si allontanano dal tradizionale pensiero che ruota intorno centralità della privazione della libertà personale, rimodulando, invece, il c.d. fuoco dell’imputazione criminale dalla persona al patrimonio della persona.²² È proprio tale tragitto, il quale vede la sottrazione dei patrimoni come la frontiera più avanzata della deterrenza penale, che ha sganciato la confisca dalla funzione di mero corollario della condanna penale, per mutuarlo, a seconda delle esigenze, in un autonomo strumento finalizzato a sanzionare, comunque, un fatto lesivo.

Nonostante la legislazione speciale sia improntata alla maggiore dilatazione dell’aggressione, non più solo delle cose riferibili al reato, ma dei beni nella disponibilità del soggetto a cui si riferisce il reato, e nonostante questo renda evidente come i termini stessi della tradizionale pericolosità siano ormai superati da una giustificazione della confisca secondo criteri aggiornati di prevenzione generale e di inevitabilità della sanzione, la forza evocatrice della formula normativa quale misura di sicurezza, continua a persistere.

A tal proposito, che il problema della natura giuridica delle confische non abbia trovato ancora una soluzione definitiva, costituisce un dato di fatto.

In dottrina, già agli albori della moderna misura di sicurezza, si è cercato di mettere ordine alla questione affermando che le ragioni che possono indurre il legislatore a stabilire che determinati reati esponano chi li ha commessi ad essere colpito dalla confisca, sono molteplici poiché o si reputa che il reato commesso sia

²¹ MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2011, 533.

²² FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale “moderno”*, Padova, 1997, 5.

così grave da ritenere il reo meritevole di essere privato, assieme ad ogni altro diritto, anche di quello della proprietà; o si crede conveniente porre tra le specie di mali contro i delinquenti, la perdita del patrimonio o di una parte di esso. A seconda che sia seguito l'uno o l'altro criterio, la confisca viene ad essere o una fra le pene patrimoniali, o un accessorio della pena.²³

Il legislatore di oggi, non ha motivo di condividere tali affermazioni, seppur di autorevolissimo pensiero dottrinario, dal momento che nella situazione odierna, la confisca non si presenta più sotto tali molteplici aspetti, ma è necessario conoscere ognuno di tali aspetti al fine di comprendere gli istituti attualmente vigenti.

La dottrina ha approfonditamente analizzato le ipotesi speciali di confisca e l'evoluzione della misura e ne ha proposto diverse qualificazioni, ciascuna compatibile con solo alcuni dei caratteri assunti dalle moderne tipologie di ablazione, ma, proprio per questo, solo parzialmente soddisfacente. Persino la giurisprudenza, in genere refrattaria a scardinare le categorie tradizionali riconosce, in modo pacifico, la «fisionomia ibrida e polivalente» delle nuove forme di confisca.²⁴

Si deve tenere a mente che il problema, più che di ordine classificatorio, è di natura sostanziale, come da sempre evidenziato dalla Corte europea dei Diritti dell'uomo, ritagliando un'ampia area di illiceità determinata dalle garanzie costituzionali penalistiche a prescindere dalla qualificazione delle singole misure. Così che ai fini dell'applicazione concreta degli istituti in relazione anche alle rispettive ripercussioni sul piano degli effetti, da un lato, si tenta di forzare i limiti delle categorie esistenti per piegarle a nuove ipotesi, dall'altro, si ipotizza una autonoma categoria di sanzioni, come pena patrimoniale, della quale diviene necessario predeterminare i presupposti e interrelazioni con gli istituti di diritto penale.²⁵

Insomma, se soltanto con riferimento alle misure che comprimono, direttamente o indirettamente, la libertà personale del soggetto è possibile

²³ In questo senso, CIVOLI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Dig. It.*, 1884.

²⁴ Cfr. Cass. sez. V, 16 gennaio 2004, Napolitano, in *Foro.it*, 2004, 690, a proposito della misura per equivalente *ex art. 322 ter c.p.*

²⁵ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, op. cit., 22 ss.

argomentare con sicurezza in termini di sanzione penale, negli altri casi la natura della sanzione deve desumersi dal suo regime, che, come già osservato, per un verso incrementa le garanzie, per un altro verso, incrementa il disvalore giuridico della sanzione. Di più, le difficoltà si sono intensificate con l'introduzione di deroghe alla regolamentazione della confisca penale tradizionale di cui all'art. 240 c.p., annoverata dal legislatore stesso come misura di sicurezza patrimoniale. A queste, si è aggiunta la confisca di prevenzione, e l'intero quadro delle ipotesi di confisca speciali, in quanto distanti dall'uno e dall'altro modello, e dall'una e dell'altra disciplina.

Mentre nella sistematica penalistica le locuzioni "misure di sicurezza" e "misure di prevenzione" sottendono un significato preciso, almeno negli intenti del legislatore, il ricorso al medesimo termine in relazione alla confisca e agli altri interventi previsti in materia penale economica non risolve il problema della rimproverabilità del destinatario delle stesse. Infatti, a tal proposito, rimane impregiudicata la questione del tipo e del grado di accertamento della responsabilità del soggetto da cui dipende l'applicazione della confisca. Inoltre, anche l'indeterminatezza del profilo della pericolosità, che sta al fondo di entrambe le tipologie criminose, contribuisce alla fungibilità della qualificazione della confisca. A tale proposito, si è discusso sul fondamento soggettivo o reale del giudizio di pericolosità, al quale si rapportano le esigenze di prevenzione.

In sintesi, la previsione della confisca come conseguenza obbligatoria della condanna per i reati commessi, depone a favore della tesi della natura accessoria, non per questo meno repressiva, della conseguenza giuridica della confisca.

Accedendo alla tesi della natura accessoria delle confische,²⁶ si attrae le stesse in una disciplina specifica che, da un lato, consente di asserire la natura penale delle misure, e quindi impone l'applicazione delle garanzie costituzionali, dall'altro, importa l'operatività della specifica disciplina delle pene accessorie. Relativamente al primo aspetto, si deve ricordare l'estensione del divieto di retroattività della legge penale, nei limiti e secondo il dettato dell'art. 25 Cost., dell'art. 14 delle preleggi, dell'art. 2 c.p., e della disciplina della Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo. A ciò si deve aggiungere la

²⁶ In tal senso FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, Zanichelli, Bologna, 2019.

rilevanza assunta dal principio di retroattività di norma favorevole riconosciuto anche dalla Corte di Giustizia. La confisca che non viene più collocata tra le misure di sicurezza, non può di conseguenza sottostare al regime stabilito per queste nell'art. 200 c.p., con prevalenza del criterio della legge in vigore al momento dell'applicazione, ma dovranno essere osservati i limiti in materia di successione di leggi per le sanzioni penali. Riguardo al secondo punto, classificando le nuove figure di confische come pene accessorie, diventa necessario attingere alla disciplina propria di queste.²⁷ Conclusione provvisoria, che dal canto suo, comunque, mostra in sé la rilevanza della questione definitiva.

Prendendo ad esempio l'indulto, l'ipotesi di confisca qualificabile come pena accessoria non risulta estinta²⁸, mentre quella annoverata tra le misure di sicurezza ricade nella deroga espressa prevista dal combinato disposto degli artt. 210 e 236 c.p.²⁹

Quanto alla confisca come pena principale, nulla a priori sembra precludere l'estensione ad essa dell'applicazione dell'indulto, salvo diversa previsione del relativo provvedimento.

Ancora, si rifletta sulle conseguenze della già richiamata clonazione del modello della prevenzione, che trova fondamento in esigenze eccezionali di sicurezza, le quali perderebbero ogni giustificazione se estese a tutti i settori del diritto penale.

Insomma, già dal quadro appena delineato, emerge come la classificazione della misura tra misura di sicurezza o pena, sia essa accessoria o principale, incide in modo dirimente sul regime di applicazione.

Accanto alle categorie finora accennate, si profila il perimetro della funzione riparatoria della confisca, che assume con sempre maggior nitidezza, i connotati della sanzione ablativa del patrimonio che opera in funzione di risarcimento del danno.³⁰

²⁷ Così, ad esempio, in merito alla estensione della sospensione condizionale *ex art. 166 c.p.* e alla applicabilità anche da parte del giudice dell'esecuzione di cui all'art. 676 c.p.p., che richiama anche la confisca.

²⁸ Salvo diversa previsione *ex art. 174 c.p.*

²⁹ Sul punto non vi è unanimità, vedi ALESSANDRI, voce *Confisca*, in *Dig. It.*, 1989.

³⁰ PADOVANI, *Una introduzione al Progetto di parte generale della Commissione Nordio*, in *Cass. pen.*, 2005.

Da un lato, la confisca abbandona le spoglie dello strumento dei beni attinenti ad un fatto di reato, per assumere quelle della confisca dei beni del soggetto condannato.

Dall'altro, l'estensione della misura privativa al valore equivalente recide il cordone che la confisca di impostazione liberale presuppone tra reato e provento di esso, e cessa di operare in funzione compensatoria rispetto al danno cagionato dal reato per divenire compensatoria della criminalità del soggetto, o meglio, della criminalità del suo patrimonio. Il titolare della pretesa, però, non è il singolo ma, come si evince dalla disciplina dei diritti dei terzi, è lo Stato. Da qui l'equivoco: esclusa la strada del risarcimento a favore della collettività, il diritto viene tutelato attraverso l'esercizio della potestà ablativa patrimoniale, che consente di perseguire anche finalità di prevenzione e di repressione del comportamento del reo.

Siccome anche il risarcimento rappresenta una sanzione, per certi versi afflittiva, il confine tra pena e sanzione ablativa in funzione risarcitoria si assottiglia ancora di più.³¹

Le ipotesi speciali di confisca, come si è detto, costituiscono una sanzione obbligatoria che, nella maggior parte dei casi, si aggiunge alla pena inflitta anche in caso di patteggiamento.

Esse, inoltre, presentano i caratteri di una sanzione di entità indipendente dalla gravità del reato, svincolata dal requisito della proporzionalità rispetto alla colpevolezza, indeterminata nel massimo, operante sin dalle indagini preliminari attraverso l'applicazione della misura cautelare reale, destinata a produrre la paralisi di qualunque attività a contenuto patrimoniale della persona fisica e giuridica.

In buona sostanza, il meccanismo delle ipotesi speciali di confisca risulta essere quello della sanzione penale, ma, a fronte di ciò, si fatica a riconoscerne il rispetto delle garanzie costituzionali.

Ad esempio, con riguardo alla confisca di prevenzione, è il profilo relazionale tra soggetto e bene che rileva, creando un intreccio inscindibile, poiché, da un lato, la cosa deve essere sottratta alla disponibilità del reo per impedire che il crimine paghi, dall'altro, l'apprensione della cosa medesima ne impedisce l'utilizzo, quindi, il godimento da parte del reo.

³¹ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, op. cit., 32.

La finalità preventiva mal si concilia con la durata perpetua della misura e con la sua obbligatorietà, in precedenza prevista dal Codice Rocco per la misura eccezionale di cose ritenute pericolose *ex se*, ad oggi divenuta costante nella legislazione dell'ultimo decennio cui appartengono le ipotesi speciali di confisca. Per converso, proprio la durata perpetua avvicina la confisca, quasi a farla coincidere, alle finalità punitive e preventive della pena in senso proprio.

A questo punto, l'allontanamento dalla figura tradizionale della confisca prevista dal codice all'art. 240, e la caratterizzazione in senso marcatamente punitivo, pongono molteplici interrogativi già sul piano della estensione della operatività dei principi di tassatività e determinatezza e dei limiti del divieto di retroattività. In più, l'*horror vacui* a fronte della necessità di ripensare la necessità delle sanzioni induce gli interpreti ad un ostinato arroccamento entro i confini delle figure note, con evidenti ripercussioni sul piano degli effetti, portatori di violazioni delle garanzie dei diritti fondamentali.

L'ablazione delle ipotesi speciali di confisca aggredisce il patrimonio, tuttavia, in una forma diversa da quella della pena pecuniaria:³² è di entità imprevedibile e di durata perpetua; risulta impermeabile al giudizio di colpevolezza; è svincolata dal requisito della proporzionalità rispetto al disvalore del farro; è svincolata, nelle sue forme per equivalente, dal collegamento con il fatto di reato contestato.

Se la valenza sanzionatoria delle ipotesi speciali di confisca sembra essere una strada sempre più credibile, incerta ne appare, tuttavia, la sua giustificazione.

È chiaro che la confisca viene proposta come pena che elimina il vantaggio ottenuto dal reo, ma l'interrogativo circa il motivo per cui si debba ricorrere a tale meccanismo rimarrebbe senza risposta. Il principio per cui «il delitto non paga» introduce valutazioni di tipo special-preventivo, ma deve scontrarsi anche con la previsione della confisca di valore, che sottende una funzione palesemente repressiva.

³² All'entrata in vigore del codice Zanardelli, la confisca veniva annoverata tra le pene pecuniarie. A proposito della pena pecuniaria, definita come "qualunque diminuzione delle nostre ricchezze, sancita dalla legge come punizione di un delitto", si specificava che tale pena prendessi il nome di confisca quando toglieva al delinquente tutto il patrimonio, mentre si definiva ammenda o multa quando riguardava solo una parte di esso, in tal senso cfr. CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, 1886.

Come osservato, le ipotesi speciali di confisca assumono le sembianze di una misura ablativa, ma produrrebbero gli effetti di una pena, per di più anticipata, nel caso della confisca di prevenzione.

Dal punto di vista della struttura, esse costituiscono un'anomalia che riflette le contraddizioni del c.d. diritto penale del rischio. Infatti, alla rappresentazione del diritto penale come unico baluardo in grado di difendere la collettività dalla minaccia del rischio che la assedia, si contrappongono studi che affermano la necessità che gli strumenti penali debbano essere maneggiati sul piano politico con estrema prudenza.³³ Al di là del rapporto puramente semantico tra diritto penale del rischio e società del rischio, si tratta di indagare se il primo debba rappresentare il nuovo volto della pretesa punitiva statale, oppure se ne costituisca una deriva da contrastare.³⁴

Il carattere espansivo del diritto penale del rischio, cela una autocelebrazione. Il diritto penale, in questo senso, assume e si assume un carico di compiti di prevenzione dei rischi e di assicurazione simbolica della società del rischio che non è in grado di assolvere. Per un verso il tentativo di plasmare il diritto penale per renderlo duttile e flessibile alle nuove esigenze di tutela si traduce nella distruzione sistematica dei suoi profili garantistici.

Attribuendo al diritto penale lo scopo di procurare prevenzione dell'illecito strutturale, si cancellano i confini tra gli strumenti repressivi e reattivi del diritto penale e quelli preventivi e proattivi della polizia.

Tali considerazioni erano doverose per disegnare la cornice nella quale si staglia il quadro della proliferazione delle ipotesi speciali di confisca, e dal quale si evince anche l'origine delle peculiarità del nuovo modello di intervento ablativo. A fronte dell'inconsistenza dei criteri di imputazione del diritto penale del rischio, la nuova confisca manifesta credenziali in linea con il paradigma della responsabilità da posizione.³⁵

³³ HASSMER, *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo. L'analisi critica della Scuola di Francoforte*, STORTONI, FOFFANI (a cura di), Milano, 2004, 4 ss.

³⁴ Sulla applicabilità del diritto penale alla c.d. società del rischio, si veda ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2005, 534.

³⁵ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, op. cit., 39.

2.1. La distinzione tra misura di sicurezza, pena patrimoniale e misura di prevenzione. Lineamenti generali di aspetti penalistici sostanziali.

Il tema della qualificazione penale si iscrive nel più ampio problema della corrispondenza tra nomi e realtà, il quale ricorre nel pensiero filosofico da sempre, e non solo in diritto, in cui il tramonto del giuspositivismo ha riportato l'attenzione sulle esigenze di revisione critica delle etichette legislative, specie laddove concernano l'obiettivo dell'esercizio della potestà punitiva.

Le aspirazioni di definizione sostanziale dei concetti giuridici, si devono confrontare con la tradizionale incertezza propria della filosofia del linguaggio sulla reale possibilità di verificare la correttezza dei nomi. Un buon punto di partenza, secondo autorevole dottrina, consiste nella distinzione tra definizioni reali e definizioni stipulative e dall'osservanza in base alla quale, a fronte delle difficoltà che si incontrano nel trovare una definizione in chiave ontologica, è comunque possibile valutarne l'adeguatezza in relazione ad una determinata prospettiva teleologica.³⁶

Proprio da queste premesse era necessario partire per individuare la risposta alla questione definitoria della confisca, la quale tende ad affrancarsi dalle garanzie tipiche che informano l'applicazione delle sanzioni penali e solleva un problema di collocazione sistematica della misura che rappresenta una delle questioni più importanti nella riflessione penalistica contemporanea.

Innanzitutto, è utile, ai fini di questo studio, tracciare le linee definitorie tradizionali ed evolutive dei concetti di pena, misura di sicurezza e misura di prevenzione.

Iniziando dalla pena, si deve osservare la sua definizione è legata essenzialmente e storicamente, ad una domanda di notevole portata: «che cosa legittima il ricorso dello Stato all'arma della pena?»³⁷ Cioè, quali sono i presupposti e gli scopi che giustificano l'inflizione deliberata a un essere umano di un male

³⁶ SCARPELLI, *Il problema della definizione del diritto*, Milano, 1955, il quale osserva come le definizioni reali ambiscano a descrivere l'essenza delle cose, mentre le definizioni stipulative, nascendo in un determinato contesto lessicale con funzione normativa, «la scelta della definizione è guidata e limitata dallo scopo che si ha in mente nel definire, dall'esigenza di mantenere ai significati l'intersoggettività che è necessaria perché il linguaggio serva come mezzo di comunicazione tra gli uomini, e ciò avviene con maggiore efficacia nei linguaggi tecnici».

³⁷ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2019.

terribile come la privazione della libertà personale?³⁸ Le risposte sono più d'una e sono influenzate dal tipo di teoria di pena³⁹ a cui si fa ricorso e al tipo di Stato in cui si innesta la scelta di politica criminale.

Accanto alle pene, il codice penale del 1930, contempla un'ulteriore, articolata categoria di sanzioni penali, le misure di sicurezza, imperniate sull'idea di pericolosità: pericolosità delle persone pericolosità delle cose. Su questa base, il codice distingue tra misure di sicurezza personali e misure di sicurezza patrimoniali.⁴⁰

Formalmente estranee al diritto penale, le misure di prevenzione affiancano pene e misure di sicurezza tra gli strumenti di lotta alla criminalità: si tratta di strumenti di prevenzione del reato, rivolti a cerchie di soggetti socialmente pericolosi. A differenza delle pene e delle misure di sicurezza, le misure di cui si sta trattando non presuppongono la commissione di un reato. Proprio per questo si parla di misure *ante delictum*. L'applicazione delle misure di prevenzione era largamente affidata, in passato, alla competenza dell'autorità di polizia, nonostante, nel tempo, sia diventato sempre più rilevante il ruolo dell'autorità giudiziaria.⁴¹ Alle misure di prevenzione personali, si affiancano le misure di prevenzione patrimoniali, come sequestro e confisca, oggetto di questo studio.

La difficile definizione dei concetti sopraesposti, è legata, irrimediabilmente, alla, pur non semplice, delimitazione del penalmente rilevante, in un contesto storico che vede l'ampliamento della materia e della c.d. area di rischio penale.

Una ricostruzione del perimetro della materia penale incentrata sulle funzioni delle conseguenze dell'illecito, porta a confrontarsi con l'antitesi fondamentale tra i concetti di punizione e di prevenzione. Piuttosto che rinviare alla

³⁸ In questo senso, MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, VII ed., 2019.

³⁹ Si fa riferimento alla teoria retributiva, in cui la pena è un male inflitto dallo Stato per compensare un male causato da un uomo ad un altro uomo o alla società; general-preventiva, che vede la pena come mezzo per orientare le scelte di comportamento della generalità dei suoi destinatari; special-preventiva, che concepisce la pena come strumento per prevenire che l'autore di un reato commetta ulteriori futuri reati.

⁴⁰ MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, op. cit., le misure di sicurezza personali incidono sulla libertà personale (detentive e non detentive), le altre incidono sul patrimonio (cauzione di buona condotta e confisca).

⁴¹ *Ibidem*, secondo quanto impone, per le misure restrittive personali, l'art. 13 Cost.

divaricazione del *quia peccatum est* e del *ne peccetur*,⁴² essa prende forma sulla base delle finalità della pena e si innesta sui diversi significati del concetto di prevenzione.

Si può osservare, infatti, che le ricostruzioni della pena come misura intimidatoria o general-preventiva, si sono conciliate maggiormente con la prospettiva retributiva. In altri termini, se è vero che il contenuto afflittivo può contraddistinguere misure dalle più diverse finalità, ciò che è coesistente tanto nell'ottica della retribuzione, quanto nelle prospettive di scopo della deterrenza e dell'intimidazione, è la necessaria comprensione da parte del reo della pena come sofferenza conseguente alla violazione di un precetto.

Tuttavia, una diversa impostazione caratterizza le riflessioni positiviste, nelle quali il concetto di prevenzione si identifica con il trattamento o neutralizzazione di una propensione criminale dell'autore, di cui il reato costituisce un mero elemento sintomatico, e la comprensione da parte dello stesso della pena quale sofferenza non è realmente essenziale ai fini dell'impedimento della recidiva, tanto che tale modello politico-criminale è stato, storicamente, valorizzato con riguardo ai soggetti non imputabili. Tale visione è più evidente, laddove l'ordinamento sia più incentrato sul tema della risocializzazione. In tal caso, si muove proprio dal rifiuto dell'identificazione della pena come un male.

Anche nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, si possono rintracciare due diversi significati del concetto di prevenzione. Ad esempio, nelle sentenze aventi ad oggetto sanzioni amministrative o tributarie, tale finalità preventiva è ricondotta all'effetto monitorio delle stesse, mentre una prospettiva del tutto differente, emerge nelle pronunce relative ad istituti quali la confisca dei proventi illeciti, nei quali l'idea di prevenzione sintetizza esigenze di neutralizzazione della pericolosità e tende a fuggire, di conseguenza, alla nozione di materia penale.⁴³

⁴² In merito, le locuzioni attengono alle diverse valenze che la pena ha assunto nel corso della storia. Da un lato, la pena era strettamente legata al concetto del *quia peccatum est*, cioè la sua funzione dipendeva solo ed esclusivamente dal male commesso. Dall'altro lato, lo scopo punitivo poteva essere spiegato con il concetto del *ne peccetur*, cioè la pena era strumentale alla prevenzione di illeciti futuri. Da qui, la contrapposizione tra teoria retributiva e teoria rieducativa.

⁴³ Tuttavia, la Corte europea riscontra la matrice penale in virtù del riconoscimento di ulteriori e compresenti finalità punitive. Per la prevalenza degli aspetti punitivi, cfr. Corte EDU, 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*; Corte EDU, 17 dicembre 2009, *M c. Germania*.

Certamente, nella prassi, si registra, di frequente, una fusione dei due modelli politico-criminali, tanto nella configurazione legislativa degli istituti, quanto nella loro esecuzione, che genera incertezza manifestata nelle stesse pronunce della Corte europea. Tuttavia, questo non vale a ridimensionare la centralità teorica della distinzione tra punizione e prevenzione, ricorrendo al criterio della prevalenza di funzioni che consente di ricondurre le c.d. zone grigie ad un giudizio binario ed argomentabile alla luce di una pluralità di fattori, quali i presupposti applicativi, oggettivi e soggettivi, e la modalità di esecuzione di una misura.

Dunque, in definitiva, si potrebbe affermare che il concetto di punizione individua la nota modale che accomuna l'impostazione retributiva e determinate prospettive di scopo;⁴⁴ mentre, il concetto prevenzione rinvia a funzioni di profilassi e trattamento della pericolosità che, anche se mai accolte integralmente sul piano della pena, dimostrano una sempre persistente e rinnovata vitalità nei vari ordinamenti nel contrasto alla criminalità.⁴⁵ In altri termini, il medesimo scopo di impedimento della commissione di reati, può essere perseguito attraverso strategie differenziate, alcune che presuppongono un contenuto volutamente afflittivo della sanzione, altre che possono raggiungere tale finalità indipendentemente dal fatto che il reo percepisca una sofferenza.⁴⁶

Le considerazioni finora svolte tra le componenti espressive dello stigma penale, non più esclusivamente affidato all'incidenza sulla libertà personale del reo, sembrano consentire una valorizzazione delle misure meramente pecuniarie già nel catalogo delle sanzioni principali per determinati reati, superando quella che è stata definita, da autorevole dottrina, come una «monocultura detentiva»,⁴⁷ e al tempo stesso, evidenziano gli oneri delle scelte di criminalizzazione in maniera più immediata rispetto alle definizioni della pena incentrate sul *nomen iuris* o

⁴⁴ Sul punto, cfr. VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, Milano, 1961.

⁴⁵ Sul punto, cfr. VIGANÒ, *La neutralizzazione del delinquente pericoloso nell'ordinamento italiano*, in *Riv. it. Proc. pen.*, 2012.

⁴⁶ MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, op. cit., 34.

⁴⁷ L'espressione particolarmente efficace è di FORTI, *Sulle riforme necessarie del sistema penale italiano: superare la centralità della risposta carceraria*, in *Dir. Pen. cont.*, 2012, 178.

sull'incidenza sulla libertà personale che sembrano condurre il legislatore a farvi ricorso nella convinzione che ciò sia a "costo zero".⁴⁸

Sulla base di quanto detto finora, con l'obiettivo di approntare delle definizioni di sanzioni in materia penale, si deve sottolineare che quest'ultima può anche arrivare ad abbracciare misure che non abbiano una precipua finalità punitiva, in quanto volte prevalentemente a contrastare forme di pericolosità personale o reale.

In dottrina si è affermato che «tanto la pena quanto le misure di sicurezza sono sanzioni penali perché tanto l'una quanto l'altra costituiscono mezzi di lotta contro il reato».⁴⁹ Infatti, si può osservare che la messa a fuoco sull'oggetto di tutela porta a ricomprendere nel terreno della scienza penale anche le misure di prevenzione. Dunque, ne emerge una delimitazione della materia penale diversa da quella tratteggiata dal principio di colpevolezza, ma non affrancata da qualsiasi limite o garanzia.⁵⁰

Finora, si è visto come le impostazioni fondate sul criterio quantitativo della severità si rivelino inadeguate per l'impossibilità di delimitare una soglia di rilevanza della sanzione e, inoltre, per il fatto che queste interrompono la relazione fondamentale tra l'analisi delle funzioni delle conseguenze dell'illecito e il tema della colpevolezza.

In definitiva, si mostra che l'istanza di imputazione personale e colpevole dell'illecito rileva al cospetto di qualsiasi manifestazione della punizione, intesa come inflizione di una sofferenza necessaria e voluta, a differenza di quanto accade nel sistema delle misure di prevenzione, il cui scopo di contrasto della pericolosità

⁴⁸ Sul punto, cfr. ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, op. cit., il quale difende una concezione formale di reato, affermando che la pena, essendo una sanzione onerosa anche per la comunità sociale, non avviene «per puro capriccio», e non viene adottata, «se non quando i reggitori dello Stato non possono farne a meno». Da qui, tanto i parametri nominalistici, quanto l'incidenza, almeno indiretta, sulla libertà personale, non sono dimostrativi di tale onere.

⁴⁹ DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964, 1095 ss., secondo cui, tra l'altro, «le fattispecie penali possono avere il più diverso contenuto; non conta la natura del rapporto regolato ma il modo con il quale l'ordinamento reagisce nei confronti di coloro che hanno realizzato i fatti descritti da queste norme. Se nei confronti di chi commette un determinato fatto è prevista l'applicazione della pena, come conseguenza giuridica, ci troviamo di fronte ad una norma penale». Da ciò, l'Autore, afferma che non esiste un diritto penale naturale, ma è il legislatore a scegliere quale fra gli atti illeciti debba essere sanzionato penalmente ed imprime su essi il carattere del reato. Tuttavia, una concezione formale di reato non impone, necessariamente, un'adesione ad una definizione nominalistica del concetto di pena, in tal senso cfr. ANTOLISEI, op. cit.

⁵⁰ Sul punto, si approfondirà *infra* §3.

può essere perseguito indipendentemente dal fatto che il soggetto percepisca un male.

Certamente, nell'ordinamento interno l'elaborazione di una definizione maggiormente pregnante del concetto di pena, ha favorito l'affermazione del rango costituzionale di alcuni principi, tra cui, primo fra tutti, il principio di colpevolezza. Salvo, poi, sottovalutare l'estensione di tali principi anche alle ulteriori manifestazioni della potestà punitiva.

Per altro verso, è certamente possibile, una definizione più ampia di materia penale che vada a ricomprendere tutte le misure volte a contrastare il fenomeno criminale, indipendentemente dalla natura punitiva o solo preventiva di queste, nella quale devono, comunque, essere osservati alcuni principi.⁵¹

Si può concludere, avallando quanto afferma parte della odierna dottrina, cioè affermando una definizione di pena che si inserisce in una costruzione a "geometria variabile" delle aree di operatività dei principi penalistici, i cui confini mobili mutano a seconda della *ratio* di garanzia da cui sono animati.⁵²

2.1.1. La sanzione penale alla luce dei criteri Engel elaborati dalla Corte EDU.

Discutere della pena riveste un'importanza fondamentale: ciò anche perché essa è, da sempre, uno dei punti di massima tensione tra visioni filosofico-politiche opposte, siano esse liberali o sociali, democratiche o autoritarie. Esiste, dunque, un legame stretto tra la rappresentazione generale, a livello giudico e politico di un ordinamento, e il modo attraverso cui viene trattata la pena. Insomma, la pena, essendo perlopiù affare politico prima ancora che filosofico, è utile per tracciare una filosofia giuridica generale, che va ben oltre le questioni meramente tecniche.⁵³

In questa presa d'atto, dal punto di vista storico, prima di giungere alla nozione odierna di pena, di elaborazione giurisprudenziale sovranazionale, si è passati per il superamento dell'Illuminismo, che, sul piano giuridico, ha portato una carica emancipatrice, tradottasi in una serie di principi, quale quello della certezza

⁵¹ Si fa riferimento alla riserva assoluta di legge e fondamento legale della decisione, proporzione dei mezzi rispetto allo scopo, garanzie processuali, come la pubblicità delle udienze.

⁵² MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, op. cit., 73.

⁵³ VALITUTTI, *Retribuire, prevenire o riparare? Un particolare sviluppo del concetto moderno di pena*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Riv. trim., 2017, n. 1, 3-30.

della pena, della personalità della responsabilità penale, della proporzionalità tra delitto e sanzione, che hanno codificato il diritto di punire degli ultimi tre secoli.

La crisi sarebbe dovuta non solo alle teorie che si sono succedute, ma soprattutto alle profonde discrasie nell'ordinamento con i principi di matrice illuminista. È prevalso il dato che «il reato è una minaccia all'integrità e alla stabilità sociale in quanto esso è l'espressione simbolica di una mancanza di fedeltà al diritto», dunque, la pena verrà vista non come garanzia verso il singolo, come vittima o autore del comportamento delittuoso, ma come espressione simbolica contraddittoria rispetto a quella rappresentazione del reato. «Come strumento di prevenzione positiva che tende a ristabilire la fiducia e a consolidare la fedeltà all'ordinamento giuridico, prima di tutto nei terzi e, poi, anche nell'autore della violazione».⁵⁴ È evidente, come le prese di posizione dottrinarie appena citate,⁵⁵ si pongano in antitesi con l'ordine logico garantista proprio dell'Illuminismo.

Nella crisi dichiarata di alcuni principi dell'Illuminismo penale, emerge e va affrontato un problema, ossia quello della discontinuità tra diritto penale moderno, al centro del quale si porrebbe il rifiuto del modello retributivo e l'affermarsi del concetto di pena in senso funzionale, e quello classico, che fa capo alla tradizione illuminista.

In tempi recenti, peraltro, è innegabile che il problema della pena si sia arricchito del discorso della prevenzione si qualsiasi altra impostazione, nello specifico il *punitur ne peccetur* sul *punitur quia peccatur*.

Sarebbe, dunque, da preferirsi, nell'approccio di soluzione al problema della delimitazione e definizione della pena, una interpretazione che sappia coniugare entrambi gli aspetti del paradigma sanzionatorio, quello della prevenzione e quello della retribuzione.⁵⁶

⁵⁴ Così, testualmente, BARATTA, *Integrazione-prevenzione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, II, 1, 1984, 7.

⁵⁵ Primo fra tutti, si fa riferimento a Jakobs, ma anche a diversi autori della scienza penalistica contemporanea, cfr. BARATTA, op. cit.

⁵⁶ Sul punto, era intervenuto HART, *Punishment and Responsibility*, Oxford, 1968, cfr. CATTANEO, *Un tentativo di giustificazione della pena giuridica. Nota su un libro di Igor Primoratz*, in *Riv. int. Di Fil. Dir.*, LXVIII, 1, 1991, 426, il quale cerca di trovare una «soluzione armonica e non unilaterale del problema penale, rifuggendo da una coerenza e da una compensazione fine a se stessa, che spesso viene a ledere i diritti umani».

Da qui, si affermerebbe una teoria polifunzionale degli scopi della pena, che non si esaurisce esclusivamente nella mera retribuzione o nella mera prevenzione, come in un *aut-aut*, e proprio la Corte Costituzionale, in merito, dispone che «in tanto può concretamente parlarsi di una sostanziale non elusione delle funzioni costituzionali della pena, in quanto il sacrificio dell'uno sia minimo indispensabile per realizzare il soddisfacimento dell'altra, giacché solo nel quadro di una sistema informato ai paradigmi della adeguatezza e proporzionalità delle misure, è possibile sindacare la razionalità intrinseca degli equilibri normativi scelti dal legislatore».⁵⁷

In tale quadro, la nozione di pena è stata al centro di copiosa elaborazione giurisprudenziale, anche, ed in modo più che incisivo, da parte della Corte Europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo. A tal proposito, di fondamentale importanza risulta l'analisi dei c.d. criteri *Engel* al fine di delimitare il concetto di pena.⁵⁸

Definizioni sostanziali del concetto di pena non sono sconosciute alla dottrina italiana, nell'ambito della quale sono state elaborate nella prospettiva del diritto penale costituzionalmente orientato.⁵⁹ L'aspetto più significativo della giurisprudenza di Strasburgo, è rappresentato dalla natura non decisivo dell'argomento *libertatis*, che finisce per ricoprire il ruolo di mera comparsa sulla scena dell'elaborazione della nozione di materia penale, in quanto essenzialmente relegato ad indice sintomatico nell'ambito della valutazione sulla severità della sanzione. In particolare, se talvolta è stato affermato che il carattere detentivo di una misura costituisce elemento presuntivo di un grado di severità tipicamente penale, non sono mancate pronunce nelle quali sanzioni patrimoniali suscettibili di conversione in misure privative della libertà personale sono state considerate non penali ovvero in cui, *a contrario*, è stata accolta la qualificazione disciplinare di misure restrittive in virtù della loro brevità. Tale soluzione, si spiega alla luce de

⁵⁷ Così testualmente, Corte cost. 21 giugno 2006, n. 257, che afferma anche «che le differenti contingenze, storicamente mutevoli, che condizionano la dinamica dei fenomeni delinquenziali, comportano logicamente la variabilità delle corrispondenti scelte di politica criminale che il legislatore è chiamato a compiere: così da dare vita ad un sistema normativamente flessibile. [...] il legislatore può, nei limiti della ragionevolezza, far tendenzialmente prevalere, di volta in volta, l'una o l'altra finalità della pena, ma a patto che nessuna di esse ne risulti obliterata». In senso analogo, cfr. Corte cost. 306 del 1993.

⁵⁸ Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, *Engel and Others c. the Netherlands*, n. 5100/71.

⁵⁹ Cfr. per tutti, BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Noviss. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973.

fatto che, nei diversi sistemi europei, il discrimine tra sanzioni penali ed extra-penali non assume quale criterio dirimente l'incidenza sulla libertà personale.

Inoltre, lo stesso apprezzamento della severità della sanzione, ha assunto, nel tempo, una portata del tutto recessiva. A tal proposito, la svolta decisiva, è costituita dalla sentenza *Ozturk*, in cui la Corte decideva di non ritenere determinante la particolare modestia della sanzione inflitta al ricorrente e focalizzava il giudizio esclusivamente sulle finalità della sanzione. In tal modo, avvalorava l'affermazione secondo cui i c.d. *Engel criteria* sono tra loro alternativi e non cumulativi, cosicché il tema della severità pare ormai richiamato più che altro come argomento *ad abundantiam*.⁶⁰

È bene segnalare che, secondo una parte dell'elaborazione dottrina,⁶¹ se le teorie basate su criteri solo quantitativi hanno il merito di evidenziare la vaghezza di numerose definizioni giuridiche, al tempo stesso non si rivelano particolarmente efficaci in una prospettiva costruttiva della definizione, scontando un tasso di indeterminatezza che deriva dall'impossibilità di individuare una specifica soglia di rilevanza che possa consentire la formulazione di un giudizio binario quale quello di appartenenza o non appartenenza alla materia penale. In altri termini, se proprio il tema della severità consentiva un ribaltamento delle qualificazioni nazionali nel caso *Engel*, esaminando altre pronunce in cui tale parametro ha ricoperto un ruolo importante, non si riconosce una specificità della sanzione che sia necessaria affinché scatti la sua qualificazione di appartenenza alla materia penale.⁶²

Pur nelle incertezze che non mancano anche nell'insegnamento della Corte EDU, contrassegnato da un approccio casistico, sembra potersi affermare un aspetto sicuro: nella sanzione penale come intesa da questa Corte, il carattere punitivo può ben mancare, essendo sufficiente l'elemento della gravità delle conseguenze pregiudizievoli ricollegate alla commissione di un illecito. Tale orientamento, come osservato, non è in linea con la pronuncia della Cassazione penale per cui, sebbene la gravità sia sempre stata inclusa dalla Corte EDU tra gli elementi da valutare ai

⁶⁰ Come avvenuto nella pronuncia della Corte EDU, *Grande Stevens c. Italia*, 2014.

⁶¹ Cfr. MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, op. cit., 73 ss.

⁶² Nello specifico, con riferimento al caso *Engel*, atteso che è stata ritenuta come non apprezzabilmente severa, tale da giustificare l'attrazione nella materia penale, la sanzione di due giorni di arresto, non si comprende come si possa stabilire la soglia oltre la quale è possibile qualificare la misura custodiale come pena.

fini della distinzione tra pene in senso tecnico e misure di natura non penale, la stessa Corte ha sempre negato che questo aspetto possa essere *ex se* decisivo.⁶³

La giurisprudenza della Corte EDU relativa alla questione della delimitazione della materia penale, con riflessi sulla definizione della pena, risulta contraddistinta da un approccio fortemente sostanzialistico, in applicazione del quale si perviene al riconoscimento della sanzione che, a prescindere dalla sua qualificazione formale nel diritto interno, possieda un contenuto sostanzialmente punitivo e intrinsecamente afflittivo. Dal riconoscimento della natura penale discende l'applicazione del corollario di garanzie sancite dall'articolo 6, relativamente all'equo processo, dall'articolo 7, sul principio di legalità dei reati e delle pene e divieto di applicazione retroattiva, della Convenzione, e dagli artt. 2 e 4 del Protocollo 7, in relazione rispettivamente del diritto di revisione della condanna e del divieto del *bis in idem*.

L'approccio appena dettato ha preso le mosse dalla nota sentenza, già citata, Engel del 1976, con la quale la Corte di Strasburgo ha elaborato tre criteri di valutazione che da allora in poi hanno ricevuto costante applicazione: la qualificazione giuridica interna dell'illecito e della sanzione; la natura dell'illecito; la natura e gravità della sanzione.⁶⁴

Per ciò che concerne il primo criterio, la qualificazione giuridica interna, costituisce soltanto il punto di partenza dell'analisi e riveste un valore meramente formale e relativo. La qualificazione giuridica interna, pertanto, assume un rilievo decisivo soltanto laddove ascriva espressamente alla sanzione, natura penale. In caso contrario, mantiene un valore puramente formale ed indicativo.

Gli altri due criteri, che hanno assunto, nei decenni, una portata sempre più rilevante, ricevono applicazione, in via sussidiaria ed ausiliaria, solo nei riguardi di sanzioni prive di una qualificazione penalistica interna, allo scopo di estendere loro l'applicazione delle garanzie convenzionali.

⁶³ Cfr. Cass. pen. sez. II, 10 giugno 2015, n. 30938.

⁶⁴ Corte EDU, Plenaria, 8 giugno 1976, *Engel and Others c. the Netherlands*, n. 5100/71.

Si tratta, come già accennato, di criteri alternativi e non cumulativi, per cui la sussistenza anche di uno solo di essi può risultare decisiva ai fini dell'accertamento della natura penale.⁶⁵

Tale approccio, ha determinato nel corso dei decenni il sempre più marcato ampliamento dei confini della materia pena e della connessa nozione di legalità penale convenzionale e la conseguente estensione dell'ambito applicativo delle garanzie convenzionali.

La Corte, inoltre, ha delineato i contorni dei criteri della natura dell'infrazione e della natura e gravità della sanzione, attraverso l'elaborazione di una serie di sottocriteri applicativi, alla luce dei quali si è poi sviluppata una ampia casistica. Riguardo alle sanzioni patrimoniali, gli elementi di valutazione sono sostanzialmente tre: in primis, il loro ammontare; in secondo luogo, la loro menzione o meno nel casellario giudiziale; infine, la loro convertibilità in pena detentiva in caso di mancato pagamento. Ciò per quanto attiene alla valutazione della gravità.

Per quanto concerne il profilo della natura della sanzione, la Corte scompone a sua volta in tre sottocriteri, il primo avente carattere connettivo perché attiene alla mera pertinenza in senso ampio della sanzione ad un fatto di reato e alla pronuncia giudiziale che ne ha accertato la commissione.⁶⁶ Il secondo concerne le procedure preposte all'applicazione e all'esecuzione della sanzione e, in particolare, la loro natura giurisdizionale o meno, nonché la natura dell'autorità deputata ad irrogarle. Il terzo, ed ultimo, sottocriterio ha carattere teleologico, poiché attiene allo scopo che la sanzione inflitta è diretta a perseguire.⁶⁷ Alcune volte, la finalità è stata ritenuta *ex se* decisiva, a prescindere dalla considerazione di ogni altro elemento, in particolare della gravità della sanzione concretamente irrogata. Si allude alle misure di sicurezza patrimoniali, c.d. confisca allargata o per equivalente

⁶⁵ I due criteri, pertanto, non necessitano di alcun bilanciamento e non sono posti su un piano di parità gerarchica. Sul punto, cfr. PALIERO, "Materia penale" e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo: una questione classica a una svolta radicale, in *Riv. it. Dir. Proc. pen.*, 1985, 919.

⁶⁶ Cfr. *Welch c. Regno Unito*, 9 febbraio 1995, secondo cui: «il punto di partenza di ogni valutazione sull'esistenza di una pena consiste nello stabilire se la misura in questione sia stata imposta a seguito di una condanna per un reato».

⁶⁷ Cfr. *Ozturk c. Repubblica federale tedesca*, 21 febbraio 1984.

che, in virtù del carattere repressivo ascritto, sono state ricondotte dalla Corte nell'alveo delle *criminal offences*.⁶⁸

2.2. Il ruolo della Giurisprudenza e della dottrina nell'evoluzione della classificazione delle varie forme di confisca.

Nella complessa e storica questione sulla natura giuridica della confisca (*rectius*: confische), un ruolo di primo piano, come sempre accade, è svolto dall'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, succedutasi dal tempo della confisca generale dei beni, fino ai giorni odierni.

L'insegnamento comunemente accolto è quello della *summa divisio* tra le sanzioni giuridiche, in senso lato intese, tra sanzioni preventive e sanzioni repressive.⁶⁹

Dunque, la prima indagine imposta a chi voglia ricercare la natura giuridica di una sanzione come la confisca dei beni dal punto di vista della funzione che adempie, deve essere rivolta a stabilire proprio se la confisca sia una sanzione di carattere preventivo, o una sanzione di carattere repressivo.⁷⁰

Ora, non sembrano esserci dubbi sulla natura repressiva della confisca generale dei beni di epoca fascista. Si può discutere, invece, sulla natura preventiva o meno di tutte quelle forme di confisca che l'art. 240 c.p. classifica nel capo delle misure di sicurezza patrimoniali e, in particolare, si può dubitare della natura preventiva della confisca delle cose che costituiscono il prezzo del reato o che del reato sono il prodotto o il profitto, a prescindere da qualsiasi pericolosità della cosa stessa. Su questo percorso, si potrebbe ammettere che nel nostro ordinamento, tra quelle che la legge definisce e regola come misure di sicurezza figurano delle sanzioni aventi carattere e funzione sostanzialmente repressivi, senza che ciò

⁶⁸ Cfr. *Welch c. Regno Unito*, cit.

⁶⁹ VASSALLI, *Natura penale della confisca dei beni*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, vol.4, Padova, 1950.

⁷⁰ Tale distinzione è, del resto, tradizionale tra le varie specie di confisca, tanto che la dottrina penalistica straniera suole distinguere tra la confisca-pena e la confisca-riparazione. La stessa distinzione si riscontra nella dottrina italiana risalente, cfr. IACCARINO, *La confisca*, Bari, 1935, nella quale, proprio in relazione alla determinazione della natura giuridica di questo istituto, si distingue tra confisca preventiva e confisca repressiva e si riconosce la impossibilità di definire l'istituto in modo unitario, assumendo la confisca una diversa natura giuridica a seconda del suo diverso carattere e delle sue diverse funzioni.

influenzi una diversa definizione della loro natura giuridica. Ad analogo esito, non può addivenirsi con riferimento alla confisca dei beni, nella quale una definizione legislativa manca e la cui disciplina non è tanto aderente a quella dettata per le misure di sicurezza da non presentare alcune sostanziali differenze. Infatti, nella confisca delle cose costituenti il prezzo, il prodotto o il profitto del reato, anche se debba riconoscersi un carattere non proprio difensivo o preventivo, il nesso tra reato e *res* che è oggetto della confisca è un nesso indissolubile, e la criminosità dell'azione permea di per sé stessa la cosa, al segno da assimilarla a quelle cose che sono criminalmente pericolose per la loro natura o *ex lege*. Invece, nella confisca generale dei beni, le cose colpite dalla sanzione sono estranee al reato e nessun nesso è richiesto fra l'attività illecita del reo e la cosa confiscata.⁷¹

Escluso, in considerazione della sua funzione repressiva, e comunque non preventiva, che la confisca dei beni possa essere considerata alla stregua di una misura di sicurezza, l'indagine deve portarsi sulla struttura della sanzione stessa.

Autorevole dottrina, non senza orientamenti difformi, ha escluso la natura di sanzione civile e di sanzione amministrativa, affermando, invece, la natura penale della sanzione applicabile alla confisca dei beni.⁷²

L'obiezione principale alla tesi appena citata, nasce dalla constatata sopravvivenza della confisca dei beni ad ogni altra pena e dalla ritenuta sua applicabilità anche in quei casi in cui, o per sopravvenuta estinzione del reato o per altra sua improcedibilità, la responsabilità del soggetto viene esaminata ai soli fini della applicazione della confisca.⁷³

Il problema centrale rimane quello della applicabilità, o meno, di una pena nonostante quella che la legge chiama estinzione del reato, alla quale si associa, nel suo momento culminante, l'estinzione del soggetto stesso. Ma nonostante ogni difficoltà, non sembra che, per quanto eccezionale sia una simile situazione

⁷¹ In tal senso VASSALLI, *Naturapenale della confisca*, op. cit., 535; in senso difforme cfr. SABATINI, che sostiene la natura di misura di sicurezza della confisca dei beni.

⁷² VASSALLI, *Naturapenale della confisca*, op. cit., 544; in senso difforme cfr. PETROCELLI, il quale ricomprende la misura tra quelle di polizia; IACCARINO, che afferma la natura di sanzioni di diritto amministrativo.

⁷³ Le norme relative a tale disciplina devono avere come unico criterio guida, l'interpretazione storica, così VASSALLI, op. cit.

nell'ordinamento interno, essa non basti a negare la natura penale della sanzione di cui si tratta, cioè della confisca dei beni.⁷⁴

Una seconda, rilevante, obiezione⁷⁵ mossa alla natura penale della confisca dei beni, riguarda la sua non stretta personalità in quanto che, sia pure sotto l'aspetto delle obbligazioni di ordine patrimoniale, non identificabili con la pena, essa colpisce gli eredi del colpevole. È in tale deroga al principio di personalità della pena che si esprime infatti quella distanza dell'istituto dai principi fondamentali del diritto penale moderno, ma comunque non risulterebbe tale da escludere la natura penale della misura.⁷⁶

Superando il quadro storico, doveroso per comprendere la portata della questione e la tendenza della dottrina e della giurisprudenza, è utile ripercorrere anche i tratti recenti di tale problema.

Fino agli anni Ottanta, l'istituto della confisca⁷⁷ non ha subito particolari modifiche e ha, poi, mostrato la sua finalità essenzialmente repressiva, soprattutto, nella lotta all'abusivismo edilizio.

Come già ampiamente anticipato, la preoccupazione del Legislatore di superare le criticità per un'efficace lotta al crimine, si è tradotta nella previsione progressiva e costante di nuove ipotesi speciali di confisca. Così, nel solco di tale svolta di politica criminale trovano spazio le nuove ipotesi particolari di confisca che si allontanano dalla disciplina generale dettata dall'art. 240 c.p., salvo che per il presupposto della precedente sentenza di condanna per il reato di riferimento per l'applicazione della misura patrimoniale, a differenza della confisca di prevenzione che ha una sua particolare configurazione per la sua collocazione tra le misure *ante delictum*.

È chiaro che per le loro differenze strutturali e funzionali, le varie ipotesi di confisca non possono essere inquadrare in un catalogo unitario comprensivo della figura generale *ex art. 240 c.p.*

⁷⁴ In tale senso, Cass. sez. un., 14 febbraio 1948, Trasimeni, nella quale si afferma che la confisca dei beni ha assunto carattere penale dal d.l. 364/1945 in poi, e sotto tale decreto, proprio per tale pronuncia, la confisca era applicabile nonostante l'amnistia propria.

⁷⁵ Per una approfondita ricostruzione su questa e altre obiezioni, cfr. VASSALLI, *op. cit.*, 554-562.

⁷⁶ *Ibidem*. La confisca generale dei beni, rientrerebbe tra le pene accessorie, così come era nelle intenzioni del guardasigilli Rocco, al momento dell'opera legislativa del Codice.

⁷⁷ Si fa riferimento alla confisca generale ordinaria di cui all'art. 240 c.p.

Pur tuttavia, le nuove ipotesi ablative si pongono in linea di tendenziale continuità con le linee proprie della sanzione punitiva, già presenti nell'istituto originario, che ne denotavano l'ambiguità dogmatica e ne rendevano problematico l'inquadramento nell'ambito delle altre misure di sicurezza, attesa la coesistenza di caratteri preventivi e repressivi.⁷⁸

Volendo porre ordine negli orientamenti della dottrina e della giurisprudenza in merito alla natura giuridica di tali ipotesi speciali, si anticipa che verranno trattate le forme ablatorie che sono state oggetto di questo lavoro.

Iniziando dalla confisca per equivalente, la forma in oggetto è la risposta al problema del legislatore di perseguire l'obiettivo di sottrarre al reo il profitto che deriva dal reato, eventualmente sfuggito o sottratto alle altre misure, dunque, con l'intento di aggredire l'oggetto patrimoniale principale mediante l'ablazione di somme di denaro, beni o altre utilità di pertinenza del condannato, di valore corrispondente a quello del profitto del reato.

Come si è detto, la forma per equivalente si caratterizza per il venire meno della necessità di accertare il nesso di pertinenzialità con il reato e dall'esigenza di scollegare la confisca dal requisito di una formale sentenza di condanna.

L'intersezione tra la confisca senza condanna *ex art. 578 bis c.p.p.* e l'applicabilità alle ipotesi di confisca per equivalente, ha determinato l'insorgere di dubbi in ordine alla natura di quest'ultima.

Tradizionalmente, infatti, l'ipotesi della confisca per equivalente era considerata, nella giurisprudenza costituzionale e di legittimità, come una vera e propria ipotesi sanzionatoria.⁷⁹ Con il riferimento nell'art. 578 *bis* c.p.p. anche a questa forma di confisca, ha creato non pochi dubbi sulla, ormai consolidata, natura punitiva della speciale ipotesi. Tuttavia, alla questione si è risposto mettendo un limite all'estensione dell'art. 578 *bis* c.p.p. alla confisca per equivalente che deriva

⁷⁸ BARGI, "Processo al patrimonio" e principi del giusto processo, in BARGI, CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, vol. I, 2011, 10 ss.

⁷⁹ Cfr. per tutti, Cass. sez. un., 26 giugno 2015, Lucci, n. 31617, che afferma il principio secondo cui «il giudice nel dichiarare l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione può disporre, atteso il suo carattere afflittivo e sanzionatorio, la confisca per equivalente delle cose che ne costituiscono il prezzo o il profitto del reato»; Cass. sez. un., 31 gennaio 2013, Adami, n. 18374, secondo cui la confisca per equivalente assolve ad una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito [...], è pertanto connotata dal carattere afflittivo proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza».

essenzialmente dalla qualificazione giuridica che la giurisprudenza ha dato di tale figura. Infatti, nel momento in cui si è ritenuto che nella confisca per equivalente prevale l'intento punitivo rispetto a quello riparatorio, ne consegue necessariamente l'adozione a seguito di una sentenza di condanna. Diversamente si porrebbero dubbi di legittimità costituzionale per violazione del principio di colpevolezza.

In ogni caso, il nucleo della questione pare potersi individuare nella qualificazione giuridica della confisca per equivalente.

Invero, la dottrina, a più riprese, ha sottolineato come la qualificazione della confisca per equivalente come sanzione, non risulta del tutto appagante, se la si considera come una semplificazione del procedimento ablatorio diretto.

La fungibilità dell'oggetto della confisca per equivalente, non andrebbe a modificare, tuttavia, la funzione tipica del provvedimento ablatorio, poiché la finalità ripristinatoria resterebbe comunque prioritaria.

Di recente, la questione è stata oggetto di pronunce da parte della giurisprudenza di legittimità, laddove si è posto il problema di valutare l'applicabilità della confisca per equivalente a fatti antecedenti all'entrata in vigore della norma che la prevede.⁸⁰

Altra pronuncia, tuttavia, ha escluso che la confisca per equivalente, pur avendo funzione sanzionatoria, possa essere equiparata *in toto* alla sanzione penale, con la conseguente esclusione dell'applicabilità della sospensione condizionale della pena, evidenziando come tale forma di ablazione patrimoniale, non può essere parificata né ad una pena accessoria, in assenza della funzione preventiva tipica di questa, né ad una pena principale, in quanto non è definita in proporzione alla gravità della condotta e alla colpevolezza del reo e, piuttosto che affliggere, in realtà, mirerebbe a ripristinare la situazione patrimoniale preesistente al reato. In tal caso, la Corte ha catalogato la misura in oggetto, contemplata dall'art. 322 *ter* c.p., come presidio ripristinatorio autonomo, connotato da obbligatorietà ed assenza di discrezionalità nella determinazione del *quantum*, rispetto alle sanzioni principali ed accessorie.⁸¹

⁸⁰ Cfr. Cass. sez. VI, 19 febbraio 2020, De Grandi, n. 16103, ha ritenuto che: «la confisca per equivalente del profitto, introdotta dall'art. 322 *ter*, co.1, c.p., ha natura eminentemente sanzionatoria e, quindi, non si applica ai reati commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge citata».

⁸¹ Cfr. Cass. sez. II, 3 marzo 2020, De Gregorio, n. 8538.

Tuttavia, la pronuncia di maggior rilievo,⁸² sul rapporto tra confisca *ex art. 322 ter* c.p. rispetto alla previsione di cui all'*art. 578 bis* c.p.p., parte dalla ricostruzione di questa ultima norma, richiamando le intenzioni del legislatore di sottrarre i patrimoni illecitamente accumulati, anche in caso di estinzione del reato.⁸³ Sulla base di molteplici argomentazioni, richiamando anche la giurisprudenza sovranazionale⁸⁴, la Corte conclude che, nel caso di specie, non sussista alcuna incompatibilità tra la confisca per equivalente e l'intervenuta prescrizione del reato dichiarata in sede di impugnazione, proprio perché la confisca per equivalente, pur presentando una natura mista, caratterizzata anche da profilo sanzionatori, mantiene il carattere di misura essenzialmente recuperatoria e, dunque, ben può essere disposta a condizione che sia intervenuto l'accertamento del reato, anche se culminante con una pronuncia di estinzione.

Anche in relazione alle forme di confisca per equivalente contenute in altre norme estranee all'*art. 322 ter* c.p., si ritiene che i principi sopraesposti, siano applicabili. In buona sostanza, si tratta di adeguare gli argomenti che hanno consentito di delineare i presupposti della confisca senza condanna. D'altra parte, si potrebbe sostenere che il dato normativo letterale di cui all'*art. 578 bis* c.p.p., nel punto in cui non contempla espressamente tutte le ipotesi di confisca per equivalente, non sia dirimente per sé.

Avanzando l'analisi alla successiva ipotesi della confisca c.d. allargata, si deve prendere atto che quella in esame è una confisca obbligatoria nella parte in cui si prescinde in concreto sia dall'accertamento di pericolosità sociale del reo, sia dall'eventuale pericolosità intrinseca della cosa.

La giurisprudenza di legittimità, tende a classificarla quale «misura di sicurezza atipica». Infatti, a tal proposito, il giudice delle leggi ha riconosciuto che la confisca in esame ha struttura e presupposti diversi dall'istituto generale previsto

⁸² Cfr. Cass. sez. VI, 7 maggio 2020, Malvaso, n. 14041.

⁸³ Così, Relazione del Governo al disegno di legge presentato il 24 settembre 2018; Atto Senato n. 955, dossier n. 85.

⁸⁴ Nello specifico, la Corte richiama la Corte EDU, 28 giugno 2018, *GIEM c. Italia*, affermando che i principi di tale ultima pronuncia non costituiscono ostacolo alla compatibilità tra la confisca per equivalente e la pronuncia di prescrizione del reato, in quanto la convenzione non richiede che una sanzione di natura penale sia irrogata esclusivamente a seguito di una formale pronuncia di condanna, ben potendo conseguire anche in seguito a pronunce liberatorie, purché contengano un pieno accertamento della sussistenza del fatto di reato e della responsabilità del soggetto sottoposto a sanzione.

dall'art. 240 c.p., così che per individuare la natura del provvedimento ablativo è necessario esaminare la confisca «così come risulta da una determinata legge».⁸⁵

D'altra parte, la stessa Corte Costituzionale, sin dagli anni Sessanta, avvertiva che la confisca può presentarsi, nelle leggi che la prevedono, con varia natura giuridica e che il suo contenuto è sempre la privazione di beni economici, ma questa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, così da assumere, volta per volta, natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero anche di misura giuridica civile e amministrativa, con l'effetto che è rilevabile non una figura di confisca astratta e generica, ma, in concreto, la confisca così come risulta da una determinata legge.⁸⁶

Le Sezioni unite, intervenute sul punto, hanno osservato che il provvedimento ablatorio si colloca su una linea di confine con la confisca in funzione repressiva propria delle misure di sicurezza patrimoniali. Tale aspetto, però, si fonde con la funzione di ostacolo preventivo teso ad evitare il proliferare di ricchezza di provenienza non giustificata, immessa nel circuito di realtà economiche a forte influenza criminale.

La perdurante classificazione della c.d. confisca allargata nel novero delle misure di sicurezza uscirebbe rafforzata anche dalle modifiche apportate dalla legge n. 161/2017, nella parte in cui, introducendo nel vecchio art. 12 *sexies* d.l. n. 306/1992, il co. 4 *septies*, ora trasferito nell'art. 578 *bis* c.p.p., ad opera del d.lgs. n. 21/2018, per cui se ne prevede la possibile adozione in assenza di una sentenza di condanna qualora intervenga la declaratoria di improcedibilità per prescrizione o amnistia dopo la condanna di primo grado e si accerti incidentalmente nei gradi successivi la responsabilità dell'imputato.⁸⁷

L'individuazione della natura della confisca è decisiva per verificare il regime giuridico a cui essa deve essere sottoposta.

⁸⁵ Così, testualmente, Corte Cost. n. 18 del 1996.

⁸⁶ Cfr. Corte cost. n. 29 del 1961; Corte cost. n. 46 del 1964.

⁸⁷ Prima della riforma, la giurisprudenza, in linea generale, riteneva che la declaratoria di estinzione del reato per prescrizione inibisse l'adozione del provvedimento di confisca per la ragione che presupposto indefettibile per l'applicazione della misura ablatoria è la sentenza di condanna o di patteggiamento e non già il mero proscioglimento per estinzione del reato, coerentemente alla natura sanzionatoria della confisca e in conformità all'interpretazione dell'art. 7 CEDU.

Innanzitutto, varia l'applicabilità del *tempus regit actum* perché, se fosse classificata come misura di sicurezza patrimoniale, troverebbe applicazione la disciplina normativa in vigore al tempo della sua applicazione, secondo il dettato dell'art. 200 c.p., quindi, con effetto retroattivo anche in caso di inasprimento della disciplina. Se, invece, la si classificasse come sanzione o come misura di sicurezza atipica, si dovrebbe prendere in considerazione un generale principio di irretroattività.

La natura del provvedimento ablativo incide anche sulla sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti. In linea generale, ai sensi dell'art. 445 c.p.p., il patteggiamento comporta la non applicazione delle «misure di sicurezza, fatta eccezione della confisca nei casi previsti dall'art. 240 c.p.». Proprio per la lettura restrittiva che è stata data a tale locuzione, la giurisprudenza ha escluso che, con la sentenza di patteggiamento, possano essere disposte confische obbligatorie previste non dalla disposizione codicistica, ma da altre norme. Ciò, spiega perché, in deroga a questa disposizione, il legislatore ha successivamente introdotto ipotesi nelle quali si prevede che la confisca si adotta anche con la sentenza di patteggiamento. In particolare, per la confisca in esame *ex art. 240 bis c.p.*, questa si applica anche a chi ha patteggiato per determinati reati richiamati nella stessa norma.⁸⁸

Approfondendo all'analisi della confisca di prevenzione, in particolare antimafia, si è detto che il legislatore l'ha collocata originariamente tra le misure di prevenzione, in modo tale da escluderne la qualificazione in termini strettamente penali, e quindi permetterne l'applicazione a prescindere dalle forme e dai modi del processo penale.⁸⁹

La nuova confisca, ereditò, dalle misure personali, il *nomen iuris* di misura di prevenzione, qualificazione che una parte della dottrina ritiene ancora coerente con la sua funzione di recidere il legame tra la persona e quella parte del patrimonio che, in quanto di origine illecita, non potrebbe che essere a sua volta incentivo di una perpetuazione dell'attività delinquenziale.⁹⁰

⁸⁸ L'analisi è di EPIDENDIO, *Codice delle confische*, 2019, 1015 ss.

⁸⁹ FINOCCHIARO, *La confisca e il sequestro di prevenzione*, in MEZZETTI, LUPÀRIA DONATI, *La legislazione antimafia*, 2020, 703 ss.

⁹⁰ Cfr. FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. It.*, VIII, Torino, 1994.

In giurisprudenza, le Sezioni Unite della Cassazione esclusero, originariamente, che i provvedimenti ablatori in oggetto potessero essere qualificati in senso tecnico-giuridico, quali misure di prevenzione, aggiunte a quelle, specificamente previste, personali.⁹¹

A seguito delle modifiche apportate nel 2008-2009, accennate in precedenza, si creò una crepa nel granitico orientamento della giurisprudenza di legittimità: la Corte di Cassazione, giunse alla conclusione per cui, almeno con riferimento alle ipotesi in cui la misura risulti svincolata da un necessario accertamento di attuale pericolosità sociale del proposto, la confisca avrebbe assunto natura «oggettivamente sanzionatoria».⁹²

Tuttavia, a ricomporre il quadro, intervennero le Sezioni Unite, nel 2014, che hanno riconosciuto che, in linea generale, la confisca rappresenta un istituto camaleontico, «in grado di assumere natura e fisionomia diverse, a seconda del regime normativo che la contempla».⁹³ Le Sezioni Unite, sono giunte, poi, a riconoscere alla misura in esame natura assimilabile alle misure di sicurezza e una finalità prettamente preventiva.⁹⁴ Di conseguenza, si è affermata l'applicabilità del regime di retroattività di cui all'art. 200 c.p.

La motivazione dell'esclusione della natura sanzionatoria, viene essenzialmente costruita dalla Corte attorno al concetto rilevante della pericolosità sociale, quale requisito della confisca. Nel particolare, le Sezioni Unite hanno osservato che il legislatore ha escluso, ai fini dell'applicazione della misura patrimoniale, il requisito dell'attuale pericolosità della persona, in quanto di essa «ha senso parlare solo con riferimento alla prevenzione personale e non anche a quella patrimoniale».⁹⁵

Tuttavia, la giustificazione della confisca in termini preventivi non convince la dottrina maggioritaria. In effetti, nessuno dei presupposti applicativi attiene al

⁹¹ Cfr. Cass. sez. un., 3 luglio 1996, Simonelli, in *DeJure*. In quell'occasione, le Sezioni Unite, qualificarono la misura come «*tertium genus*», rifiutando espressamente di riconoscere una reale funzione preventiva. In senso analogo, cfr. Cass. sez. un., 19 dicembre 2006, Adduino, n. 57.

⁹² Cass. sez. V, 13 novembre 2012, Occhipinti, n. 14044.

⁹³ Cass. sez. un., Spinelli, 2014.

⁹⁴ Così, testualmente, le Sezioni Unite: «dissuadere il soggetto inciso dalla commissione di ulteriori reati e da stili di vita contrastanti con le regole del consorzio civile».

⁹⁵ Le Sezioni Unite affermano che l'unica pericolosità che deve sussistere al momento dell'applicazione della misura patrimoniale è semmai riferibile alla cosa da confiscare.

comportamento futuro della persona o alla destinazione futura della cosa; al contrario, l'intera costruzione normativa dell'istituto risulta retrospettiva e ancorata a fatti commessi in passato.⁹⁶ La legge, dunque, sembra guardare al comportamento passato della persona quando richiede la sussistenza di indizi della commissione di un reato o elementi di fatto da cui desumere la dedizione a condotte delittuose. Inoltre, guarda, su questa scia, all'origine dei beni, invece che alla loro destinazione.⁹⁷

La scarsa forza persuasiva della qualificazione in termini di misura di prevenzione assimilabile a una misura di sicurezza, ha indotto la dottrina a denunciare una truffa delle etichette volta a celare una sostanziale natura di sanzione penale.⁹⁸ In questa ottica, la confisca, più che prevenire reati futuri, punirebbe, per mezzo del provvedimento afflittivo e definitivo, comportamenti illeciti dei quali il soggetto si sia reso responsabile in passato.

Proprio quest'ultima conclusione, tuttavia, sembra essere stata respinta dalla più recente giurisprudenza costituzionale. La Corte Costituzionale, infatti, ha negato espressamente che le misure patrimoniali in oggetto abbiano natura sanzionatoria, riconoscendo, invece, un «carattere meramente ripristinatorio della situazione che si sarebbe data in assenza dell'illecita acquisizione del bene».⁹⁹

3. La salvaguardia dei principi in materia di diritto penale.

Quanto esposto, come già anticipato, risulta essenziale per comprendere la complessità della materia e le ricadute dei dubbi tuttora vigenti sull'individuazione della disciplina applicabile. In particolare, preme, a questo punto, individuare, per quanto possibile, quali siano i principi e le garanzie costituzionali e convenzionali applicabili al sistema delineato, che incide sulla sfera individuale del singolo.

⁹⁶ Sul passaggio da misura *ante* o *praeter delictum* a misura *post delictum*, si veda *infra* §3.5.

⁹⁷ La norma, infatti, richiede la dimostrazione che quel bene provenga da attività illecite.

⁹⁸ Sul punto, cfr. ALESSANDRI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Dig. It.*, 1989; FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, op. cit., 191; FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, Padova, 1997, 70.

⁹⁹ Cfr. Corte Cost. sent. 24 del 2019, che afferma, testualmente: «il sequestro e la confisca del bene non hanno lo scopo di punire il soggetto per la propria condotta; bensì, più semplicemente, quello di far venire meno il rapporto di fatto del soggetto con il bene, dal momento che tale rapporto si è costituito in modo non conforme all'ordinamento giuridico, o comunque di far sì che venga neutralizzato quell'arricchimento di cui il soggetto, se non fosse stata compiuta l'attività criminosa presupposta, non potrebbe godere».

Non ricorrendo, o non essendo pacifica la natura punitiva e afflittiva della confisca, non saranno applicabili le garanzie che presiedono l'applicazione delle sanzioni penali, il che non significa che la confisca possa essere disposta in assenza di garanzie. La confisca, infatti, resta pur sempre una misura che incide, in modo incisivo, la sfera individuale del singolo perché comporta per l'interessato la compressione del diritto di proprietà.

Per tali motivi, non può farsi a meno che la misura sia, comunque, applicata all'individuo, rispettando i suoi diritti fondamentali, in modo che la sua applicazione non sia una compressione arbitraria.¹⁰⁰

Una volta individuate le disposizioni costituzionali e convenzionali che presiedono l'applicazione della confisca, si verificherà come le questioni interpretative sulla natura giuridica incidono sullo statuto garantistico.

3.1. Il requisito di pericolosità al vaglio del principio di legalità. Dalla giurisprudenza della Corte EDU nel caso De Tommaso alla sentenza della Corte Costituzionale n. 24 del 2019.

La struttura attuale delle misure di prevenzione così come delineate dall'interpretazione dottrinale e giurisprudenziale è, senza dubbio, condizionata dalla già citata sentenza De Tommaso c. Italia, della Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'Uomo, con cui la Corte stessa ha stabilito che gli artt. 1, 6 e 8 del d.lgs. 159/2011, violano l'art. 2 del Protocollo 4 della CEDU.¹⁰¹

Secondo parte della dottrina, prestando attenzione alla norma sovranazionale con cui si è individuato il conflitto, la scelta proprio dell'art 2 Prot. 4 della CEDU, con cui si tutela la libertà di circolazione, non apparirebbe del tutto pertinente con la questione affrontata, se non indirettamente.¹⁰²

L'art. 2 sopracitato, in ogni caso, stabilisce che l'esercizio dei diritti in esso contenuti «non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono previste

¹⁰⁰ Cfr. in questi termini, Corte Cost. sent. 24 del 2019.

¹⁰¹ Corte EDU, 23 febbraio 2017, *De Tommaso c. Italia*, che stabilisce testualmente: «l'interferenza della pubblica autorità nella libertà di circolazione non è sorretta dalla specifica previsione dei casi nei quali essa può essere giustificata come “necessaria in una società democratica”». Secondo la Corte, dunque, la disposizione pecca di accessibilità (*accessibility*) e di prevedibilità (*foreseeability*).

¹⁰² DELLA REGIONE, *Le misure di prevenzione nello specchio del volto costituzionale del sistema penale*, in *Discrimen*, 2020.

dalla legge». Quanto a tale requisito, la Corte afferma che, secondo la sua giurisprudenza, è necessario individuare nell'ordinamento nazionale una base legale della restrizione, che tale base sia accessibile per l'interessato che sia tale da consentire al soggetto stesso di ragionevolmente prevedere le conseguenze della propria condotta.¹⁰³

Ora, la Corte, ritiene che perché sussista tale requisito, non è sufficiente che la legge preveda una base legale, ma è necessario, altresì, che tale base legale sia avallata da altri due requisiti: l'accessibilità e la prevedibilità. Mentre, con riguardo al primo aspetto, la Corte lo assume soddisfatto, ritiene, invece, violato quello della prevedibilità. In particolare, la Corte ritiene assolutamente necessario che la disposizione sia formulata con sufficiente precisione, tale da permettere ai soggetti di poter regolare la loro condotta e di poter valutare, sulla base delle circostanze del caso concreto, le conseguenze delle proprie azioni. Secondo la Corte, lo *standard* minimo di prevedibilità sarebbe soddisfatto se la disposizione costituisce una misura di protezione contro le interferenze e contro le interpretazioni delle Pubbliche Autorità.¹⁰⁴

Inoltre, la Corte, osserva che né la giurisprudenza ordinaria né la Corte Costituzionale hanno identificato chiaramente gli elementi fattuali né le specifiche tipologie di condotta che devono essere prese in considerazione per valutare la pericolosità sociale dell'individuo, ritenendo che la legge in questione non contenga previsioni sufficientemente dettagliate sul tipo di condotta che sia da considerare espressiva di pericolosità.

In tale prospettiva le censure della Corte, in particolare, consistono nelle locuzioni che imporrebbero ai soggetti dell'art. 1 di «vivere onestamente» e di «rispettare le leggi».¹⁰⁵

¹⁰³ DELLA REGIONE, *ibidem.*; cfr. GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 2020.

¹⁰⁴ Sul punto, cfr. GRASSO, *Le misure di prevenzione*, op. cit., secondo cui una legge che conferisce un potere discrezionale, deve sempre indicare la portata di tale potere e i limiti di tale discrezionalità; MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la Cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. Proc. pen.*, 2017, 1039.

¹⁰⁵ Sul punto, si era espressa la Consulta, non rilevando la violazione del principio di legalità e ritenendo la questione di legittimità costituzionale infondata, cfr. Corte Cost. sent. n. 232 del 2010. Tuttavia, la Corte di Strasburgo segnalava come il tentativo di lettura interpretativa della Consulta non potesse essere condiviso perché questa faceva riferimento al dovere, imposto al prevenuto, di rispettare tutte le norme a contenuto precettivo, mentre i giudici di Strasburgo, consideravano tale parametro un illimitato richiamo all'intero ordinamento italiano che, peraltro, non fornisce alcuna

Come rilevato dalla dottrina, la posizione della Corte EDU avrebbe dovuto costituire un punto fermo che facesse da raccordo con la giurisprudenza della Corte Costituzionale, in quanto relativa alla complessiva legislazione italiana in materia di misure di prevenzione. Una parte della giurisprudenza, tuttavia, ha tentato di neutralizzare l'effetto dirompente della sentenza De Tommaso.¹⁰⁶

La Suprema Corte si è poi impegnata in un'opera di tassativizzazione delle ipotesi di pericolosità generica, in linea con le esigenze espresse dalla Corte EDU. Si è affermato, a tal proposito, che ultimamente questa Corte al fine di mettere a tacere le critiche di genericità ed indeterminatezza ed evitare pronunce di incostituzionalità delle norme in materia di prevenzione, abbia proceduto ad un'interpretazione del diritto interno convenzionalmente e costituzionalmente orientato al dettato dell'art. 2 del Protocollo 4 della CEDU, e ha sottolineato l'importanza della componente ricostruttiva del giudizio di prevenzione tesa a rappresentare l'apprezzamento dei fatti idonei ad iscrivere il proposto nelle categorie dei soggetti a pericolosità generica.¹⁰⁷

In tal modo, si valorizza, dunque, la componente ricostruttiva del giudizio di pericolosità che, in sede di prevenzione, va scisso in una prima fase di tipo "constatativo" in relazione ai dati cognitivi idonei a rappresentare l'avvenuta condotta, nel passato, contraria alle ordinarie regole di convivenza. A questa, si aggiunge una seconda fase di natura prognostica, alimentata dai risultati della prima, tesa a qualificare come probabile il ripetersi di condotte in quadrate nelle categorie criminologiche di riferimento previste dalla legge.¹⁰⁸

In conclusione, si è richiesto un complesso di requisiti che contribuiscono ad escludere la vaghezza dei contorni della decisione legale, chiedendo la

chiarificazione sulle norme specifiche la cui inosservanza dovrebbe essere considerata quale ulteriore indicazione di pericolosità sociale.

¹⁰⁶ Si affermava che la sentenza della Corte EDU era stata influenzata da considerazioni relative al caso concreto esaminato nel quale la misura di prevenzione era stata applicata dai giudici di merito sostanzialmente in relazione a tendenze criminali, non adeguatamente supportate dall'attribuzione di comportamenti specifici di rilevanza penale, cfr. Cass. sez. VI, 11 ottobre 2017, n. 2385.

¹⁰⁷ Si precisa che «il soggetto coinvolto in un procedimento di prevenzione non viene ritenuto colpevole o non colpevole in ordine alla realizzazione di un fatto specifico ma viene ritenuto pericoloso o non pericoloso in rapporto al suo precedente agire per come ricostruito attraverso le diverse fonti di conoscenza elevate ad indice rivelatore di compiere ulteriori fatti delittuosi [...] e ciò in ragione delle disposizioni di legge che qualificano le diverse categorie di pericolosità», così, testualmente, Cass. sez. II, 1 marzo 2018, n. 30974.

¹⁰⁸ Cfr. Cass. sez. I, 11 febbraio 2014, n. 23641.

realizzazione di attività delittuose non episodica ma almeno caratterizzante un significativo intervallo temporale della vita del proposto; la realizzazione di attività delittuose che, inoltre, siano produttive di reddito illecito, il c.d. provento; la destinazione, almeno parziale, di tali proventi al soddisfacimento dei bisogni di sostentamento della persona e del suo eventuale nucleo familiare.¹⁰⁹

Le questioni di costituzionalità relative alla tenuta del sistema di prevenzione sono state affrontate dalla già citata sentenza della Corte Costituzionale, n. 24 del 2019, con cui la Consulta, ha dichiarato l'illegittimità della misura di prevenzione, anche patrimoniale, nei confronti di coloro che debbano ritenersi, sulla base di elementi di fatto, «abituamente dediti a traffici delittuosi» *ex art. 1 lett. a), d.lgs. 159/2011*.

I giudici *a quo* avevano rilevato che, alla luce delle conclusioni della sentenza De Tommaso, alcune prescrizioni avrebbero potuto essere in contrasto con la disciplina convenzionale per l'assenza di requisiti di chiarezza, precisione e completezza precettiva. La conclusione a cui approda la Corte consiste nel rilevare che la fattispecie sopracitata, appare affetta da radicale imprecisione, non emendata dalla giurisprudenza successiva alla sentenza De Tommaso. Per la giurisprudenza, infatti, non è stato possibile riempire di significato certo e prevedibile ragionevolmente, *ex ante* per l'interessato, il disposto normativo in esame.

Invero, sul punto, convivono due contrapposti indirizzi interpretativi, che definiscono in modo differente il concetto di «traffici delittuosi», da un lato, si farebbe riferimento a qualsiasi attività delittuosa che comporti illeciti arricchimenti, anche senza ricorso a mezzi negoziali o fraudolenti, ricomprendendovi anche attività che si caratterizzano per la spoliazione o l'alterazione di un meccanismo negoziale o dei rapporti economici, sociali o civili.¹¹⁰ Un secondo indirizzo, farebbe riferimento al commercio illecito di beni tanto materiali quanto immateriali, o addirittura concernente esseri viventi.¹¹¹ Tali soluzioni, causa il carattere generico, non appaiono in grado di selezionare, i delitti la cui commissione possa costituire

¹⁰⁹ Cfr. GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, op. cit.

¹¹⁰ Tale primo orientamento è stato ribadito dalla Cass., n. 11846 del 2018.

¹¹¹ Cfr. Cass., n. 53003 del 2017.

un ragionevole presupposto per un giudizio di pericolosità prodromico all'applicazione della misura di prevenzione.

Da ultimo, sulla questione, è bene evidenziare come, subito dopo la pronuncia De Tommaso, una parte della dottrina aveva segnalato la carenza di tassatività, lamentata dalla Corte EDU con riguardo alle ipotesi di pericolosità generica, anche con riguardo alle ipotesi di pericolosità qualificata.

Per riempire di contenuto la normativa, diviene rilevante l'esistenza non solo di un contesto di relazioni e legami qualificanti con esponenti di famiglia mafiosa, ma si richiede, altresì, l'esistenza di dati indicativi di una relazione tra il sodalizio criminale e il soggetto proposto.¹¹²

Tuttavia, non risulta prevedibile quale sia la specifica condotta sussumibile in tali nozioni.¹¹³ Ma se tali considerazioni dimostrano che con riguardo alla nozione di «appartenenza», risulta incerto lo stesso oggetto di valutazione, le considerazioni in tema di «indizi», dimostrano che è incerto lo stesso criterio di valutazione. In definitiva, non si comprenderebbe quale sia il livello indiziario richiesto. A questo riguardo, la giurisprudenza, ha ritenuto sufficienti il tenore di vita, la frequentazione con pregiudicati e mafiosi, i precedenti penali e le altre concrete manifestazioni comportamentali contrastanti con la sicurezza pubblica.¹¹⁴

Proprio il richiamo a meri indizi, trasforma la fattispecie di pericolosità, nella sua fase constatativa, in una fattispecie di sospetto.¹¹⁵

3.2. Il profitto confiscabile al vaglio del principio di proporzionalità.

Nel corso di questo lavoro, non si è fatto mistero del problema che ha afflitto per lungo tempo la materia dell'ablazione patrimoniale: la nozione di profitto confiscabile, nonché la modalità con cui questo debba essere calcolato in concreto.

Tale questione, investe una scelta fondamentale tra il criterio del profitto lordo e quello del profitto netto. Una scelta non scontata e che, comunque, non

¹¹² Cfr. Cass., sez. VI, 29 gennaio 2014, n. 9747.

¹¹³ GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, op. cit., 18.

¹¹⁴ Cass. sez. I, 29 gennaio 2014, n. 974.

¹¹⁵ Si conferma, così, la valutazione di PINTO DE ALBUQUERQUE, quando afferma che «le misure di prevenzione sono nient'altro che pene del sospetto», Corte Edu, 23 febbraio 2017, *Partly dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque*.

scioglie i profili critici della questione. Resterebbero, infatti, ancora da determinare le modalità di computo in concreto del profitto, cioè i criteri di calcolo che l'interprete è chiamato ad adottare per delimitare l'oggetto della confisca, tanto di quella diretta quanto di quella per equivalente.¹¹⁶

È chiaro, che dalla risoluzione della questione relativa alla quantificazione del profitto illecito dipenda non solo, in concreto, il grado di afflittività che la misura infligge sui diritti fondamentali del suo destinatario, ma anche l'individuazione della natura giuridica della confisca e la sua essenziale funzione politico-criminale, così da poter individuare con chiarezza il suo statuto costituzionale.

Quello dell'individuazione della nozione di profitto confiscabile è un problema non certo nuovo nel panorama penalistico.¹¹⁷ Innanzitutto, partendo da una nozione generalmente condivisa di «profitto» è quella di utilità economica conseguita con la commissione del reato.¹¹⁸

Vi è inoltre, in relazione a tale aspetto, un problema di compatibilità tra la fisionomia della confisca e il principio di proporzionalità della pena, aspetto che qui si ha l'obiettivo di indagare.

Il principio di proporzionalità, garanzia fondamentale per il cittadino, è tradizionalmente ricavato dal combinato disposto degli artt. 3 e 27 Cost. Mentre il riferimento all'art. 3 Cost., risponde alla necessità di evitare che a fatti di diverso disvalore corrispondano diverse reazioni sanzionatorie,¹¹⁹ la valorizzazione dell'art. 27, comma 3, Cost., ha permesso al controllo sul rispetto della proporzionalità di svolgere un vaglio sulla intrinseca ragionevolezza delle scelte punitive del legislatore alla luce della gravità delle condotte riconducibili alla fattispecie legislativa astratta, a prescindere dall'evocazione di uno specifico *tertium comparationis*, se non all'unico fine di individuare *ex post* un trattamento sanzionatorio che possa sostituirsi a quello sproporzionato, in attesa del sempre

¹¹⁶ FINOCCHIARO, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente*, in *Sist. Pen.*, 2020.

¹¹⁷ Per un approfondimento sul punto, si rinvia a quanto trattato in precedenza nel cap. I §2.1.2 e 3.2.1.

¹¹⁸ Cfr. MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale*, VIII ed., 2019, 836; FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale*, VIII ed., 2019.

¹¹⁹ Si fa riferimento al c.d. principio di ragionevolezza.

possibile intervento del legislatore.¹²⁰ Questi due parametri si saldano con l'art. 27, comma 1, Cost. che, nel sancire il principio di personalità della responsabilità penale, richiede una individualizzazione del trattamento sanzionatorio, opponendosi all'idea di una sanzione punitiva fissa.

Ebbene, il quesito è relativo alla possibilità o meno che la confisca possa essere applicata in modo compatibile con il principio di proporzionalità delle pene, nei termini appena delineati.

La risposta, come in altre occasioni si è ammesso in questo lavoro, discende dalla natura giuridica che assume la confisca. A prima approssimazione, si potrebbe tendere per la risposta negativa e le ragioni ruoterebbero intorno al fatto che gli effetti ablatori della confisca non dipendono dal grado di responsabilità personale del colpevole o, più in generale, dalla gravità del fatto commesso, ma dal solo valore del vantaggio economico conseguito dalla commissione del reato. Più nel dettaglio, infatti, nel caso in cui fosse intesa come una misura punitiva, la confisca finirebbe per essere una pena di tipo patrimoniale, commisurata sulla base dell'ammontare dell'illecito arricchimento, un parametro di valutazione diverso rispetto ai criteri della gravità del fatto e del grado di colpevolezza che giustificano la misura dell'applicazione della pena sotto il profilo del canone di proporzionalità, baluardo di garanzia costituzionale della risposta punitiva.

Una confisca, in questi termini, intesa quale sanzione penale sarebbe foriera di dubbi sotto il profilo della legittimità costituzionale.¹²¹ A tal proposito, infatti, la confisca non è graduabile, cioè non è sottoposta ad alcuna operazione di gradazione in concreto secondo i parametri tipici fissati dall'art. 133 c.p. Tale operazione è ritenuta, ad avviso della stessa Corte Costituzionale, come indispensabile affinché la pena, sia essa principale oppure accessoria, sia conforme ai principi sanciti dalla Carta fondamentale.¹²²

¹²⁰ Le tappe fondamentali di tale evoluzione giurisprudenziali sono: Corte Cost. sent. 28 settembre 1993, n. 343; Corte Cost. sent. 3 dicembre 1993, n. 422; Corte Cost. sent. 5 dicembre 2018, n. 222; Corte Cost. sent. 8 marzo 2019, n. 40.

¹²¹ Cfr. in dottrina, TRINCERA, *Confiscare senza punire?*, op. cit., 387.

¹²² Cfr. Corte Cost. sent. 25 settembre 2018, n. 222; in senso analogo, Cass. sez. un., 28 febbraio 2019, n. 28910, Suraci, per cui l'art. 133 c.p. rappresenta un fondamentale strumento per consentire che il trattamento sanzionatorio risulti conforme ai principi di proporzionalità e individualizzazione della pena. Proprio in ragione di questa sua essenziale funzione la norma è ritenuta applicabile non si fini del calcolo della pena principale, ma anche della pena accessoria.

Si realizza, perciò, una concentrazione di strumenti punitivi che, proprio in ragione dell'impossibilità di sottoporre a modulazione quantitativa la confisca, comporterebbe una violazione del principio di proporzionalità e individualizzazione del trattamento sanzionatorio.

La dottrina, tuttavia, ha tentato di porre rimedio a tali ultime conclusioni, elaborando sul punto, una duplice possibile scelta:¹²³ o si sottopone la confisca a un rinnovato regime normativo che ne consenta la «graduabilità in concreto» e il coordinamento con altri istituti punitivi previsti dall'ordinamento; oppure si impedisce alla confisca di produrre effetti punitivi, imponendo, una volta per tutte, che essa abbia una funzione meramente ripristinatoria, come affermato da parte della dottrina, e che, quindi, svolga un ruolo diverso da quello delle pene principale e accessorie.

La strada più promettente, parrebbe essere la seconda, quindi di assegnare alla confisca una natura non già punitiva, bensì meramente ripristinatoria.¹²⁴

Come si è detto, in precedenza in questo lavoro, tale soluzione sarebbe perseguibile attraverso una precisa delimitazione del *quantum* confiscabile, che andrebbe calcolato attraverso il criterio del netto con la detrazione dei costi leciti, così che la confisca, in realtà, non impoverisca il reo, bensì lo riconduca all'esatta condizione patrimoniale in cui si sarebbe trovato in assenza del reato.¹²⁵

Ammettendo l'abbandono della concezione punitiva della confisca, allora, si consentirebbe di rinvenire lo statuto garantisco di riferimento proprio nelle norme, costituzionali e convenzionali, che presidiano il diritto oggetto di ingerenza statale: la proprietà. È possibile, a questo punto, che faccia capolino la preoccupazione che, pur di non rinunciare allo strumento della confisca, si accetti un abbassamento del livello di garanzie che presidiano questo istituto.¹²⁶ Tuttavia, pur costituendo una preoccupazione messa in luce dall'elaborazione dottrinarica, sarebbero infondate.

¹²³ FINOCCHIARO, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente*, op. cit., 38.

¹²⁴ *Ibidem*.

¹²⁵ Cfr. in giurisprudenza, Cass. sez. un., 27 marzo 2008, Fisia Italpimpianti S.p.a., n. 26654.

¹²⁶ Cfr. in dottrina, MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019.

Innanzitutto, si deve osservare come le norme che tutelano la proprietà privata impongano un controllo di legittimità scandito in tre momenti: la previsione attraverso una legge che possa consentire ai destinatari di prevedere la futura possibile applicazione di tali misure; l'essere la restrizione necessaria rispetto agli obiettivi perseguiti dalla legge, e pertanto in proporzione ad essi; l'applicazione all'esito di un procedimento conforme ai canoni generali di ogni giusto processo così come garantito dall'art. 111 Cost. e 6 CEDU.¹²⁷

È proprio sul requisito della proporzionalità che si apprezzerebbero le principali ricadute garantistiche positive in materia di confisca. Come si è visto, infatti, la misura ablatoria è per sua natura incapace ai canoni della proporzionalità delle pene, ma ciò non toglie che la misura resti soggetta alla proporzionalità quale requisito di qualsiasi misura che limita diritti fondamentali.¹²⁸

L'applicazione del principio di proporzionalità secondo tale impostazione costituzionale, avrebbe risvolti positivi sotto più punti di vista.¹²⁹ Sul piano sostanziale, soprattutto, la proporzionalità della confisca sarebbe da individuare nella necessaria coincidenza, e non eccedenza, del valore dei beni confiscati rispetto al valore del vantaggio economico che la persona ha tratto dal reato, calcolata secondo il criterio del netto mediante detrazione dei costi leciti sopraenunciato, abbandonando ogni altro criterio che attribuisca effetti punitivi alla misura. La confisca sarebbe, dunque, proporzionata ogni volta che i beni confiscati siano stati acquisiti illecitamente, mediante la commissione del reato, e ciò in quanto si ritiene che non possa essere sproporzionata una misura che si limiti a sottrarre alla persona quello che non ha diritto di possedere.¹³⁰

¹²⁷ Si tratta delle tre condizioni alle quali la Corte costituzionale ha subordinato la legittimità costituzionale della confisca di prevenzione, che pur non avendo natura penale incide pesantemente sui diritti di proprietà e di iniziativa economica, cfr. Corte cost. sent. 24 del 2019, cit., § 10.4.3.

¹²⁸ Cfr. Corte cost. sent. n. 112 del 2019, che ha affermato che il principio di proporzionalità, laddove vengano in rilievo provvedimenti diversi da quelli limitativi del diritto di libertà personale, vada ricavato non già dal comb. disp. degli artt. 3 e 27 Cost., ma dal collegamento tra la prima norma con le norme costituzionali che tutelano il diritto di volta in volta inciso dalla misura. Dunque, per la confisca, la proprietà personale di cui all' art. 42 Cost. e, per il tramite dell'art. 117 Cost., all'art. 1 Prot. add. CEDU.

¹²⁹ Per l'insieme dettagliato dei risvolti positivi, anche in tema processuale, cfr. FINOCCHIARO, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito*, op. cit.

¹³⁰ FINOCCHIARO, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito*, op. cit., 42.

Ancora, seguendo la stessa logica, secondo parte della dottrina,¹³¹ andrebbe abbandonata la prassi giurisprudenziale, sebbene maggioritaria, che ritiene applicabile la misura ablatoria a uno qualsiasi dei concorrenti nel reato, in quanto tale meccanismo si spiegherebbe esclusivamente nell'ottica punitiva della confisca, in base alla quale si considerano egualmente responsabili i correi, mentre andrebbe superata qualora si scegliesse una logica meramente ripristinatoria dell'istituto.

In conclusione, si può ribadire quanto riportato in apertura del paragrafo, cioè che l'assegnazione di una natura punitiva o meno della confisca, dipende, certamente, dal *quantum* del profitto confiscabile e, ancora più in generale, dal suo effetto di ripristino, o impoverimento, patrimoniale rispetto alla situazione patrimoniale antecedente alla commissione dell'illecito.

Nella prospettiva di rendere quanto più coerente il sistema dell'ablazione patrimoniale in oggetto con il principio fondamentale e ineludibile di proporzionalità e individualizzazione della pena, la funzione ripristinatoria sembra la più soddisfacente, sia per ciò che riguarda la confisca diretta sia quella "di valore", riconducibili su un unico binario: quello del *genus* della confisca della ricchezza illecita, volta a rimuovere i vantaggi economici conseguiti illecitamente, piuttosto che a punire il soggetto.

3.3. La responsabilità penale personale nel sistema delle confische.

Trovando la confisca legittimazione nel principio secondo cui il reato e, in genere, l'attività illecita non possono rappresentare un titolo legittimo di acquisto della proprietà, essa, in linea teorica, potrà colpire anche beni che appartengono a soggetti cui non può essere personalmente rimproverato il fatto antigiuridico produttivo della ricchezza illecita. In altri termini, non trovando applicazione il principio di personalità della responsabilità penale, la confisca della ricchezza illecita non soggiacerebbe al principio di colpevolezza.¹³²

Ciò impone, innanzitutto, la possibilità che la confisca trovi applicazione nei confronti degli eredi e degli altri soggetti diversi dall'autore del reato e diversi

¹³¹ *Ibidem.*

¹³² TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, op. cit., 421.

da coloro che hanno concorso con questi nella commissione dell'illecito, dunque, diversi dai soli soggetti passibili di rimprovero per la realizzazione del fatto illecito.

L'affermazione del principio secondo cui l'applicazione della confisca presuppone una dichiarazione di colpevolezza dell'imputato consacrata in una sentenza di condanna,¹³³ rappresenta in realtà la conseguenza obbligata del riconoscimento della natura autenticamente punitiva della confisca in parola. L'inflizione della pena richiede un giudizio di responsabilità che deve essere cristallizzato in una sentenza di condanna. Tale principio varrebbe anche nel caso di intervenuta prescrizione, cioè il momento a partire dal quale viene meno l'interesse pubblico alla repressione dei reati, e quindi all'esercizio della potestà punitiva. Dunque, trascorso il tempo necessario a prescrivere il reato, non sussiste più alcuna ragione che giustifichi l'inflizione della sanzione.¹³⁴

Tuttavia, la prospettiva cambia radicalmente laddove si consideri che la confisca della ricchezza illecita non sia una misura a carattere afflittivo e sanzionatorio, ma uno strumento con l'obiettivo di riportare la situazione patrimoniale dell'autore del reato nelle condizioni in cui si trovava prima della consumazione dell'illecito. In questo caso, pertanto, l'eventualità che la misura possa essere disposta con un provvedimento diverso dalla vera e propria sentenza di condanna, ad esempio in quello che dichiara l'estinzione del reato per intervenuta prescrizione, non pare si ponga necessariamente in contrasto con i diritti fondamentali dell'individuo.

Piuttosto, allora, una tale eventualità solleva il problema di assicurare un effettivo e compiuto accertamento circa la provenienza illecita dei beni, accertamento necessario a impedire che la confisca si risolva in una limitazione arbitraria del diritto fondamentale di proprietà.¹³⁵

¹³³ Cfr., rispetto alla confisca urbanistica, Corte EDU *caso Varvara*.

¹³⁴ In senso difforme cfr. *G.I.E.M e altri c. Italia*.

¹³⁵ Sul punto, si approfondirà infra §3.4.2.

3.3.1. Il caso della confisca per equivalente nella sentenza della Corte di Cassazione, Sez. III, n. 46973 del 2018.

Il tema accennato nel paragrafo che precede, ha l'indubbio merito di ricoprire una importanza di primo ordine, sia in relazione al sistema penalistico sostanziale, in senso lato inteso, sia per il fatto che permette, nuovamente, di svolgere ulteriori considerazioni sulle ricadute della natura giuridica delle misure oggetto di questo studio sui principi fondamentali costituzionali e convenzionali, quale il principio di presunzione di innocenza.

A tal fine, la sentenza in oggetto analizza, in modo approfondito, la compatibilità costituzionale della confisca per equivalente, nella specie nei reati tributari, in relazione al principio di personalità della responsabilità penale *ex art. 27*, comma 1, Cost. e uguaglianza, per il tramite del giudizio di ragionevolezza intrinseca di cui all'art. 3 Cost. Per la prima volta, sono state portate all'attenzione della Corte, tutte le criticità e le tensioni costituzionali di un istituto applicato laddove risulti impossibile la previa applicazione della confisca diretta.

Si anticipa, fin da ora, che la sentenza risolve la questione di legittimità costituzionale nel senso di una manifesta infondatezza.

La Corte, nel risolvere la questione di legittimità, definisce innanzitutto la natura giuridica della confisca per equivalente, optando per il carattere prettamente sanzionatorio della confisca per equivalente, «in linea con la giurisprudenza costituzionale», almeno quella maggioritaria, tradizionalmente consolidata.¹³⁶

In relazione all'art. 27 Cost., la Corte, non condivide le censure di legittimità da parte del ricorrente, poiché anche la confisca per equivalente deriverebbe dal disvalore insito nella condotta delittuosa commessa dal legale rappresentante in seno alla società. Il complessivo disvalore della condotta di omesso versamento, e la conseguente risposta sanzionatoria dello Stato, derivano non soltanto dalla norma penale incriminatrice dell'omesso versamento, ma da questa considerata insieme alla confisca per equivalente.¹³⁷

Nel caso di specie, si evidenzia che già dal momento in cui l'agente pone in essere il reato tributario, in virtù del rapporto organico che lo lega alla Società, è

¹³⁶ Cfr. Corte Cost. ord. n. 301 del 2009.

¹³⁷ DELLA VOLPE, *La ritenuta legittimità costituzionale della confisca per equivalente nei reati tributari*, nota alla sent. Cass. pen., sez. III, 16 ottobre 2018, n. 46973, in *Giur. Pen.*, n. 10, 2018.

già consapevole che la sua condotta è destinata a produrre un vantaggio illecito in capo alla società ed in relazione al fatto così complessivamente considerato l'ordinamento appresta una reazione composta da una pluralità di sanzioni eziologicamente collegate al suo comportamento illecito.¹³⁸

La questione è presto risolta per la Corte, per cui la previsione di una sanzione, come la confisca per equivalente, affiancata alla sanzione penale principale derivante dal disvalore insito nella condotta del reo che ha generato il profitto in capo alla società, compone un assetto normativo privo di profili di irragionevolezza, coerente con la *ratio legis* della disposizione censurata.

Tuttavia, la soluzione della Corte non porta a fugare tutti i dubbi che ruotano intorno alla misura in oggetto. In particolare, si fa riferimento alla circostanza che l'applicazione della sanzione penale è subordinata alla casuale impossibilità di una misura di sicurezza patrimoniale. Nella sentenza, la Corte ammette pure che il passaggio dalla misura di sicurezza, cioè dalla confisca diretta, alla sanzione penale, cioè alla confisca per equivalente, sia del tutto casuale. Ma ciò, è intrinsecamente legato al modo di essere della confisca. Proprio la casualità dell'applicazione della sanzione penale è ciò che viene in rilievo in relazione al principio di personalità della responsabilità penale.¹³⁹ In tal caso, non basterebbe parlare del disvalore sotteso alla condotta e al profitto creato in capo alla società, per giustificare la compatibilità della confisca per equivalente con il principio di personalità della responsabilità penale. Vi è, infatti, un dato ineludibile, già più volte richiamato, cioè che la confisca per equivalente va applicata solo in caso di impossibilità di quella diretta. Ciò che veramente rileva, per l'applicazione della sanzione penale non è un modo di essere della condotta, bensì un dato ad essa esterno: la impossibilità della confisca diretta.

Nell'interpretazione della Corte, inoltre, si cerca di restituire in maniera unitaria l'apparato sanzionatorio a fronte dell'unica condotta delittuosa causale

¹³⁸ L'assetto sanzionatorio complessivamente considerato trova fondamento nella *ratio* di disincentivare le condotte delittuose in base al principio per cui «il crimine non paga».

¹³⁹ Cfr. MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d'autore*, in *Cass. Pen.*, 2016, n. 7-8, 2719 ss., secondo cui risulta ovvio che, sfumando totalmente nella confisca di valore qualsiasi nesso di pertinenzialità col reato, diviene essenziale intendersi su ciò che costituisce "oggetto" del profitto, dal momento che è solo la impossibile aggressione diretta che legittima la traslazione del titolo ablativo nella forma di confisca per equivalente. Il che, a ben vedere, offre spazio a possibili dubbi di legittimità costituzionale.

rispetto al profitto illecito. Vi è una complicazione ineliminabile: quella di costruire l'assetto sanzionatorio in base ad un nesso tra due istituti ontologicamente diversi, vale a dire la confisca diretta da un lato, e la forma per equivalente, dall'altro. Ciò che veramente unisce il reato alla confisca per equivalente è, infatti, la confisca diretta: dal reato si può pervenire alla confisca per equivalente solo passando dalla impossibilità della confisca diretta la quale, avendo natura di misura di sicurezza, nulla ha a che vedere con il disvalore della condotta e, quindi, con l'art. 27, comma 1, Cost.

E allora, ben si comprende quale sia la tensione di fondo con il principio di personalità della responsabilità penale: la confisca per equivalente deriva da una vicenda casuale legata ad una misura di sicurezza che, in quanto tale, non deve rispettare l'art. 27 Cost.

Quindi, non si può recuperare il disvalore sotteso alla confisca per equivalente nell'unica condotta delittuosa produttiva del profitto illecito, perché alla stessa conseguirebbe in primo luogo, accanto alla pena principale, non una ulteriore sanzione penale, ma una misura di sicurezza completamente sganciata dal disvalore della condotta e legata alla pericolosità della *res*.¹⁴⁰

3.4. Le tensioni con il principio di presunzione di innocenza sancito a livello costituzionale e sovranazionale. Il sistema della confisca di prevenzione.

Il rapporto tra presunzione di innocenza e misure incidenti sulla proprietà o sulla disponibilità dei beni, sta caratterizzando, sempre di più, il dibattito a livello sovranazionale ed interno. In particolare, il tema è legato alle iniziative legislative segnate da una marcata inversione dell'onere probatorio, per cui risulta prestare attenzione alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

A livello di ordinamento interno, tale riflessione si impone anche ai fini di una ricostruzione sistematica delle misure di prevenzione.

Come si evince da quanto esposto fino a qui, la confisca ha attraversato, negli ultimi decenni un'intensa evoluzione strutturale che l'ha consacrata a

¹⁴⁰ Cfr. in dottrina, PULITANÒ, *Diritto penale*, Torino, 2013, 543.

principale strumento nelle strategie di contrasto della dimensione economica della criminalità.

Va sempre più affermandosi, a livello europeo ed internazionale, l'orientamento tendente ad introdurre o a rafforzare forme speciali di confisca, che, pur inserite nel processo penale, sono basate su meccanismi di semplificazione probatoria con riguardo all'origine illecita dei beni, e caratterizzate dall'espansione dell'oggetto dei provvedimenti, dalla sintomaticità dei presupposti e dalla semplificazione dell'onere probatorio sull'accusa.¹⁴¹

Alla confisca tradizionale, con le sue difficoltà nel contribuire in modo efficace ad una azione pienamente efficace di contrasto del crimine organizzato, si sono affiancati nuovi tipi di confisca che non sono limitati al profitto ottenuto in virtù del singolo reato, bensì hanno come obiettivo quello di intaccare centri di ricchezza tali da legittimare e giustificare forme di controllo maggiormente efficaci e incisive, che si ricollegano a forme sintomatiche di pericolosità e all'alleggerimento dell'onere probatorio sull'accusa nella dimostrazione della derivazione illecita dei patrimoni appartenenti a soggetti inseriti in associazioni delittuose.¹⁴²

Tale percorso evolutivo, caratterizzato dall'esclusione di un diretto collegamento eziologico tra i beni confiscabili e lo specifico reato accertato, è suscettibile, in tal modo, di applicare le misure patrimoniali su beni derivanti da fatti che non formano oggetto del giudizio penale,¹⁴³ entrando naturalmente in tensione con la presunzione di innocenza, sancita a livello convenzionale, dall'art. 6 §2 CEDU.

Tale presunzione, rientra tra i principi che vengono riconosciuti dalla Corte di Strasburgo in relazione al processo penale inteso in senso ampio e cioè comprensivo anche dei procedimenti volti all'applicazione dell'illecito amministrativo-punitivo. Essa vincola non solo l'autorità giudiziaria competente per il processo penale, ma pure gli altri organi dello Stato. La sua violazione può

¹⁴¹ FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie*, 1997.

¹⁴² BALSAMO, *Il rapporto tra forme "moderne" di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. Pen.*, 2007, n. 10, 3931 ss.

¹⁴³ MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, 2001, 836.

avvenire anche da un'inversione dell'onere della prova, come meglio si vedrà successivamente.¹⁴⁴

La questione della compatibilità tra le moderne misure patrimoniali e la presunzione di innocenza è stata più volte affrontata, e risolta positivamente, dalla Corte europea dei diritti dell'uomo.

In numerose pronunce, infatti, la Corte è giunta ad escludere la possibilità di un contrasto tra le misure di prevenzione patrimoniali e la presunzione di innocenza di cui all'art. 6 § 2 CEDU, sulla base del rilievo che l'ambito di operatività della disposizione citata non ricomprenderebbe le misure in oggetto, le quali hanno una funzione e una natura distinte rispetto alle sanzioni penali, in quanto non implicano l'accertamento di un reato e della colpevolezza dell'imputato ma tendono a prevenire la commissione di delitti da parte di soggetti ritenuti pericolosi.¹⁴⁵

La Corte di Strasburgo ha considerato la confisca di prevenzione come una forma di regolamento dell'uso dei beni giustificata dall'interesse generale in conformità all'art. 1 § 2 del Protocollo n.1 addizionale alla CEDU, che rimette agli Stati l'adozione delle normative interne a tale scopo.¹⁴⁶

A tal proposito, la Corte ha sottolineato le preoccupanti dimensioni del fenomeno della criminalità organizzata in Italia: poiché «gli enormi profitti che le organizzazioni mafiose traggono dalle loro attività illecite conferiscono a tali associazioni un potere che mette in causa il primato del diritto all'interno dello Stato», la confisca di prevenzione appare proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito. Inoltre, la Corte ha affermato che le misure di prevenzione patrimoniali restano soggette alle garanzie stabilite dall'art. 6 § 1 CEDU per le controversie relative a diritti e obbligazioni di carattere civile, e, al fine di escludere che tale disposizione sia stata violata, ha evidenziato l'insieme di garanzie insite nel relativo procedimento, che viene a svilupparsi secondo il principio del contraddittorio.¹⁴⁷

¹⁴⁴ Sul punto, cfr. *infra* §3.4.1.

¹⁴⁵ Cfr. Corte EDU, 22 febbraio 1994, *Raimondo c. Italia*; in senso analogo, Corte EDU, 15 giugno 1999, *Prisco c. Italia*.

¹⁴⁶ BALSAMO, *Il rapporto tra le "moderne" forme di confisca e presunzione di innocenza*, op. cit., 3934.

¹⁴⁷ BALSAMO, *Misure di prevenzione patrimoniali. Profili processuali*, in *La legislazione antimafia*, MEZZETTI, LUPÀRIA DONATI (diretto da), 2020, 760 ss.

Deve rilevarsi che, nel verificare la compatibilità della confisca di prevenzione con i principi convenzionali in tema di giusto processo, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha proceduto ad una ricca analisi riguardo all'esistenza di una effettiva garanzia giurisdizionale nella prassi applicativa, soffermandosi altresì sulla concreta dinamica probatoria sottesa al corrispondente giudizio e sul carattere relativo alla presunzione di derivazione illecita dei beni.¹⁴⁸

3.4.1. Giustificazione della provenienza lecita dei beni nella confisca allargata e di prevenzione: inversione dell'onere della prova o mero onere di allegazione?

Nell'ottica repressiva delle misure patrimoniali in oggetto si colloca, poi, l'ulteriore requisito di applicabilità che si salda con gli altri presupposti. Esso prevede che siano sottoposti a confisca i beni di cui il condannato non riesca a giustificare la provenienza, presupposto che accentua ulteriormente la riduzione delle garanzie della situazione soggettiva dell'interessato.¹⁴⁹

Innanzitutto, la già rilevata indeterminatezza del concetto di sproporzione del valore del patrimonio, influisce anche sulla portata dell'onere probatorio posto a carico dell'interessato. Tale aspetto non è da sottovalutare, soprattutto se si tiene a mente che l'interessato risulta già penalizzato dall'assenza di significatività probatoria della delimitazione temporale del presunto illecito accrescimento patrimoniale e del rapporto di derivazione causale tra le disponibilità patrimoniali sospette ed il reato presupposto.

Quanto al contenuto di tale onere probatorio, dopo molteplici pronunce sul fatto che spetti all'accusa fornire una pluralità di indizi gravi, precisi e concordanti, circa l'origine illecita dei beni, o viceversa, in senso difforme, incomba sull'imputato l'onere di provare la legittima provenienza dei beni, la giurisprudenza, ha rigettato l'eccezione di illegittimità costituzionalità dell'art. 12 *sexies*, sulla confisca c.d. allargata.¹⁵⁰ In particolare, in tale occasione, in linea con

¹⁴⁸ Cfr. Corte EDU, sez. III, 1 marzo 2007, *Geerings c. Paesi Bassi*, con nota di BALSAMO, *Confisca e presunzione di innocenza*, op. cit., 2007.

¹⁴⁹ BARGI, "Processo al patrimonio" e principi del giusto processo, in *La giustizia patrimoniale penale*, BARGI, CISTERNA, 2011, 23 ss.

¹⁵⁰ Cass. sez. VI, 15 aprile 1996, Berti.

i principi enunciati dalla Corte Costituzionale, i giudici di legittimità osservarono che tale disposizione non avrebbe introdotto una inversione dell'onere della prova ma «una mera presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale, trasferendo sul soggetto che ha la titolarità o la disponibilità dei beni l'onere di giustificare la provenienza, con l'allegazione di elementi che pur non avendo la valenza probatoria civilistica in tema di diritti reali, possessori e obbligazionari siano idonei a vincere tale presunzione».

Tuttavia, pur a fronte di tale convincente impostazione, il citato onere di allegazione non sembrerebbe dissimile dall'inversione dell'onere della prova, secondo una parte della dottrina.¹⁵¹ Ciò, in quanto, anche a voler ritenere che a tenore dell'orientamento sopraesposto, il soggetto non sarebbe tenuto ad una giustificazione qualificata dei beni, tuttavia, l'esclusione dell'inversione della prova richiede come condizione che spetti all'accusa di fornire ulteriori indizi circa la riferibilità dell'accumulazione dei beni quale conseguenza della condotta illecita del reo, vissuta con continuità, e non in modo episodico, come sottolineato in precedenza in questo lavoro.

Infatti, l'onere di allegazione si risolve comunque nell'obbligo per il soggetto di allegare la prova contraria e, quindi, di violare il silenzio che, in contraria ipotesi, finirebbe per dare valore di prova ad indizi di per sé insufficienti, così che per tale via il silenzio perderebbe il valore di garanzia contro l'autoincriminazione, tipico, invece, dell'impianto processuale penale.

Viceversa, la *ratio* dell'art. 27, comma 2, Cost., comporta a carico dell'accusa di provare il capo d'imputazione, cosicché l'onere di allegazione che grava sull'imputato attiene ad una proposizione probatoria, anche solo di spessore indiziario, mentre nella specie è chiamato a contrastare una mera presunzione probatoria, nel quale ne risulta un tasso di illegittimità della disposizione: viene data dignità di prova, cioè, ad una ipotesi accusatoria priva dell'adeguata dimostrazione probatoria, in quanto fondata principalmente sulla dedotta sproporzione di valore, disancorata dalla prova della sua provenienza da una condotta illecita dell'imputato.

¹⁵¹ Cfr. per tutti, CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963; BARGI, *Processo al patrimonio*, op. cit., 25.

Per tale via, si fa strada il principio dell'onere della prova di matrice civile,¹⁵² estraneo al processo penale. In questo, difatti, vige il principio, desumibile dall'art. 27, comma 2, Cost., secondo cui spetta all'organo dell'accusa provare la fondatezza dell'azione e la completezza del dato probatorio, così che, in caso di loro assenza il giudice deve pervenire ad una decisione favorevole al soggetto accusato, anche se questi non abbia adempiuto a provare la sua estraneità all'addebito mossogli.

In tale quadro, dunque, bisogna prendere atto della tecnica normativa che, mediante la presunzione legale di pericolosità della *res* di pertinenza del soggetto, mira ad incidere sulla regola di decisione, depotenziando in tal modo la difesa nei confronti della tesi accusatoria.¹⁵³

Perciò, è la legge stessa che si preoccupa di stabilire un certo assetto nei rapporti da provare per un dato effetto costitutivo e fatti la cui prova contraria può impedire quell'effetto sul presupposto che le presunzioni legali hanno per l'appunto l'effetto di dispensare dalla prova coloro a favore dei quali esse sono stabilite, con l'evidente finalità di facilitare la tutela sostanziale di talune situazioni giuridiche.

Poiché l'onere di dimostrazione della parte pubblica non attiene alla fondatezza della misura ablatoria, ma si fonda essenzialmente sulla connessione soggettiva del bene di valore sproporzionato con un soggetto presunto delinquente per condotta di vita, più che il rapporto tra la *res* ed il reato, viene in evidenza un particolare effetto della presunzione legale di illiceità di quei beni, che si traduce in una sostanziale «*relevatio ab onere probandi*»¹⁵⁴ nei confronti dell'accusa e nasconde un'atipica inversione dell'onere probatorio, atteso che le due espressioni sono fungibili.¹⁵⁵

In tal modo, però, risultano invertite le regole probatorie, con evidenti ricadute sul giudizio connesso al principio di presunzione di non colpevolezza dell'imputato per effetto dello sbilanciamento dell'onere probatorio in danno al

¹⁵² Tale principio «ripartisce tra le parti l'onere di provare i fatti che costituiscono il fondamento delle loro pretese al fine di fornire al giudice gli elementi di decisione relativi alle questione di fatto», così PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Trattato*, IUDICA, ZATTI, Milano, 2010.

¹⁵³ Secondo autorevole dottrina, la presunzione sarebbe solo apparentemente *iuris tantum*, in realtà si risolverebbe in una *probatio diabolica*, così BARGI, op. cit., 25.

¹⁵⁴ L'efficace espressione è di BARGI, *ibidem*.

¹⁵⁵ Cfr. CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, op. cit.

soggetto chiamato a provare l'infondatezza dell'accusa ed a superare gli effetti della presunzione legale, a fronte di quello posto a carico del pubblico ministero.

A tenore dell'indirizzo consolidato della giurisprudenza, deve concludersi che la condanna per uno dei delitti previsti dall'art. 12 *sexies* rappresenta l'occasione, più che la ragionevole giustificazione, della misura ablativa.¹⁵⁶

D'altronde, è stato confermato a più riprese che la misura patrimoniale sia di fatto ritenuta in concreto omologa ad una *actio in rem*,¹⁵⁷ connessa alla presunta pericolosità dei beni piuttosto che alla condizione soggettiva del reo, aspetto riscontrabile nell'indirizzo secondo cui in caso di prescrizione sarebbe applicabile la confisca obbligatoria in questione, perché essa riguarda cose considerate oggettivamente criminose, in quanto considerate tali dal legislatore per il loro collegamento con uno specifico fatto-reato.¹⁵⁸

Per ciò che riguarda, nello specifico, la confisca di prevenzione, il d.l. n. 92 del 2008, lascia invariati i presupposti di applicabilità della misura, introducendo all'art. 2 *ter*, comma 2, l. 575/1965, un'autonoma disciplina per l'individuazione dei beni confiscabili, ripercorrendo quasi integralmente l'art. 12 *sexies*, d.l. 306/1992, secondo cui è sempre disposta la confisca del denaro, dei beni o delle altre utilità di cui il condannato non può giustificare la provenienza e di cui, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulta essere titolare o avere la disponibilità a qualsiasi titolo in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica; si aggiunge nella sola parte finale la confiscabilità anche dei beni «che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego».

Il legislatore del 2008, nel riprendere il testo dell'art. 12 *sexies*, ha chiaro che la legge richiede, quale requisito della confisca penale, la sola sproporzione tra redditi o attività economica svolta e beni. La giurisprudenza, con riferimento a tale norma, ha precisato che la sproporzione tra il valore dei beni posseduti

¹⁵⁶ Atteso che la semplice sproporzione del patrimonio rispetto al reddito e alla capacità economica è un dato che connota anche altre situazioni di accertamento patrimoniale, ma senza alcuna ripercussione di ordine penale.

¹⁵⁷ Cfr. in modo difforme, MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, op. cit., 196, secondo cui lo stretto collegamento alla pronuncia di responsabilità penale, accertata o indiziata, non risulta coerente con l'inquadramento di una vera e propria *actio in rem*.

¹⁵⁸ Così, Cass. sez. II, 25 maggio 2010, in *Mass. Uff.* n. 248409.

dall'interessato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica comporta che il giudice, una volta apprezzata la sproporzione rispetto al dato ufficiale, non deve spingersi a ricercare una situazione contrastante con il dato documentale.¹⁵⁹

È in questo contesto presuntivo, nel quale la misura ablatoria non è orientata al fatto, ma all'autore, che si inserisce la possibilità di dimostrare la legittima provenienza dei beni oggetto di apprensione.¹⁶⁰ Invero, approfondendo gli argomenti maggiormente ostici, occorre notare come i tratti critici già visti in precedenza, non siano attenuati dalla giurisprudenza volta ad escludere l'esistenza di una reale inversione dell'onere *probandi* e ad affermare un onere di spiegazione attendibile e precisa circa la lecita provenienza delle disponibilità patrimoniali sospette.¹⁶¹

Tuttavia, il legislatore, ad opinione della dottrina,¹⁶² avrebbe ignorato che per la confisca di prevenzione è già sufficiente, sotto il profilo indiziario, la mera sproporzione, e non tiene conto della diversità degli istituti, penale e di prevenzione, fondati su diversi presupposti e fondamenti, che consistono nella condanna «al di là di ogni ragionevole dubbio», in funzione repressiva, e dall'indizio di «appartenenza ad associazione mafiosa» e di commissione di vari reati ovvero di pericolosità semplice, in funzione preventiva.

Dopo l'identico riferimento alla sproporzione tra beni e redditi, è presente il riferimento ai «beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego», in quanto la provenienza illecita dei beni costituisce una caratteristica strutturale che deriva dall'accertata pericolosità sociale. Il legislatore, sembra evocare la prova di tale provenienza che si contrapporrebbe alla mera sufficienza indiziaria derivante dalla sproporzione tra redditi e valore dei beni, creando rilevanti problemi interpretativi.

In astratto, la modifica consente di prospettare diverse interpretazioni, tuttavia, la dottrina, ritiene di escludere la praticabilità delle interpretazioni che modificano l'attuale riparto dell'onere interpretativo, ritenendo più convincente che la previsione dei presupposti della confisca non abbia, in realtà, apportato alcuna

¹⁵⁹ Cass. Pen., sez. V, 25 settembre 2007, n. 39048, Casavola e altri, in CED Cass., n. 238216.

¹⁶⁰ TRINCHERA, *Confiscare senza punire?*, op. cit., 335 ss.

¹⁶¹ D'ASCOLA, *Il progressivo sdoppiamento della confisca*, op. cit., 179.

¹⁶² Cfr. MENDITTO, *Le sezioni unite verso lo "statuto della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale"*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2014.

innovazione sostanziale al tenore complessivo della regolamentazione dei presupposti e dell'onere probatorio gravante sulle parti, così come previsto prima della modifica del 2008.

Dunque, sono utilizzabili i principi elaborati in precedenza alle modifiche del c.d. pacchetto sicurezza: nella fase della confisca, fermo restando l'onere probatorio suindicato a carico dell'accusa, e di verifica del Tribunale, il proposto può dare corso a un onere che si può definire di allegazione¹⁶³, diretto a sminuire o elidere gli elementi emersi nei suoi confronti. Non ricorrerebbe, perciò, un'inversione dell'onere della prova in tema di legittima provenienza dei beni.

Pur essendo data all'interessato la facoltà di contrapporre agli indizi raccolti dal giudice elementi che ne contrastino la portata ed elidano l'efficacia probatoria degli elementi indizianti offerti dall'accusa, tuttavia, rimane intatto l'obbligo del giudice di individuare ed evidenziare gli elementi da cui risulta che determinati beni siano di valore sproporzionato rispetto al reddito dichiarato o all'attività economica svolta, raccogliendo, poi, sufficienti indizi sulla circostanza che i predetti beni siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego.¹⁶⁴

In definitiva, il tema della sufficienza indiziaria della provenienza illecita dei beni, alla luce dell'onere di allegazione a carico del proposto, che può giustificare la legittima acquisizione, non attiene alla natura della confisca di prevenzione. Si tratta di presupposto normativo che ben può essere delineato su presunzioni, dopo l'accertamento dei presupposti di applicabilità della misura personale, compatibile con i principi costituzionali relativi al diritto di difesa, per la possibilità di giustificare la provenienza, e al diritto di proprietà di cui all'art. 42 Cost.¹⁶⁵

La stessa giurisprudenza sovranazionale, si è espressa sul tema, ritenendo compatibile in linea generale con la Convenzione dei diritti dell'uomo, tanto sotto il profilo della garanzia di un equo processo, quanto sotto il profilo dell'ingerenza

¹⁶³ Spesso richiamato dalla Corte Costituzionale al fine di salvare talune fattispecie di sospetto dal paventato contrasto con l'art. 27, co. 2, Cost. Cfr. Corte Cost., sent. 20 giugno 2008, n. 225, ha sottolineato come la presunzione di non colpevolezza non investa «il modo di provare i fatti di reato»; in senso analogo, Corte Cost., 15 aprile 1981, n. 65.

¹⁶⁴ Cfr. in giurisprudenza, Cass. Pen, sez. V, 28 gennaio 1998, n. 479, De Fazio, in *CED Cass.*, n. 210012; Trib. Napoli, sez. app. mis. prev., 9 dicembre 2010.

¹⁶⁵ MENDITTO, *Le sezioni unite verso lo statuto della confisca di prevenzione*, op. cit.

del potere pubblico nel pacifico godimento della proprietà privata, un procedimento che, pur fondandosi su un meccanismo di inversione dell'onere della prova, non lasci aprivo di garanzia il destinatario della misura ablativa, in particolare consentendogli di dimostrare la legittima provenienza dei beni così da superare la presunzione legale.¹⁶⁶

3.5. La natura giuridica delle confische in rapporto al doppio binario sanzionatorio.

La dilatazione del concetto di pena, incide in maniera determinante sulla dimensione del *ne bis in idem* sostanziale, che implica una serie di importanti ricadute applicative.¹⁶⁷

A partire dalla sua introduzione e, specialmente, negli anni Novanta, la confisca di prevenzione si è progressivamente trasformata in una risposta giurisdizionale dal valore prettamente punitivo, rivolta anche a nuove tipologie di destinatari.

Il tema che si ha l'obiettivo di approfondire attiene all'osmosi fra processo penale e sistema di prevenzione e, in particolare, alla trasformazione del sistema di prevenzione da misure *praeter delictum*, quindi finalizzate a prevenire la commissione del reato, a misure *post delictum*, vale a dire a misure applicate a soggetti nei cui confronti emergono indizi della commissione di certi reati considerati sintomatici della pericolosità qualificata. La misura di prevenzione, oggi, surroga e, a volte, accompagna una misura di carattere penale.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Cfr. Corte EDU, sez. IV, 5 luglio 2001, *Philips c. Regno Unito*, ha dichiarato non applicabile l'art. 6 § 2 CEDU al procedimento di irrogazione di una misura disciplinata dal *Drug Trafficking Act* del 1994, che consentiva la confisca di tutti i beni acquistati da una persona condannata per traffico di stupefacenti nei sei anni precedenti, sulla base della presunzione che detti beni rappresenterebbero il provento dell'attività di spaccio di droga.

¹⁶⁷ Cfr. sul punto, MAZZACUVA, *Ne bis in idem ed ampliamento dei confini della materia penale*, in *Idem, Le pene nascoste*, op. cit., 323.

¹⁶⁸ MAZZA, *Dalla confisca di prevenzione alla pena patrimoniale*, in *Arch. Pen.*, maggio-agosto 2019, n. 2, 421-426.

Secondo la dottrina più critica, il processo di prevenzione, a sua volta, sarebbe divenuto un “sostituto” del processo penale, con il quale condividerebbe, a questo punto, la medesima funzione servente alla risposta punitiva statale.¹⁶⁹

Il presupposto applicativo delle misure di prevenzione *post delictum*, riferibili ai casi di pericolosità qualificata, sarebbe sovrapponibile alla responsabilità per la commissione di un reato. Ciò che cambia rispetto al processo penale è solo l'entità di prova necessaria per giungere alla condanna e all'irrogazione della pena, *sub specie* della nuova categoria della pena patrimoniale costituita dall'ablazione dell'intero patrimonio di diretta, o indiretta, disponibilità dell'indiziato.

Infatti, anche dal punto di vista processuale, per ciò che attiene alla struttura del giudizio, abbandonata definitivamente l'idea che il sistema della prevenzione si fondi sull'accertamento della pericolosità dell'individuo *ante delictum*, l'aggressione ai patrimoni di origine sospetta mostra sempre più il suo vero volto di strumento repressivo di intervento *post delictume praeter probationem delicti*.¹⁷⁰

Se, tuttavia, non vi è più distinzione concettuale tra il piano di accertamento penale patrimoniale e quello della prevenzione patrimoniale, ci si dovrebbe interrogare sulla legittimità, di un autonomo apparato di prevenzione reale sganciato dalle garantistiche regole processuali penali.

L'originaria caratterizzazione teleologica delle misure di prevenzione si rifletteva sui presupposti applicativi: l'accertamento di una situazione del passato che lasciava presagire la commissione di reati nel futuro. Dunque, un giudizio composto da due fasi: la sommaria ricostruzione di fatti sintomatici di una situazione di pericolosità e sulla previsione di comportamenti futuri. È chiaro che un tale giudizio non poteva rientrare nello schema delle regole processuali pensate per il diverso accertamento di un fatto del passato.¹⁷¹ Oggi, però, alla luce di un evoluto quadro criminologico, teso a far venire meno la necessità di un giudizio

¹⁶⁹ Le misure di prevenzione dettate dalla pericolosità qualificata intervengono, in chiave repressiva, laddove il rigore dei principi del diritto e del processo penale non consentirebbero di intervenire, *Ibidem*.

¹⁷⁰ Cfr. FIANDACA, *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. Pen.*, VIII, 1994, 120, secondo cui si tratta di «un sistema di intervento parallelo e più duttile da utilizzare come “scorciatoia per sfuggire alle strettoie probatorie del normale processo penale».

¹⁷¹ MAZZA, *Dalla confisca di prevenzione alla pena patrimoniale*, op. cit.

finalisticamente orientato al futuro,¹⁷² cadono inevitabilmente anche le premesse di una ripartizione legislativa fra accertamento successivo di responsabilità penale e accertamento preventivo degli indici di pericolosità.

L'unico elemento effettivamente distintivo tra confisca penale e confisca di prevenzione è oggi rappresentato dal profilo applicativo degli standard probatori e, di conseguenza, decisorio. Nel giudizio di prevenzione, infatti, al di là della possibile coincidenza dei contenuti normativi, è comunemente accettato il ricorso a presunzioni e semplificazioni probatorie che non avrebbero diritto di entrare nel processo penale. Al tempo stesso, l'ontologica incompatibilità con la presunzione di innocenza di un'asserita valutazione prognostica di pericolosità, consente al giudice della prevenzione di forzare i dati cognitivi a sua disposizione anche quando gli stessi non risultino altamente o perfino solo mediamente persuasivi.

La confisca penale è ancora ascritta formalmente alla categoria delle misure di sicurezza, ma da tempo la giurisprudenza europea ha svelato i tratti della materia penale sotto forma di vera e propria sanzione.¹⁷³ La confisca di prevenzione è anch'essa una misura punitiva sovrapponibile a quella penale estesa al patrimonio.

Se, dunque, la confisca di prevenzione *ex art. 24, d.lgs. 159 del 2011*, è coincidente con la confisca estesa *ex art. 12 *sexies*, d.l. 306 del 1992, ora art. 240 *bis* c.p.*, la compresenza dell'istituto di prevenzione meno garantito non troverebbe più una valida ragione d'esistere, non essendo possibile, per l'ordinamento, raggiungere un medesimo obiettivo con due distinti procedimenti.

Di fronte allo stato così delineato, fa capolino la discutibile opportunità di scegliere lo strumento della confisca di prevenzione quando le garanzie processuali penali rappresentino un ostacolo insormontabile.¹⁷⁴

In definitiva, guardando oltre la dicotomia di un sistema di prevenzione e di un sistema di sanzione incidente sul patrimonio, si dovrebbe convenire sulla opportunità di riportare l'aggressione ai beni di presunta origine illecita nel sistema più garantistico processuale e penale.

¹⁷² Così, NUVOLONE, *Misure di prevenzione*, op. cit., 633.

¹⁷³ Cfr. Corte EDU sent. *GIEM e altri c. Italia* con nota di CIVELLO, *La sentenza GIEM s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza Varvara? Ancora sui rapporti tra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Arch. Pen.*, 2018.

¹⁷⁴ In dottrina, MAZZA parla di *escamotage* normativo; per D'ASCOLA, si tratta di una vera e propria «truffa delle etichette».

Si segnala, secondo autorevole dottrina, che nella misura in cui la prevenzione si riduce a mera etichetta, essendo il giudice indotto, in concreto, ad accertare l'accumulazione illecita del patrimonio per poi irrogare la sanzione della confisca, lo schema decisorio è quello tipicamente penalistico. Esclusa la componente prognostico-preventiva, il giudizio di prevenzione si ridurrebbe, pertanto, ad un duplicato dell'accertamento della responsabilità penale.¹⁷⁵

4. Considerazioni conclusive: il sistema delle confische nel bilanciamento tra efficienze e garanzie.

Dalle considerazioni finora svolte, emerge che alcuni, sebbene cruciali, aspetti della disciplina delle ipotesi speciali di confisca previste nel sistema interno presentano profili di contrasto con le due fonti di legittimazione dell'intervento punitivo, vale a dire il c.d. costituzionalismo penale, per ciò che concerne il diritto interno, e i diritti fondamentali, stabiliti dalla dimensione sovranazionale e che tiene conto dei processi di globalizzazione.¹⁷⁶ Dunque, alla luce di quanto sopraesposto, si potrebbe affermare che vi sia un conflitto tra valore ugualmente tutelati dalla Carta costituzionale e dalle fonti europee sovraordinate.

Si è vista l'ipotesi della confisca per equivalente, caratterizzata dall'intervento della pretesa statale non sul bene collegato alla commissione del reato, ma su una parte indistinta del patrimonio dell'autore o, a seconda dei casi, del presunto autore del fatto.¹⁷⁷

Venuto meno il collegamento con il bene appreso con il reato, lo Stato interviene, dunque, sul patrimonio complessivo, e a prescindere dall'origine lecita di questo. Tale misura, presuppone, inevitabilmente, un bilanciamento degli interessi in gioco: da un lato, la difesa dei interessi della collettività e dei singoli, lesi o minacciati dalla commissione del reato, accanto al principio per cui "il delitto non paga"; dall'altro bisogna tenere conto dei canoni classici della responsabilità penale, a partire dalla proporzionalità dell'intervento punitivo rispetto all'offesa al bene o interesse protetto arrecata dalla commissione del reato; ancora, del diritto

¹⁷⁵ MAZZA, *Confisca penale e confisca di prevenzione: un bis in idem processuale e sostanziale?*, op. cit., 2019.

¹⁷⁶ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale*, op. cit., 443 ss.

¹⁷⁷ Si fa riferimento al sequestro preventivo orientato alla confisca per equivalente.

fondamentale di proprietà, garantito non solo a livello costituzionale, ma anche, come si è detto, dall'art. 1 del Protocollo I della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

La ricerca di un punto di equilibrio, obiettivo del legislatore che si occupa del diritto penale, non può prescindere dalla valutazione di due elementi: da un lato, la varietà delle strategie criminali in atto, che dal riciclaggio al contrasto alla criminalità organizzata del terrorismo, alla manipolazione dei flussi finanziari e di informazioni, condividono il medesimo ambito spazio-temporale; dall'altro, le esigenze di tutela di due particolari categorie di "beni". Destinate ad intrecciarsi, vale a dire i diritti fondamentali e l'apertura dei mercati.¹⁷⁸

La contrapposizione che si delinea, come è chiaro, vede, da una parte, il criterio dell'efficacia, rafforzato dall'introduzione di nuove tecniche sanzionatorie, e dall'altro, il fondamento della legittimità, quale tutela della libertà del cittadino attraverso la garanzia dei diritti fondamentali. Le due esigenze contrapposte, pur tendendo naturalmente allo scontro, dovrebbero, in realtà, coesistere pacificamente.

A tal proposito, parametro irrinunciabile di riferimento è il principio di proporzione, criterio utilizzato, a più riprese, con riferimento soprattutto, e per quel che qui interessa, alla confisca, dalla Corte di Giustizia europea, la quale, nel sindacare la misura delle sanzioni, pone a raffronto l'interesse a tutela del quale viene introdotta la previsione sanzionatoria nazionale con l'interesse comunitario.

Al tempo stesso non possono neanche essere trascurate le garanzie penali specifiche. Prima fra tutte, quella sancita dall'art. 25, comma 3, Cost., che impone che la legge delinea con sufficiente precisione i presupposti che possono dare vita alla figura sanzionatoria, nel caso che interessa, alla misura ablatoria, e che, in osservanza dell'art. 27, comma 1, Cost., sia fatto il possibile per evitare o attenuare le conseguenze che, a seguito dell'applicazione della misura, possono ripercuotersi a danno di terzi incolpevoli.¹⁷⁹

¹⁷⁸ In dottrina, DELMAS-MARTY, *L'integrazione del diritto penale in Europa, in Multiculturalismo, diritti umani, pena*, BERNARDI (a cura di), 2006, 19, secondo cui nel processo di integrazione, viene in rilievo la duplice esigenza di tutela dei diritti dell'uomo e del mercato, e assegna alla Corte EDU e alla Corte di Giustizia, il ruolo di mediatore; cfr. FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, op. cit., 444.

¹⁷⁹ Sul punto, cfr. BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. dir. Proc. pen.*, 1970, a proposito della previsione classica della confisca ai sensi dell'art. 240 c.p.

Il dato incontrovertibile, tuttavia, è che le ipotesi speciali di confisca, da un lato, si allontanano in modo palese dal modello della confisca-misura di sicurezza, e dall'altro, non sempre corrispondono all'invito all'osservanza dei principi di cui agli artt. 25, comma 3 e 27, comma 1, Cost., come si evince dall'indeterminatezza della disciplina in materia di confisca del profitto, anche per equivalente.

È bene, a questo punto, riepilogare alcuni elementi di giudizio, disseminati nel corso di questo studio.

Innanzitutto, a riguardo, va sottolineato il carattere incisivo dell'ablazione rispetto al contenuto del diritto di proprietà, tutelato dall'art. 42 Cost., i cui limiti sono tracciati dal legislatore ordinario.

In secondo luogo, non può essere trascurata la libertà di iniziativa economica di cui all'art. 41 Cost., che, come le libertà incluse nell'interpretazione della locuzione costituzionale, subisce le restrizioni dettate dai limiti della utilità sociale, della sicurezza, della libertà e della dignità umana.

Infine, la tipologia dello strumento utilizzato trascina nel giudizio di bilanciamento il sottosistema delle garanzie penali e la problematica della estensione di queste ad interventi punitivi diversi dalla pena detentiva e dalla pena pecuniaria. A tale riguardo, si deve sottolineare che, sebbene limitatamente alla confisca di prevenzione di cui all'art. 2 *ter* l. 575/1965, la misura di ablazione patrimoniale è qualificata dalle Sezioni Unite, a più riprese, come «espropriazione per pubblico interesse, identificato nella generale finalità di prevenzione penale».¹⁸⁰ Tale riferimento alla «generale finalità di prevenzione» induce a ritenere che in realtà l'asserzione sia valida oltre i limiti del procedimento di prevenzione, annoverando tale generale finalità tra le ipotesi di pubblico interesse che legittimano l'espropriazione. In tale prospettiva la finalità di prevenzione penale potrebbe essere contrapposta, in modo positivo, ad ogni istanza di tutela dei diritti di proprietà.¹⁸¹

In relazione a quanto illustrato, secondo autorevole dottrina, va segnalato che le possibilità di un ritorno al quadro costituzionalmente orientato, nonostante il tenore letterale dei principali atti normativi comunitari e sovranazionali, si devono

¹⁸⁰ Cfr. Cass. sez. Un. pen., 19 dicembre 2007, n. 57, §9.

¹⁸¹ Così FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, op. cit., 447.

confrontare contro la sostanziale emarginazione degli interessi patrimoniali nel contesto dei diritti fondamentali. Le c.d. libertà economiche, a cui prima si è accennato, risulterebbero depotenziate a fronte della forza dei diritti fondamentali sociali. Pur non essendo state estromesse dal sistema costituzionale e legislativo nazionale, la rilevanza della proprietà privata e di libera iniziativa economica, si è andata riducendo in contrappeso con i diritti fondamentali dell'individuo.¹⁸²

In breve, eventuali limiti alla proliferazione degli strumenti ablativi possono affiorare soltanto nell'ambito di un giudizio di bilanciamento volto a mediare la contrapposizione tra principi costituzionali di segno diverso, nel quale il vaglio di legittimità è affidato, nel nostro ordinamento, alla Corte Costituzionale.¹⁸³

In linea di massima, si è assecondato un concetto di utilità sociale di cui all'art. 41 Cost. permeabile all'ingresso di una gamma infinita di interessi ritenuti prevalenti su quelli espressi dalla norma. Anche la funzione sociale rimessa dall'art. 42 Cost. alla regolamentazione del legislatore segna un confine che, nella sua accezione più rigorosa determina il passaggio della proprietà da diritto in "funzione", contraddistinta dalla prevalenza della finalità pubblicistica rispetto al vantaggio individuale, anche a prescindere dalla formale appartenenza dei beni. Risulta persuasiva la tesi per cui la riserva di legge contemplata dalla norma racchiude, oltre al trasferimento del potere di conformazione della disciplina sotto il profilo formale, anche, e soprattutto, in una prospettiva sostanziale, l'onere di riconoscimento della garanzia della proprietà privata, che si traduce nel dovere giuridico, e ancora prima sociale, di soppesare limiti e controlimiti del diritto stesso.¹⁸⁴

¹⁸² In tal senso FONDAROLI, *Ibidem*, che richiama BOGNETTI, voce *Diritti dell'uomo*, in *Dig. Dir. Priv. Sez. civ.*, V, 1989.

¹⁸³ La stessa Corte EDU riconosce ampi margini di discrezionalità alle autorità nazionali per la determinazione del concetto di "utilità pubblica", assoggettato ai condizionamenti della politica sociale ed economica del singolo Stato. L'unico baluardo enunciato è rappresentato dal principio di proporzionalità tra mezzi impiegati ed obiettivo perseguito, cfr. Corte EDU, 26 ottobre 2006, *Edwards v. Malta*; Corte EDU, 21 febbraio 1986, *James and Others v. United Kingdom*.

¹⁸⁴ FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca*, op. cit., 451; per una ricostruzione della funzione sociale della proprietà, si veda MACARIO, *Art. 42*, in *La Costituzione Italiana. Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini. Commento agli artt. 1-54*, BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI (a cura di), Torino, 2007.

CONCLUSIONI

L'analisi compiuta in questo elaborato è stata condotta sulla linea degli obiettivi delineati nell'introduzione svolta in apertura.

Prima di giungere alle conclusioni, in parte già enunciate nel corso del terzo ed ultimo capitolo, lo studio ha ripercorso l'evoluzione delle misure in oggetto. In seguito a tale esposizione storica delle varie forme di confisca, la disamina di cui si è trattato, ha indagato, prima di tratteggiarne le caratteristiche applicative, la *ratio* e l'occasione di applicazione di ciascuna di esse. Infine, si è cercato di sciogliere quei nodi interpretativi, sempre al centro del vivace dibattito giurisprudenziale e dottrinale, in relazione al rapporto tra natura giuridica della misura e statuto delle garanzie costituzionali e convenzionali che devono essere rispettate.

Lo studio del complesso sistema dell'ablazione patrimoniale, non può prescindere dall'interrogarsi sulle scelte che hanno condotto, e conducono, il legislatore a varare nuovi modelli di misure. In particolare, si assiste ad una diversificazione delle strategie di contrasto alla criminalità; diversificazione che trova, alla luce della disamina compiuta, come elemento propulsore la valorizzazione degli strumenti a prevalente funzione compensativa, in aggiunta a – o in sostituzione di – strumenti repressivi. Anche le misure citate contengono un carattere repressivo, assolvendo ad una funzione preventivo-sanzionatoria. Proprio questa natura mista, è foriera di forti dubbi sul preciso inquadramento delle forme di confisca, e potrebbe essere il punto di partenza per svolgere, in questa sede, una riflessione ulteriore sugli effettivi limiti della materia penale. Si può, a tal proposito, anticipare che già la giurisprudenza convenzionale, come si è avuto modo di approfondire nel capitolo che precede queste conclusioni, ha elaborato una nozione convenzionale di pena non incentrata solo sul contenuto afflittivo, ma sulle funzioni, modalità di applicazione e sulle finalità della medesima.

Scendendo nel dettaglio del lavoro svolto, l'obiettivo di partenza, costituito dall'aspirazione di approfondire il complesso quadro normativo delle forme di confisca dell'ordinamento interno, si è arricchito delle riflessioni sulla possibilità di riconoscere alla confisca, con l'ausilio dei contributi dottrinali e giurisprudenziali, la natura giuridica che meglio si confà al rispetto delle garanzie

del soggetto sottoposto a misura e al migliore bilanciamento possibile nella compressione del diritto principalmente inciso, quale il diritto di proprietà.

In particolare, si è visto lo sforzo degli studiosi e degli interpreti del diritto nel ricondurre tali misure all'interno delle categorie dogmatiche tradizionali quali: pena, misura di sicurezza e misura di prevenzione. Non si è fatto mistero, tuttavia, del convincimento secondo cui il corretto inquadramento più che da definizioni nominalistiche e dal *nomen iuris*, sia dato, piuttosto, dalla funzione svolta dalla misura stessa. A tal proposito, è stato considerato a più riprese in questo lavoro, come le forme di confisca siano pervase, spesso e volentieri, da caratteri misti che consistono nel carattere retributivo, ma anche ripristinatorio e preventivo. Per tale motivo, risulta opportuno non sottovalutare la presa di posizione di quella parte della dottrina che propende per abbandonare quasi del tutto le tradizionali categorie, ed inserire, invece, le misure in oggetto in un sistema autonomo.¹

La questione è di fondamentale importanza in quanto, come già illustrato in precedenza, l'inquadramento in una o nell'altra categoria, attigua o meno al diritto penale, produce importanti ricadute sui principi e sulle garanzie fondamentali, sia sul piano sostanziale che processuale.

Le forme che più destano dubbi interpretativi sono, innegabilmente, le ipotesi speciali di confisca, quali, la confisca per equivalente, la confisca di prevenzione antimafia e la confisca c.d. allargata, o per sproporzione.

Sinteticamente.² Relativamente alla confisca per equivalente, sin dalla sua introduzione, la giurisprudenza tradizionale³ non si è risparmiata nell'attribuirle carattere sanzionatorio e funzione prettamente punitiva, in ragione dell'identificazione dell'oggetto ablabile, non nel bene specifico acquisito con l'attività illecita, ma nel complesso di beni di valore equivalente al prezzo, prodotto o profitto del reato. Tuttavia, la più recente giurisprudenza, esposta in precedenza,

¹ TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020, secondo cui si tratterebbe di «strumenti di politica criminale a cui deve essere riconosciuta autonomia dogmatica».

² Sul punto si è ampiamente approfondito nel cap. III, *infra* § 2.2.

³ Tra le pronunce, cfr. Cass. sez. un., 31 gennaio 2013, Adami, n. 18374, che cita testualmente che la confisca in questione «è pertanto connotata dal carattere afflittivo proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza»; in senso analogo, Cass. sez. un., 26 giugno 2015, Lucci, n. 31617 che enuncia esplicitamente il carattere «afflittivo e sanzionatorio» della confisca per equivalente.

ha ammesso che la misura, pur comprendendo, certamente, profili sanzionatori, in realtà, avrebbe natura essenzialmente ripristinatoria.⁴

La confisca allargata, o per sproporzione, in seguito al susseguirsi di numerose pronunce, è stata definita come una misura di sicurezza atipica, al confine con la confisca in funzione repressiva delle misure di sicurezza patrimoniali e la funzione di ostacolo preventivo.⁵

Infine, per quanto riguarda la confisca di prevenzione antimafia, di questa si è già accennato nel corso della sua analisi, che, secondo parte della giurisprudenza, avrebbe ereditato il solo *nomen iuris* dalle misure di prevenzione personali⁶, per poi esserle riconosciuta natura oggettivamente sanzionatoria e, nel 2014, di nuovo, il carattere di misura di sicurezza con finalità preventiva.⁷ Tuttavia, la dottrina, non si è mai mostrata incline a seguire l'orientamento della giurisprudenza maggioritaria, parlando, invece, di una vera "truffa delle etichette"⁸, opinando per la natura essenzialmente sanzionatoria della misura in parola. Nel 2019, la Corte Costituzionale, pronunciandosi in materia, nella sentenza n. 24, si è espressa negando la natura sanzionatoria ed optando per il carattere meramente ripristinatorio.

A questo punto, preme svolgere poche considerazioni in relazione alla convergenza delle funzioni della confisca "allargata" e antimafia, al fine di comprendere meglio le funzioni effettivamente svolte dalle misure in questione e, all'occorrenza, riportarle ad unità, come sostenuto da innovativi orientamenti dottrinali.⁹ Innanzitutto, pur comparando il presupposto della pericolosità nella

⁴ La questione si è posta a proposito del rapporto con l'ipotesi di applicazione di tale confisca in caso di intervenuta prescrizione del reato, concludendo per la compatibilità sulla base dell'esclusione dell'equiparazione della confisca per equivalente alla sanzione penale, in tale senso, cfr. in giurisprudenza interna Cass. sez. VI, 7 maggio 2020, Malvaso, n. 14041 e Cass. sez. II, 3 marzo 2020, De Gregorio, n. 8538; a livello sovranazionale, cfr. Corte EDU, 28 giugno 2018, *GIEM c. Italia*.

⁵ Cfr. Corte Cost. n. 18 del 1996.

⁶ Cfr. Cass. sez. un., 3 luglio 1996, Simonelli, in *DeJure*. In quell'occasione, le Sezioni Unite, qualificarono la misura come «*tertium genus*», rifiutando espressamente di riconoscere una reale funzione preventiva. In senso analogo, cfr. Cass. sez. un., 19 dicembre 2006, Adduino, n. 57.

⁷ Cfr. Cass. sez. un., Spinelli, 2014 che afferma esplicitamente che la misura avrebbe la funzione di «dissuadere il soggetto inciso dalla commissione di ulteriori reati e da stili di vita contrastanti con le regole del consorzio civile».

⁸ V. per tutti, MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019.

⁹ Cfr. TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, Torino, 2020.

seconda forma di confisca, quella antimafia, si segnala il sostanziale appiattimento di tale carattere sulla appartenenza a determinate categorie di associazione mafiosa. Ciò contribuisce a condurre la valutazione del giudice su uno schema sempre più indiziario e retrospettivo, piuttosto che sulla via di una vera e propria prognosi, come sarebbe coerente in logica preventiva. Allo stesso modo, le due figure convergono fondandosi su un presupposto che non attiene alla destinazione illecita dei beni, come sarebbe coerente in ottica di funzione preventiva, ma guarda alla provenienza illecita dei beni stessi. Inoltre, lo sganciamento delle misure di prevenzione patrimoniali dall'applicazione di quelle personali, costituisce ulteriore prova della funzione di neutralizzazione dei vantaggi prodotti, indipendentemente dal giudizio di pericolosità sociale.

Tale quadro tende, a far ritenere, come funzione principale, quella di tendenziale ripristino della situazione patrimoniale antecedente alla condotta illecita del proposto, pur ammettendo, in linea generale, una natura mista.

La conclusione sopra accennata, sebbene con positive ricadute garantistiche, come si vedrà, non può non fare i conti con le seguenti considerazioni.

Infatti, pur oltre il velo della giustificazione preventiva, la confisca rimarrebbe comunque destinata ad oscillare tra provvedimento dettato da esigenze di ordine pubblico e sanzione penale *sui generis*, espressione della antica accezione penitenziale dell'istituto. Inoltre, l'idea di ricomposizione della situazione antecedente costituirebbe un fondamento delle concezioni retributive della pena. Dunque, in tale accezione, sembrerebbe di trovarsi al cospetto di una misura la cui dimensione afflittiva non risulterebbe collaterale alla funzione ripristinatoria, ma necessaria e voluta.

Bisogna tenere a mente, infatti, che la confisca, indubbiamente, si è affermata come un imperativo nelle scelte di politica criminale del legislatore e, in tale ottica, per quanto possano ammettersi spazi di una funzione meramente compensatoria, essa avrebbe una naturale vocazione afflittiva, sin dalla sua primordiale introduzione nel tempo.

Tuttavia, ammettendo esclusivamente tale ultimo quadro sopraesposto, le ricadute sarebbero eccessivamente importanti sui diritti fondamentali, ragione per cui la più recente giurisprudenza tende ad allontanarla dall'inquadrarla come una

vera e propria pena. Proprio per questo, la confisca sarebbe destinata a rimanere, ad avviso di autorevole dottrina, una “pena nascosta”,¹⁰ con il rischio della formazione di un sottosistema afflittivo alternativo a quello penale.

In definitiva, le forme di confisca sono accomunate, nell’intenzione del legislatore, dal medesimo obiettivo, cioè quello di privare il destinatario della misura dei vantaggi economici derivati dalla commissione dell’illecito, così da evitare l’accumulo di ricchezze di provenienza illecita e ripristinare la situazione patrimoniale del soggetto al momento antecedente alla commissione del fatto di reato, matrice della ricchezza non dovuta.¹¹

Come anticipato, in apertura, parte della dottrina, si è spinta fino ad affermare la possibilità di inquadrare la confisca, ponendola al di fuori delle categorie tradizionali, come uno strumento di politica criminale a cui deve essere riconosciuta autonomia dogmatica. Secondo tale pur condivisibile orientamento, affermare il carattere ripristinatorio sarebbe, comunque, nella sostanza, corretto ma occorre apportare la seguente precisazione: la confisca non mira a reintegrare l’offesa al bene giuridico ma ciò che vuole ripristinare, come già ripetuto, è la situazione patrimoniale dell’autore del reato.

Il fatto di non inquadrare la misura in una pena non significa risolvere *de plano* i nodi interpretativi legati ai principi della materia penale, ma, al tempo stesso, non significherebbe positivizzare un arretramento delle garanzie e delle tutele. Anzi. Come si è illustrato nel terzo capitolo, a cui si rimanda per l’approfondimento sul punto, affermare la natura ripristinatoria della confisca, come è la tendenza registrata recentemente, significa trovare il miglior statuto costituzionale e convenzionale di riferimento, il cui punto di partenza potrebbe essere rappresentato dal rispetto del principio di proporzionalità del *quantum* confiscabile, così da dare concretezza, pur non ricorrendo allo strumento strettamente sanzionatorio, al principio per cui “il delitto non paga”.

In conclusione, si potrebbe prospettare, altresì, una nuova visione del diritto penale a “geometria variabile”, in grado di superare quella visione granitica che per lungo tempo, a fronte dell’opportunità imprescindibile di dare concretezza alla

¹⁰ L’efficace espressione è di MAZZACUVA, *Le pene nascoste. Topografia delle sanzioni punitive e modulazione dello statuto garantistico*, Torino, 2017.

¹¹ In ossequio al principio cardine per cui “il delitto non paga”.

riserva di legge, ha portato ad escludere la rilevanza del profilo individuale-garantistico della legalità, nella dimensione costituzionale dell'art. 25 Cost., rispetto all'applicazione di sanzioni anche non formalmente qualificate come penali.¹²

È importante sottolineare, quindi, che le misure di cui si è cercato di compiere questa analisi, vanno, certamente, apprezzate nel contesto della risposta di contrasto statale ad una rete criminosa sempre più fitta, insidiosa e pericolosa, al tempo stesso, tenendo bene a mente che esse comportano la compressione di un diritto tutelato a livello costituzionale, quale quello della proprietà, per cui risulta imprescindibile assicurare al destinatario della misura, il complesso di tutele e di garanzie che gli spettano dall'ordinamento interno.

Ancora una volta il diritto penale, come il diritto inteso complessivamente, si presenta come una storia di bilanciamento di interessi e di coesistenza di limiti e controlimiti, affinché possa trovare, attraverso la sua migliore interpretazione, il compromesso tra efficienza e garanzie, che sia, non solo effettivo, ma "giusto".

¹² Tale è l'ipotesi di autorevole dottrina, v. DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004; MAZZACUVA, *Le pene nascoste*, op. cit., 2017; TRINCHERA, *Confiscare senza punire*, op. cit., 2020

INDICE BIBLIOGRAFICO

- ALESSANDRI, voce *Confisca nel diritto penale* in *Dig. Disc. Pen.*, 1989
- ALESSANDRI, *Attività d'impresa e responsabilità penali*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 2005
- ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in AA. VV., *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, 2006
- ALVINO, *Fungibilità manifesta e fungibilità latente del denaro: le incerte frontiere della confisca in via diretta del profitto del reato, ancora al vaglio delle Sezioni Unite*, in *Discrimen*, 19.4.2021
- AMARELLI, *Confisca allargata e ricettazione: in attesa di una riforma legislativa la Corte fissa le condizioni di legittimità con una sentenza interpretativa di rigetto dai possibili riflessi su altri reati-matrice*, in *Giur. Cost.*, 2018
- AMISANO TESI, voce *Confisca per equivalente* in *Dig. Disc. Pen.*, 2008
- ANTOLISEI, *Manuale di diritto penale*, L. Conti (a cura di), 2003
- BALSAMO, *Il rapporto tra forme "moderne" di confisca e presunzione di innocenza: le nuove indicazioni della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. Pen.*, 10, 2007
- BALSAMO, voce *Codice antimafia*, in *Dig. Disc. Pen.*, 2014
- BALSAMO, CONTRAFFATTO, NICASTRO, *Le misure patrimoniali contro la criminalità organizzata*, Milano, 2010
- BARATTA, *Integrazione-prevenzione. Una nuova fondazione della pena all'interno della teoria sistemica*, in *Dei delitti e delle pene*, II, 1, 1984
- BARGI, CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, vol.1 e 2, in *Diritto e procedura penale*, Gaito, Romano, Ronco, Spangher (diretto da), 2011
- BARON, *Il ruolo della confisca nel contrasto alla cd. criminalità del profitto: uno sguardo d'insieme*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 1/2018, 37

- BASILE, *Manuale delle misure di prevenzione*, con la collaborazione di Zuffada, Torino, 2020
- BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, Venturi (a cura di), Torino, 1981
- BIFULCO, CELOTTO, OLIVETTI, *La Costituzione Italiana. Principi fondamentali. Diritti e doveri dei cittadini. Commento agli artt. 1-54*, Torino, 2007
- BIONDI, *La confisca per equivalente: pena principale, pena accessoria o tertium genus sanzionatorio*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. Trim.*, 5/2017, 51
- BONTEMPELLI, *La confisca o le confische da illecito (penale) tributario?*, in *Sist. Pen.*, 2, 2019
- BRICOLA, *Il costo del principio "societas delinquere non potest" nell'attuale dimensione del fenomeno societario*, in *Riv. it. Proc. Pen.*, 1970
- BRICOLA, voce *Teoria generale del reato*, in *Nov. Dig. It.*, XIX, Torino, 1973
- CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale. Del delitto, della pena*, 1886
- CASTRONUOVO, *Confisca e sanzione patrimoniali nella dimensione interna ed europea*, C. Grandi (a cura di), 2021
- CATTANEO, *Un tentativo di giustificazione della pena giuridica*, in *Riv. int. Fil. Dir.*, LXVIII, 1, 1991
- CELENTANO, *Verso una giurisdizionalizzazione delle misure di prevenzione*, in *Riv. Pen. ec.*, 1992
- CERESA GASTALDO, *Misure di prevenzione e pericolosità sociale: l'incolumabile deficit di legalità della giurisdizione senza fatto*, in *Dir. Pen. Cont.* 3 dicembre 2015, 52
- CIVELLO, *La sentenza GIEM s.r.l. e altri c. Italia: un passo indietro rispetto alla sentenza Varvara? Ancora sui rapporti tra prescrizione e confisca urbanistica*, in *Arch. Pen.*, 2018

- CIVELLO, *La confisca nell'attuale spirito dei tempi: tra punizione e prevenzione*, in *Arch. Pen.*, 2/2019 maggio – agosto, 2019
- CIVOLI, voce *Confisca (Diritto penale)*, in *Dig. It.* VIII, 1884, 892 ss.
- CONSULICH, *La sanzione senza precetto. Verso un congedo delle misure di prevenzione dalla materia penale?*, in *Discrimen*, 3/2019, 39
- CORDERO, *Tre studi sulle prove penali*, Milano, 1963
- CORTESI, *Confisca di prevenzione "antimafia" e confisca "allargata": rapporti ed interferenze processuali*, in *Arch. Pen.*, 3, 2014
- DE FRANCESCO, *Le misure di prevenzione patrimoniali*, in *Codice penale. Parte generale*, III, in *Giurisprudenza sistematica di diritto penale*, BRICOLA e ZAGREBELSKY (diretto da), Torino, 1984
- DELITALA, voce *Diritto penale*, in *Enc. dir.*, XII, Milano, 1964
- DELLA REGIONE, *Le misure di prevenzione nello specchio del volto costituzionale del diritto penale*, in *Discrimen*, 2/2020, 51
- DELLA REGIONE, MARANDOLA, ZAMPAGLIONE (a cura di), *Misure di prevenzione, interdittive antimafia e procedimento*, 2022
- DELLA VOLPE, *La ritenuta legittimità costituzionale della confisca per equivalente nei reati tributari*, in *Giur. Pen.*, 10, 2018
- DELMAS-MARTY, *L'integrazione del diritto penale in Europa*, in *Multiculturalismo, diritti umani, pena*, Bernardi (a cura di), 2006
- DI AMATO, *Trattato di diritto penale di impresa*, Padova, 1990
- DI PAOLA, TROPEA (a cura di), *applicabilità della sentenza Grande Stevens c. Italia: limiti e prospettive*, in *L'arcipelago delle confische. Spunti per una sistematica sulle misure patrimoniali*, Osservatorio misure patrimoniali dell'Unione Camere Penali Italiane, 2017
- DOLCINI, GATTA, *Codice penale commentato*, 2021
- DONINI, *Teoria del reato*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1999

- DONINI, *Sicurezza e diritto penale*, in CP, 10, 2008
- DONINI, *Il volto attuale dell'illecito penale*, Milano, 2004
- EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, Padova, 2011
- EPIDENDIO, VARRASO, *Codice delle confische*, Milano, 2018
- FATTORE (a cura di), *La confisca di prevenzione*, in *L'arcipelago delle confische. Spunti per una sistematica sulle misure patrimoniali*, Osservatorio misure patrimoniali dell'Unione Camere Penali Italiane, 2017
- FIANDACA, voce *Misure di prevenzione (profili sostanziali)*, in *Dig. It.*, VIII, Torino, 1994
- FIANDACA, MUSCO, *Diritto penale. Parte generale.*, ed. VIII, Bologna, 2019
- FIDELBO, *Sequestro preventivo e confisca ex art. 12 sexies l. 306/1992: dall'esclusione del nesso pertinenziale con il reato al rafforzamento de presupposti*, in *Cass. Pen.*, 2004-
- FIDELBO, *La nozione di profitto confiscabile nella giurisprudenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione*, in *Mass. Uff.*, Rel. n. 41/2014, Roma, 2014
- FINOCCHIARO, *La Corte Costituzionale sulla ragionevolezza della confisca allargata. verso una rivalutazione del concetto di sproporzione ?*, in *Pen. Cont.*, 2018
- FINOCCHIARO, *Riflessioni sulla quantificazione del profitto illecito e sulla natura giuridica della confisca diretta e per equivalente*, in *Sist. Pen.*, 2020
- FINOCCHIARO, *Le Sezioni Unite fissano il limite temporale della confisca allargata: una decisione coerente...in un sistema incoerente*, in *Sist. Pen.*, 7 ottobre 2021
- FONDAROLI, *Le ipotesi speciali di confisca nel sistema penale. Ablazione patrimoniale, criminalità economica, responsabilità delle persone fisiche e giuridiche*, Bologna, 2007

- FONDAROLI, *La poliedrica natura della confisca*, in *Arch. Pen.*, 2/2019 maggio – agosto
- FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale “moderno”*, Padova, 1997
- FORTI, *Sulle riforme del sistema penale italiana: superare la centralità della risposta carceraria*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2012
- FUZIO, *sub art. 240*, in *Codice penale. Rassegna di dottrina e giurisprudenza*, LATTANZI, LUPO (a cura di), 2000
- GIORDANO, *In tema di confisca per equivalente di beni futuri*, in *Arch. Pen.*, 1, 2016
- GRASSO, *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali nel sistema costituzionale*, in *Sist. Pen.*, 2020
- GROSSO, PELISSERO, PETRINI, PISA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, ed. 3, 2020
- GUARNERI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *NN. Dig. It.*, IV, 1974
- GUIDI, *Presunzioni e automatismi nella confisca “per sproporzione” di cui all’art. 240 bis c.p.*, in *Discrimen*, 3/2019, 89
- GULLO, voce *La confisca*, in *Giust. pen.*, II, 1981
- HASSMER, *Critica e giustificazione del diritto penale nel cambio del secolo. L’analisi critica della Scuola di Francoforte*, Stortoni, Foffani (a cura di), 2004
- IACCARINO, *La confisca*, Bari, 1935
- KELLER, *Confisca diretta del denaro e prova dell’assenza di pertinenzialità: la recente giurisprudenza di legittimità erige i primi fragili argini alle sentenze Gubert e Lucci*, in *Dir. Pen. Cont.*, 6/2019, 73
- MACCHIA, *Le diverse forme di confisca: personaggi (ancora) in cerca d’autore*, in *Cass. Pen.*, 7-8, 2016

- MAIELLO, *De Tommaso c. Italia e la cattiva coscienza delle misure di prevenzione*, in *Dir. Poc. Pen.*, 2017
- MAIELLO, *Confisca, CEDU e Diritto dell'Unione tra questioni risolte ed altre ancora aperte*, in *Dir. Pen. Cont. Riv. trim.*, 3-4/2019, 49
- MAIELLO, *La prevenzione ante delictum da pericolosità generica al bivio tra legalità costituzionale e interpretazione tassativizzante*, in *Cost.*, 2019, 332
- MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte Costituzionale e CEDU: sipario sulla truffa delle etichette*, in *Cass. Pen.*, 2/2011, 534
- MANES, *L'ultimo imperativo della politica criminale: nullum crimen sine confiscatione*, in *proc. pen.*, 2015, 1259
- MANES, *La "confisca senza condanna" al crocevia tra Roma e Strasburgo: il nodo della presunzione di innocenza*, in *Dir. Pen. Cont.*, 13 aprile 2015, 2
- MANGIONE, *La misura di prevenzione patrimoniale fra dogmatica e politica criminale*, Padova, 2011
- MANNA, *Misure di prevenzione e diritto penale: una relazione difficile*, Pisa, 2019
- MANZINI, *Trattato di diritto penale italiano*, vol. III, Torino, 1948
- MARINUCCI, DOLCINI, GATTA, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, ed. 10, 2021
- MASSA, voce *Confisca (diritto e procedura penale)*, in *Enc. del dir.*, VIII, 1961
- MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001
- MAUGERI, voce *Confisca (Diritto penale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Annali VIII, Milano, 2015
- MAUGERI, *Misure patrimoniali del sistema penale: effettività e garanzie*, Milano, 2016

MAUGERI, *La riforma delle misure di prevenzione patrimoniali ad opera della l. 161/2017 tra istanze efficientiste e tentativi incompiuti di giurisdizionalizzazione del procedimento di prevenzione*, in *Arch. Pen.*, suppl. al n. 1/2018

MAUGERI, *La riforma della confisca (d.lgs. 202/2016). Lo statuto della confisca allargata ex art. 240-bis c.p.: spada di Damocle sine die sottratta alla prescrizione (dalla l. 161/2017 al d.lgs. n. 21/2018)*, in *Arch. Pen.*, suppl. al n. 1/2018

MAZZA, *Dalla confisca di prevenzione alla pena patrimoniale*, in *Arch. Pen.*, n. 2/2019, 421

MAZZACUVA, *Confisca per equivalente come sanzione penale: verso un nuovo statuto garantistico*, in *Cass. Pen.*, n. 9, 2009

MAZZACUVA (a cura di), *Le pene nascoste*, Monografia, 2017

MAZZACUVA, AMATI, *Diritto penale dell'economia*, V ed., 2020

MELCHIONDA, *Disorientamento giurisprudenziale in tema di confisca*, in *Riv. It.*, 1977

MENDITTO, *Le Sezioni Unite verso lo Statuto della confisca di prevenzione: la natura giuridica, la retroattività e la correlazione temporale*, in *Dir. Pen. Cont.*, 26 maggio 2014

MENDITTO, LATTANZI (presentazione di), *Le misure di prevenzione personali e patrimoniali: la confisca allargata (art. 240-bis c.p.). Aspetti sostanziali e processuali*, Vol. 1, 2019

MEZZETTI, LUPARIA DONATI (diretto da), *La legislazione antimafia*, Torino, 2020

MONGILLO, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente in cerca di identità: luci ed ombre della recente pronuncia delle Sezioni Unite*, in *Riv. It.*, 4, 2008

MONGILLO, *Confisca per equivalente e risparmi di spesa: dall'incerto statuto alla violazione dei principi*, in *Riv. It. Dir. Proc. Pen.*, 2015

MUCCIARELLI, PALIERO, *Le Sezioni Unite e il profitto confiscabile: forzature semantiche e distorsioni ermeneutiche*, in *Dir. Pen. Cont.*, 4/2015

- MUSCO, voce *Misure di sicurezza*, in *Enc. giur.*, XX, 1990
- NICOSIA, *La confisca, le confische. Funzioni politico-criminali, natura giuridica e problemi ricostruttivo-applicativi*, Monografia, Torino, 2012
- NUVOLONE, voce *Misure di prevenzione e misure di sicurezza*, in *Enc. del Dir.*, 1976
- NUVOLONE, voce *Pena (diritto penale)*, in *Enc. del Dir.*, 1982
- PADOVANI, *Una introduzione al Progetto diparte generale della Commissione Nordio*, in *Cass. Pen.*, 2005
- PADOVANI, *Misure di sicurezza e misure di prevenzione*, Pisa, 2014
- PALAZZO, *Per un ripensamento radicale del sistema di prevenzione ante delictum*, in *Criminalia*, Annuale/2017, 133
- PALAZZO, PALIERO, *Trattato teorico-pratico di diritto penale*, Torino, 2015
- PALIERO, “*Materia penale*” e *illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell’uomo: una questione classica a una svolta radicale*, in *Riv. It. Dir. Proc. pen.*, 1985
- PATTI, *Le prove. Parte generale*, in *Trattato*, di Iudica, Zatti, Milano, 2010
- PELUSO, voce *Misure di sicurezza (aspetti sostanziali)*, in *Dig. Disc. Pen.*, 1994
- PESSINA, *Enciclopedia del diritto penale italiano*, Milano, 1904
- PINTO DE ALBUQUERQUE, *Partly dissenting opinion of judge Pinto de Albuquerque*, Corte Edu, 23 febbraio 2017
- PRIORI, *Pratica criminale*, Venezia, 1678, 63-64
- PULITANÓ, *Diritto penale*, Torino, 2013
- PULITANÓ, *Sullo statuto costituzionale delle confische*, in *Giur. Pen. web*, 2019,
- 1

- RAPELLA, *Le Sezioni Unite riconoscono l'applicabilità della confisca allargata in caso di delitto tentato aggravato ai sensi dell'art. 7, l. 203/1991*, in *Dir. Pen. Cont.*, 2018
- ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione, i delitti dei pubblici ufficiali*, Milano, 2002
- ROMANO, GRASSO, PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, ed. 3, Milano, 2011
- SALTELLI, voce *Confisca nel diritto penale*, in *NN. Dig. It.*, 1959
- SANTISE, ZUNICA, *Coordinate ermeneutiche di diritto penale*, ed. 4, 2018
- SBRICCOLI, *Storia del diritto penale e della giustizia: scritti editi e inediti (1972-2007)*, Milano, 2009
- SCARPELLI, *Il problema della definizione del diritto*, Milano, 2005
- SEGALINA, nota a sent. Cass. sez. I, 29 dicembre 2017, *Losito*, in *Arch. Pen.*, 2018
- SEVERINO, *Misure patrimoniali nel sistema penale. Effettività e garanzie*, in *Rassegna dell'Arma dei Carabinieri*, LXIV, 2016, 35
- SGUBBI, *Uno studio sulla tutela penale del patrimonio. Libertà economica, difesa dei rapporti di proprietà e "reati contro il patrimonio"*, Milano, 1980
- SGUBBI, *L'art. 12 quinquies della legge n. 356 del 1992*, in *Atti del IV convegno nazionale di Diritto Penale*, Torino, 1996
- SILVESTRI, *La confisca diretta del profitto*, in *Mass. Uff.*, 2016
- SPIZUOCO, *L'interpretazione dell'art. 240 c.p. e la pericolosità*, in *Giust. pen.*, II, 1972
- TARTAGLIA, *Codice delle confische e dei sequestri. Illeciti penali e amministrativi*, Roma, 2012
- TRAPANI, voce *Confisca (diritto penale)*, in *Enc. giur.*, VIII, 1988

TRINCHERA, *Confiscare senza punire? Uno studio sullo statuto di garanzia della confisca della ricchezza illecita*, in *Itinerari di diritto penale. Monografie*, 2020

TUZZI, *L'art. 578.bis c.p.p.; tra vecchi orientamenti pretori e nuove formulazioni codicistiche*, in *Discrimen*, 2019

VALITUTTI, *Retribuire, prevenire o riparare? Un particolare sviluppo del concetto moderno di pena*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, Riv. Trim., 1, 2017

VARRASO, *Punti fermi, disorientamenti interpretativi e motivazioni "inespresse" delle Sezioni Unite in tema di sequestro ai fini della confisca e reati tributari*, in *Cass. Pen.*, 9, 2014

VASSALLI, *Natura penale della confisca dei beni*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnellutti*, Vol. 4 Diritto pubblico e storia del diritto, Padova, 1950

VASSALLI, *Funzioni e insufficienze della pena*, Milano, 1961

VERGINE, voce *Confisca*, in *Dig. Disc. Pen.*, 2016

VIGANÓ, *Riflessioni sullo statuto costituzionale e convenzionale della confisca "di prevenzione" nell'ordinamento italiano*, in *La pena, ancora: tra attualità e tradizione. Studi in onore di Emilio Dolcini*, 2018

Codice Penale ipertestuale, Torino, 2003

Report dell'incontro di studio organizzato dalla Struttura della formazione decentrata della Corte di Cassazione "*La confisca penale*", Roma, 2019