

Indice

CAPITOLO I

Confisca

1.1	Premessa.....	3
1.2	Genesi.....	6
1.3	Confisca <i>ex art.</i> 240.....	10
1.4	Varie tipologie di confisca.....	16
1.5	Separazione delle misure patrimoniali dalle personali.....	20
1.6	Riforma delle misure di prevenzione patrimoniali	27
1.7	Confisca <i>ex art.</i> 12- <i>sexies</i> L. n. 356 del 1992.....	32
1.8	Mini riforma penale-tributaria	38
1.9	Confisca dei beni sociali per reati contestati al legale rappresentante	50
1.10	Patteggiamento per i reati tributari.....	56
1.11	La normativa comunitaria.....	61
1.12	Natura Giuridica.....	65

CAPITOLO II

Caratteristiche della confisca *ex. Art. 322 ter*

2.1	Ambito di applicazione oggettiva e soggettiva.....	73
2.2	Obbligatorietà ed applicabilità anche alla sentenza di patteggiamento	77
2.3	Differenze con la confisca facoltativa <i>ex art</i> 240.....	83

2.4	Nozione profitto e prezzo del reato.....	86
2.5	Tutela dei terzi: limiti della confisca.....	93
2.6	Sproporzione.....	101
2.7	Onere della prova.....	113

CAPITOLO III

La confisca per equivalente

3.1	Ratio della novella.....	118
3.2	Presupposti e condizioni	126
3.3	Distinzione dell'ambito di applicazione tra il primo e il secondo comma dell'art 322 <i>ter</i> ed evoluzione giurisprudenziale.....	129
3.4	Il vincolo della convenzione europea nell'ordinamento interno	138
3.5	Decisione quadro 2005/212/GAI.....	155
3.6	Applicabilità generalizzata della confisca.....	164
3.7	Mancato recepimento della decisione quadro.....	169

Considerazioni finali	178
------------------------------------	-----

Bibliografia	183
---------------------------	-----

CAPITOLO I

Confisca

1.1. Premessa; 1.2. Genesi; 1.3. Confisca *ex art* 240; 1.4. Varie tipologie di confisca; 1.5. Separazione delle misure patrimoniali dalle personali; 1.6. Riforma delle misure di prevenzione patrimoniali; 1.7. Confisca *ex art. 12-sexies* L. n. 356 del 1992; 1.8. Mini riforma penale-tributaria; 1.9. Confisca dei beni sociali per reati contestati al legale rappresentante; 1.10. Patteggiamento per i reati tributari; 1.11 La normativa comunitaria 1.12. Natura Giuridica

1.1. Premessa

Il termine “*confisca*” trae la sua origine dal verbo “confiscare”, proveniente dall'omonimo verbo latino “confiscare”, a sua volta derivato da *fiscus* (tesoro imperiale) con il prefisso *cum* (con). In particolare, si parla nel linguaggio ordinario di “confisca” al fine di evocare l’idea di incamerare dei beni, coattivamente, nelle casse dello Stato. Nel diritto penale si intende per *confisca* l'acquisizione coattiva senza indennizzo da parte dello Stato di individuati beni o di tutto il patrimonio di colui che ha commesso un reato, come conseguenza di questo. Nei vari ordinamenti può essere configurata come pena, misura di sicurezza o conseguenza del reato. Con la confisca si realizza l'esproprio coattivo di uno o di più beni a favore di un ente. Essa ha come scopo sia quello di punire l'autore di un reato sia

quello di redistribuire i proventi illecitamente ottenuti. La confisca penale non va confusa, quindi, né con quella amministrativa, consistente in una sanzione punitiva per un illecito amministrativo commesso, né con l'espropriazione per pubblica utilità. Finalità precipua della misura di sicurezza reale in commento è proprio quella di evitare che chi ha commesso un reato, mantenendo la disponibilità dei beni illecitamente ottenuti, sia indotto all'ulteriore commissione di reati. Nell'ordinamento italiano, quindi, la confisca rappresenta una misura di sicurezza patrimoniale tendente a prevenire il compimento di nuovi reati. Con l'espropriazione a favore dello Stato dei beni provenienti da fatti illeciti penali si cerca di scongiurare la commissione di ulteriori reati. La confisca ha per oggetto sia le cose che servirono a commettere il reato sia i beni o i profitti ricavati. La dottrina e la giurisprudenza hanno elaborato tre differenti tipologie di confisca e precisamente quella:

- *facoltativa*;
- *obbligatoria*;
- *per equivalente*, oggetto precipuo del nostro studio.

Ai sensi dell'articolo 19, comma 2, del D.Lgs. 8 giugno 2001, n. 231, quando non è possibile eseguire la confisca del prezzo o del profitto del reato, essa può avere ad oggetto beni, altre utilità o somme di danaro di valore equivalente al profitto ricavato dal reato. Questa struttura di confisca consente, però, l'intervento del giudice sui beni estranei al commesso reato, oltrepassando la nozione di confisca, comunemente intesa come esproprio del corpo del reato. Pertanto, la confisca per equivalente si contraddistingue per l'assenza di qualsiasi collegamento tra il reato commesso ed il bene confiscato. Ai sensi del citato articolo 19, comma 2, del D.Lgs. n. 231 del 2001, la misura in esame opera quando non sia possibile eseguire la confisca tradizionalmente intesa. In pratica il ricorso a questo peculiare

istituto deriva dalla materiale impossibilità di procedere all'espropriazione dei beni che hanno formato oggetto del reato. Il profitto del reato oggetto di confisca "si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato; nel caso in cui questo venga consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, non può essere considerato tale anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'autore del reato delle prestazioni che il contratto gli impone"¹. Nella confisca per equivalente, prevista dall'art. 322 *ter* c.p., "non è necessaria la dimostrazione del "nesso pertinenziale" tra il reato e le somme di denaro confiscate (e, prima, sequestrate), ossia non occorre la dimostrazione che trattasi di denaro proveniente dal delitto: ciò in quanto la confisca "per equivalente" ha a oggetto beni nella disponibilità dell'imputato "per n valore corrispondente" a quello relativo al profitto o al prezzo del reato"². Infine, "il sequestro preventivo finalizzato alla confisca, *ex art. 322 ter* c.p., del profitto del reato può essere disposto anche solo parzialmente nella forma per equivalente, qualora non tutti i beni costituenti l'utilità economica tratta dall'attività illecita risultino individuabili"³.

¹ Cass. penale, sez. VI, 15/02/2011, n. 17064

² Cass. penale, sez. III, 27/01/2011, n. 8982

³ Cass. penale, sez. II, 09/02/2011, n. 11590

1.2. Genesi

Ai fini di una valutazione più esaustiva della tematica oggetto del presente studio, si è ritenuto opportuno ricostruire il percorso delle pene - misure patrimoniali, quali la sanzione pecuniaria e la confisca, sulla quale concentreremo in particolare la nostra attenzione, evidenziando le peculiari problematiche che hanno caratterizzato l'applicazione di questa sanzione.

L'istituto della confisca, che nelle nuove forme è riconducibile alla figura tradizionale e originaria solo per la terminologia, tende viepiù ad assumere una connotazione punitiva e polifunzionale, quale sintesi diretta dell'evoluzione del sistema penale, volto a reprimere le disparate e nuove forme di criminalità⁴.

Già nel diritto romano⁵ vi era la tendenza a utilizzare la confisca al di fuori dell'ambito penale, peculiarità propria del diritto penale "moderno". La normativa in materia di confisca, sin dalle origini, si è contraddistinta per l'abuso e l'utilizzo scorretto dell'istituto, come emerge nel diritto medievale, in cui l'uso della confisca assunse dimensioni tali da determinare la produzione di leggi che tentavano di limitarne l'abuso⁶. Questi eccessi nell'impiego di questa sanzione erano determinati, nel diritto romano, dalla realizzazione di due obiettivi: la lotta politica e l'arricchimento della pubblica autorità. Fenomeni questi entrambi presenti

⁴ FIANDACA-MUSCO, *Diritto penale- Parte generale*, Bologna, 2007, Zanichelli, pag. 649.

⁵ Nel diritto, in origine si parlava di " *consecratio bonorum*", in base alla quale si destinavano i beni del condannato a servire il culto degli dei, e poi in epoca repubblicana, con il superamento delle concezioni religiose della pena, si parlava di " *publicatio bonorum*", per cui i beni venivano dati al popolo. Il procedimento religioso, connesso alla *consecratio*, costituiva un freno da non sottovalutare all'emergere dell'istinto del fisco all'arricchimento abusivo; si tendeva infatti a rispettare la successione legittima, mentre dubbi sorgevano per quella testamentaria. La confisca, *publicatio*, si accompagnava oltretutto alla pena capitale alla pena dell'interdizione, o, con Giulio Cesare, al bando; in quest'ultima epoca, inoltre, la *publicatio* incomincia ad essere prevista come pena legale autonoma per alcuni crimini cfr BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, p.115; Id., voce *Pena (Diritto romano)*, in *Nov. mo Dig. It.*, vol. XII, Torino 1957, p.35.

⁶ CIVOLI, *Manuale di diritto penale*, Società editrice libraria, 1907 p. 898.

anche nell'attuale società, come evidenziato dagli studiosi moderni, che hanno descritto l'evoluzione della confisca contraddistinta da finalità economiche da parte di coloro che amministrano la giustizia, facendo proprio il pensiero del Beccaria, "i delitti degli uomini erano il patrimonio del principe".

Nel XVI secolo le pene erano inflitte con lo scopo di intimorire per soli fini retributivi. Si applicava la pena di morte⁷ per reati futili mentre la pena della confisca veniva impiegata anche per fatti non gravi e la sua applicazione era rimessa alla mera discrezionalità del giudice. Le confische divennero frequenti anche in considerazione del fatto che l'autorità giudiziaria era obbligata a sequestrare immediatamente i beni degli imputati, non appena venivano a conoscenza della notizia di reato. In pratica, spesso si veniva sanzionati in modo sproporzionato e se non si trovava il colpevole le pene dovevano essere comunque scontate dai familiari.

Nel XVIII secolo, però, resisi conto dell'iniquità della confisca, soprattutto di quella applicata nei confronti dei familiari i cui effetti si producevano anche dopo il loro decesso, anche per effetto delle pressioni avanzate dalla dottrina, i regnanti iniziarono ad esaminare la problematica dell'utilizzo sproporzionato dell'istituto della confisca, limitandone l'impiego o abolendola in determinati e specifici casi.

Ma ciò rappresentò una mera parentesi, dappoichè nel ventesimo secolo la possibilità di utilizzare la confisca per chiari intenti politici tornò alla ribalta in Europa, soprattutto in Italia. Infatti, durante in fascismo, il

⁷ Anzi la pena capitale finì per essere applicata come un mezzo per liberarsi di individui sicuramente pericolosi, senza avere troppa cura di accertare la loro innocenza o colpevolezza, cfr RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Fondamento e finalità della sanzione: diritto di punire*, Milano, Giuffrè, p. 64.

sistema repressivo divenne sempre più rigido, col malcelato intento di assumere una funzione rieducativa nei confronti del popolo⁸.

La confisca è stata di recente reintrodotta in tantissime leggi speciali, non tanto come strumento di lotta alla criminalità, quanto come istituto volto ad accentrare il potere nelle mani dello Stato, passando da un sistema concorrenziale ad uno monopolistico, per cui “la protezione della proprietà del singolo capitalista deve innanzitutto realizzarsi come protezione dei gruppi economici che controllano lo Stato sia contro ogni attacco esterno da parte dei nuovi concorrenti, che contro ogni possibile rottura interna al cartello monopolistico” (...).

Tutto ciò premesso, l’istituto giuridico della confisca(1) penale è stato inserito e reati in collocato dal legislatore all’interno del codice penale e, precisamente, nel libro I (Dei generale), Titolo VII (Delle misure amministrative di sicurezza), Capo II (Delle misure di sicurezza patrimoniali), con gli articoli 236(2) e 240 c.p. del 1930. Oggetto di confisca possono essere solo le cose mobili od immobili, a cui non sia stata già impressa per legge una destinazione e che non appartengano già allo Stato. In particolare, sono confiscabili anche i beni appartenenti a persone giuridiche.

In conclusione, da questo breve *excursus* storico consegue che la confisca ha da sempre rappresentato una pena fondamentale, soprattutto fino a quando c’è stata una visione del diritto penale assolutistica e retributiva. Ma la caratteristica che merita di essere messa in evidenza e quella del rischio dell’abuso e della strumentalizzazione di questo istituto che, invece, si presenta estremamente interessante per i suoi connotati di

⁸ Anche la mendicizia, il vagabondaggio e l’evasione al servizio obbligatorio lavorativo sono considerate forme di tradimento, che portano alla distruzione del senso etico dello Stato, cfr RUSCHE-KIRCHHEIMER, *Fondamento e finalità della sanzione: diritto di punire?*, p. 301, nota 22.

economicità e proficuità, in particolare se raffrontato all'inefficacia della pena detentiva.

Occorre, quindi, cercare, data l'importanza assunta oggi nell'evoluzione penalistica della sanzione patrimoniale, di conciliare i principi di uno Stato di diritto con una punizione definitiva e afflittiva come la confisca, cercando però, nel contempo, di ridurre il pericolo di strumentalizzarla per soli fini economici.

1.3. Confisca ex art 240 c.p.

Nel nostro sistema la disciplina di riferimento della confisca è rappresentata dall'art 240 c.p., istituto che consiste in un provvedimento ablatorio il quale viene utilizzato dallo Stato per ottenere la proprietà di beni che sono in qualsiasi modo pertinenti alla realizzazione di fatti che costituiscono reato e stabilisce le condizioni in base alle quali procedere a confisca generale, cioè senza alcun vincolo con determinati reati. La normativa, al primo comma, stabilisce che “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 questa prima parte si evince una regola generale in cui è prevista la confisca facoltativa (*rectius* “discrezionale), di alcuni generi di beni: quelli “strumentali al reato”; il “prodotto”; il “profitto” del reato. I presupposti per l'applicabilità della disposizione sono:

- che il procedimento penale si sia concluso con sentenza o decreto penale di condanna avente ad oggetto qualsiasi contravvenzione o delitto;
- che oggetto della confisca siano i mezzi effettivamente utilizzati per la realizzazione del reato. Il profitto, infatti, costituisce la conseguenza economica immediata che si trae dall'illecito penale, mentre il prodotto si riferisce alle cose realizzate, mutate, alterate o acquistate per mezzo del reato;
- che la cosa è confiscabile se non appartiene a persona estranea al reato, cioè a colui che non è responsabile del reato né vi ha partecipato.

La Corte di Cassazione ha evidenziato che i beni soggetti a confisca facoltativa devono essere connessi direttamente con la realizzazione del

reato⁹ da un nesso strumentale essenziale e non meramente "occasionale" che deve unire direttamente e immediatamente i beni col reato¹⁰, cioè che il bene deve essere indispensabile per la realizzazione del reato¹¹; . Pertanto, deve esistere un rapporto di "asservimento" tra bene e reato, "uno stretto nesso strumentale che riveli effettivamente la possibilità futura del ripetersi di un'attività punibile"¹². Ne consegue che il nesso strumentale, non solo costituisce requisito essenziale per l'individuazione dell'oggetto della confisca, ma anche criterio di giudizio per l'accertamento della pericolosità presupposta della confisca facoltativa, basata appunto sul rapporto intercorrente tra il reo e il bene¹³ ; possiamo dire così che l'enunciazione di una prognosi sulla pericolosità sociale¹⁴, insieme alla prova del nesso strumentale del bene alla realizzazione del reato, rappresenta il criterio indicativo della discrezionalità del giudice¹⁵. In base a tale tesi, il rapporto causale tra bene e reato non ci sarebbe, per esempio, rispetto all'auto utilizzata per raggiungere il luogo del delitto oppure per allontanarsi con il bottino. In altre parole, il bene deve essere compatibile all'eventuale possibilità di reiterazione dell'illecito.¹⁶ Sulla base di questi presupposti

⁹ Cfr. Cass. 21 dicembre 1990, Scuffo, in *Giur.it.*, 1992, II, c. 504

¹⁰ Cass. 20 febbraio 1990, Napolitano, in *Cass. pen.*, 1991, I, p. 1769; Cass. 19 ottobre 1978, Giordano, in *Riv. pen.*, 1979, c. 161.

¹¹ Cfr. Cass. 6 giugno 1994, Violato, in *Riv. pen.*, 1995, p. 1096; Cass. 21 maggio 1985, Magri, in *Riv. pen.*, 1986, p. 332, dove si giustifica la confisca del mezzo usato, in quanto indispensabile alla realizzazione del reato in considerazione del numero e del peso degli oggetti rubati; Cass. 7 giugno 1972, Giovannoni, in *Cass. pen.*, 1973, p. 1214; Cass. 29 gennaio 1971, Vocaturi, in *Cass. pen.*, 1972, p. 494.

¹² Cass. 3 maggio 1994, Rilande, in *Riv. pen.*, 1995, p. 681.

¹³ FIORAVANTI, *Brevi riflessioni in tema di confisca facoltativa*, in *Giur. it.*, 1992, c. 508; cfr. Cass. 6 giugno 1994, Violato, in *Riv. pen.*, 1995, p. 681.

¹⁴ Cfr. Cass. 22 marzo 1991, Falbo, in *Cass. pen.*, 1993, p. 931 e Cass. 3 maggio 1985, Cattaneo, *Riv. pen.*, 1986, p. 836, che richiedono pure il nesso strumentale della cosa al compimento del reato; Cass. 21 dicembre 1990, Scuffo, in *Giur.it.*, 1992, II, c. 504; Cass. 29 gennaio 1971, in *Cass. pen.*, 1972, p. 118. In questa direzione, ad esempio, Cass. 29 ottobre 1985, Bassanese, in *Riv. giur. circ. trasp* 1986, p. 366, ha stabilito che la confisca facoltativa dell'autoveicolo in caso di guida in stato di ebbrezza *ex art.* 132 c. strad., può essere ordinata solo se è fornita la prova che lo stato di ebbrezza e la guida in quello stato non costituiscono una circostanza del tutto accidentale, ma piuttosto si tratti di una circostanza tale da ritenere pericolosa per l'avvenire la disponibilità dell'autoveicolo.

¹⁵ Cass. 21 dicembre 1990, Scuffo, in *Giur.it.*, 1992, II, c. 504.

¹⁶ Cass. 11 febbraio 1993, Bertelli, in *C.E.D.* n. 193403. *Contra* ritiene confiscabile l'auto usata dallo spacciatore di stupefacenti, poichè l'utilizzo del veicolo rende più facile e più insidioso l'esercizio della

possiamo, quindi, affermare che non è sufficiente che il bene sia utile (*condicio sine qua non*) per la realizzazione di un reato, ma è indispensabile che sia direttamente riconducibile a tale bene, deve rappresentare, cioè, un mezzo per conseguire un *elemento costitutivo del fatto tipico*.¹⁷

A prescindere dalle problematiche inerenti alla questione sulla natura giuridica della confisca, se si vuole dare valore alla normativa che gli attribuisce la qualità di misura di sicurezza, affidandole una finalità preventiva, si deve considerare che solo i beni tipicamente strumentali al reato spiegano quel giudizio di pericolosità che viene presupposto nella confisca facoltativa, in quanto trattasi di beni che, essendo a disposizione del reo, possono costituire un incentivo alla commissione di ulteriori reati; solo così si può restringere l'ambito di applicazione di questa misura, perché altrimenti prevarrà la sola finalità repressiva. Ne consegue che dalla *ratio* dell'art. 240, primo comma, si evince la limitazione della confisca facoltativa ai soli beni che sono stati impiegati dal reo nella commissione del reato, cioè del *fatto tipico*, con l'esclusione di quei beni che rientrano in attività precedenti¹⁸ o susseguenti¹⁹. I beni oggetto della confisca facoltativa non devono, quindi, appartenere a persone estranee al reato.

turpe attività Cass. 2 marzo 1989, Rivoli e altro, in *Riv. pen.*, 1990, p.447; o l'auto usata per recarsi sul luogo del delitto e fuggire con la refurtiva Cass. 20 giugno 1983, De Ponte e altro, in *Arch.giur.circol.e sinistri* 1985,p. 118. E addirittura in una sua recente pronuncia la Suprema Corte ha affermato che per cose che servirono a commettere il reato "devono intendersi quelle impiegate nell'esplicazione dell'attività punibile, senza che siano richiesti requisiti di *indispensabilità* , ossia che debba sussistere un rapporto causale diretto ed immediato fra la cosa ed il reato nel senso che la prima debba apparire come indispensabile per l'esecuzione del secondo",Cass. 4 agosto 1993, Raia, in *Giust. pen.*, 1993, p.186.

¹⁷ Cass. 14 novembre 1988, Spampinato, in *Riv. pen.*,1990 , p.771.

¹⁸ Cfr. DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza patrimoniali*, cit., p. 1559; ALESSANDRI, op. cit., p. 51;cfr. Cass. 19 MARZO 1986, Tedeschi, in Cass. pen. 1987, p. 2115.

¹⁹ *Contra* SPIZUOCO, *L'interpretazione dell'art 240 e la pericolosità*, in *Giust. pen.*, 1972, c.382, ritiene, invece, confiscabile anche la cosa che si stata utilizzata nelle fasi della condotta extrareato, purchè l'uso di essa abbia avuto stretta e diretta relazione causale con l'avvenuta commissione del reato.

Ci sono varie interpretazione al riguardo; parte della dottrina e della giurisprudenza²⁰ sostiene che nel concetto di appartenenza si deve ricomprendere anche la categoria dei diritti reali di godimento, i diritti reali di garanzia e i diritti del venditore con patto di riscatto o di riservato dominio; questa tesi fa leva sul fatto che la relativa normativa utilizza un'espressione generica e che, quindi, non sembra riferita soltanto alla proprietà .

Secondo un'altra teoria il concetto di appartenenza accolto in relazione ad un terzo è quello di proprietà, e non quello civilistico inteso come titolarità di un diritto²¹; questa interpretazione si giustifica con la necessità di sottrarre la proprietà della cosa al penalmente responsabile anche quando i terzi siano usufruttari, locatari o usurari della *res*.

La confisca di oggetti di proprietà del condannato, su cui gravano diritti altrui, non è incompatibile con il rispetto di questi ultimi²²; il terzo mantiene comunque il suo diritto nei confronti dell'oggetto divenuto di proprietà dello Stato²³. La Suprema Corte ha infatti stabilito che "il diritto trasferito allo Stato stesso trova i suoi limiti in quello già spettante all'imputato, né possono attribuirsi al provvedimento giurisdizionale che siffatto provvedimento ha disposto, effetti che esorbitino dalla sfera patrimoniale dei soggetti partecipi del rapporto processuale"²⁴. Infine, la

²⁰ Cfr. CHIAROTTI, *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato*, cit., c. 638; Cass. 2 luglio 1956, *Giust.pen.*, 1956, II, c. 171.

²¹ Cfr. GUARNERI, op. cit., p. 42.

²² Cfr. ALESSANDRI, op. cit., p. 54.

²³ Cfr. LOZZI, *L'appartenenza nel diritto penale*, in *Riv. it. proc. pen.*, 1958, p.715 s.; GULLO, op. cit., c. 52; DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza patrimoniali*, cit., p. 1560 s.; CHIAROTTI, *Sulla tutela dei diritti delle persone estranee al reato*, cit., c. 639.

²⁴ Cass. 30 marzo 1965, Ditta A.G. Vetsch e C., in *Giust.pen.*, 1966, III, c.103; *contra* MONTELEONE, *Effetti "ultra partes" delle misure patrimoniali antimafia- profili di diritto processuale civile e fallimentare*, in *Riv. trim.dir.proc.civ.* 1988, p. 579 s. La stessa Cass. 30 maggio 1989, Prefetto Piacenza c. Società Barclays Fidelity, in *Foro it.* 1990, I, c, 591 ha così riconosciuto il diritto del creditore ipotecario di soddisfare le sue ragioni sul veicolo confiscato o sul ricavato della vendita; in questa direzione cfr. Cass. 18 maggio 1994, *Comit leasing s.p.a. in proc. Longarini*, in *Giust. pen.*, 1995, c. 484; Cass. 10 giugno 1994, Moriggi, in *Giust. pen.* 1995, c. 294; Cass. 7 marzo 1985, Costa, in *Cass. pen.* 1986, p. 886.

Cassazione a sezioni unite, dopo aver ribadito che la normativa relativa alla tutela dei terzi ha carattere generale, e quindi va applicata ad ogni tipologia di confisca, ha stabilito che, qualora vi siano diritti reali di garanzia gravanti sul bene, questi ultimi non risultano compromessi dalla confisca, anche se i loro titolari "abbiano tratto oggettivamente vantaggio dall'altrui attività criminosa", purché "riescano a provare di trovarsi in una situazione di buona fede e di affidamento incolpevole"²⁵. Questo orientamento trova riscontro nell'indicazione della Corte Costituzionale, che ha sancito che, a parte le ipotesi in cui si rappresenti un'illeceità oggettiva, che prescinde dal rapporto con il soggetto che ne dispone, il principio di personalità della responsabilità penale afferma che non può essere ordinata la confisca di cose attinenti al reato che, al tempo della decisione del giudice, siano di proprietà di un soggetto che "non sia l'autore del reato o non ne abbia in alcun modo tratto profitto" anche se la dottrina ha messo in evidenza che deve essere valutato come un principio di applicazione generale²⁶. Pertanto, in conclusione va rimarcato che la confisca facoltativa non si applica al terzo estraneo al reato²⁷.

Nel secondo comma, invece, "è sempre ordinata la confisca: 1) delle cose che costituiscono il prezzo del reato; 2) delle cose, la fabbricazione, l'uso, il porto, la detenzione o l'alienazione delle quali costituisce reato, anche se non è stata pronunciata condanna". Questa disposizione prevede, pertanto, una confisca "obbligatoria", con riferimento però ad altre tipologie di beni, con la conseguenza che il giudice è tenuto sempre a disporre la confisca:

²⁵ Cass. sez. un., 28 aprile 1999, Baccherotti, in *Foro it.* 1999, II, c. 580, relativa alla confisca *ex art* 644 c.p.

²⁶ Così GRASSO, Art. 240 c.p., cit., p. 529. Ampiamente sulla tutela dei terzi contro le moderne sanzioni patrimoniali e sulle previsioni del progetto Grosso di riforma del codice penale su tale aspetto, cfr. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali*, cit., p. 229 ss. 245. 304 ss.- 554 ss.- 896 per la confisca preventiva, 387 ss.

²⁷ Cfr. MANZINI, op. cit., p. 389.

- In caso di condanna, dei beni che costituiscono il corrispettivo del reato, che è diverso dal profitto, in quanto quest'ultimo è suscettibile solo di confisca facoltativa;
- del prezzo del reato e dei beni intrinsecamente criminosi il cui utilizzo, porto, alienazione o detenzione costituisce reato, specificando però che si procede a confisca anche a prescindere da una pronuncia di condanna.

Negli ultimi due commi segue la disciplina generale della confisca in relazione alla tutela da assicurare ad un terzo rispetto alla privazione di un bene su cui vanta un diritto.

L'evoluzione della confisca del profitto del reato, da un potere discrezionale del giudice a un'applicazione obbligatoria in caso di condanna, nasce nei primi anni settanta da numerose leggi speciali che hanno come obiettivo la repressione della criminalità. L'obbligatorietà della misura si evince soprattutto in una nota sentenza della Corte costituzionale con cui viene messa in evidenza la necessità di affiancare alle pene edittali principali ed accessorie strumenti ablativi che tolgono al reo la disponibilità del bene connesso a qualsiasi titolo alla commissione del reato, rimarcando così la carica afflittiva della condanna²⁸. Appare di tutta evidenza come da ultimo il legislatore consideri la confisca come strumento idoneo per la lotta contro la criminalità. Dall'analisi delle ultime introduzioni²⁹ normative si può notare una tendenza del nostro legislatore ad attribuire

²⁸ Corte cost., 17 luglio 1974, n.229, in *Giur. cost.*, 1974, 2297, "l'obbligatorietà della confisca trova una ragionevole giustificazione ai fini di una lotta più incisiva ad un'attività penalmente illecita e ritenuta dal legislatore. in base al suo libero apprezzamento. particolarmente lesiva degli interessi finanziari dello Stato oltretutto per la sua diffusione anche per l'organizzazione capillare e le multiforme diramazioni di cui è in grado di disporre(...)".

²⁹ Non ci si può esimere dal citare la disposizione introdotta sempre dalla legge n. 125/2008 in tema di guida in stato di ebbrezza. Con l'art 4 si è stabilita la modifica dell'art 186 d. lgs. 30 aprile 1992.n.285(codice della strada), prevedendo, altresì, che " Con la sentenza di condanna ovvero di applicazione della pena a richiesta delle parti, anche se è stata applicata la sospensione condizionale della pena, è sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'articolo 240, secondo comma, del codice penale, salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato".

maggiore spazio all'istituto della confisca e, quando sia possibile, rendere la sua operatività obbligatoria, facendo salvi in ogni caso i diritti dei terzi.

1.4. Varie tipologie di confisca

Come abbiamo avuto modo di osservare, nel nostro ordinamento la disposizione principale in materia di confisca è statuita dall'art. 240 c.p., che prevede le condizioni in base alle quali è possibile procedere alla confisca *in generale*, cioè senza alcuna limitazione a determinati illeciti.

Accanto alla menzionata normativa generale, sussistono poi una miriade di disposizioni speciali in materia di confisca disciplinate nello stesso codice penale, leggi, o altri codici.

La peculiarità di queste disposizioni si mostra in relazione a uno o più requisiti di specificazione, riguardanti: determinati e tassativi reati presupposto di questi specifici istituti della confisca; l'oggetto della confisca, in relazione a determinate categorie di tematiche che possono essere limitate oppure diverse rispetto a quelle stabilite nella disposizione generale; il regime della confisca, disposta in termini di obbligatorietà in modo diverso rispetto alla disposizione di cui all'art. 240 c.p.; le presunzioni che facilitano la possibilità di ordinare la confisca, come ad esempio la sproporzione delle cose possedute in relazione ai redditi dichiarata o all'attività economica lecita; gli *standards probatori* necessari per consentire l'ablazione; le possibilità di *restituzioni* al danneggiato e alla parte lesa e la tutela del terzo diversa da quanto disciplinato nella normativa generale.

Nelle discipline speciali relative alla confisca il legislatore applica una estensione del regime di obbligatorietà della confisca anche a determinate cose per le quali la confisca invece sarebbe facoltativa come si evince dalla disciplina principale, mentre altre volte dispone la confisca di valore (non prevista nella disposizione generale), condizionando o meno

tale regime alla condanna dell'imputato e salvaguardando a volte una tutela più o meno estesa del terzo rispetto a quella della disciplina generale.

Di conseguenza il panorama normativo sui vari tipi di confisca si presenta come segue:

La confisca di cui all'art. 416-bis, comma 7, c.p.(associazione mafiosa),il cui presupposto per la sua applicazione è rappresentato dalla condanna dell'imputato;essa va disposta per le cose che servirono o furono destinate a commettere il reato e per le cose che ne sono il prezzo,il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego. Questa disposizione è stata introdotta con la legge Rognoni- La Torre, allo scopo di colpire le cose derivanti dall'attività di riciclaggio dei profitti illeciti.

La confisca prevista dall'art. 644c.p.,(usura), che rappresenta un'altra ipotesi di confisca obbligatoria in cui è possibile notare come la disposizione non si limiti a prevedere la confisca sempre obbligatoria anche per le cose che costituiscono il profitto del reato, ma la è prevista anche per le somme di denaro,per i beni e qualsiasi altra utilità,che, pur non avendo una stretta attinenza al reato, siano nella disponibilità del reo, anche per interposta persona, per un ammontare pari al valore degli interessi o degli altri vantaggi o compensi usurari confermati nel provvedimento di condanna. La norma però fa salvi i diritti al risarcimento del danno della persona offesa del reato, alla restituzione. Inoltre la norma sancisce espressamente che deve essere ordinata la confisca anche nel caso di patteggiamento.

Confisca prevista dall'art 640-quaterc.p. (delitti di mafia)

In base a tale disposizione la confisca di cui all'art 322-ter può essere applicata anche in seguito alla condanna per i delitti di cui agli articoli 640, secondo comma, numero uno, 640-bis e 640-ter,secondo comma, c.p.

La confisca prevista dall'art 301 d.P.R. 23.1.1973, n.43 (contrabbando)

Abbiamo però disposizioni speciali che colpiscono maggiormente la struttura della confisca di cui all'art. 240 c.p. con le quali è ordinata la confisca di singoli beni determinati per il nesso con il reato, sia questa pertinenzialità mediata o meno dalle peculiarità del soggetto che detiene il bene.

In alcune disposizione speciali però la pertinenzialità viene meno , poichè l'oggetto della confisca è individuato a senza il bisogno di considerare ogni nesso diretto o indiretto con l'illecito³⁰,essendo le cose ritenute confiscabili solamente perchè appartengono ad un persona determinata in relazione a sue particolari qualità³¹, così da presentare caratteristiche tipiche di quella che è la "confisca patrimoniale".

Le due fondamentali disposizioni che si distaccano in modo significativo dalla struttura base della confisca generale sono raffigurate come "confisca estesa" ex art.12-sexies d.l. n. 306/1992 conv.in l. n.356/1992 e successive modifiche e dalla confisca di prevenzione ex artt.2-bise 2 ter della l. n. 575/1965, modificate dalla l. 15 luglio 2009 che ha introdotto per le suddette disposizioni il principio di reciproca autonomia tra le misure di prevenzione personali e patrimoniali per cui si dovranno applicare quest'ultime a prescindere dal giudizio della pericolosità sociale del soggetto individuato al tempo della richiesta .

³⁰ In realtà il riferimento al reato resta solo come presupposto dell'imputazione penale del soggetto, ma non seleziona più il tipo di bene aggredibile, nè direttamente(mediante descrizione del tipo collegato al reato: ad esempio profitto, prodotto, prezzo del reato ovvero bene strumentale al reato) nè indirettamente(come parametro di valore della confisca per equivalente commisurata rispetto ai beni pertinentziali al reato, come nel caso di confisca di beni di valore equivalente al profitto del reato)

³¹ La qualità del soggetto si può talvolta manifestare non solo con riferimento a qualifiche soggettive ti tipo penale(indagato, imputato o condannato per determinati reati, ovvero soggetto pericoloso)ma anche con riferimento a relazioni e rapporti con le cose possedute dalla persona(come la sproporzione rispetto ai redditi e all'attività lecita)

Infine, va menzionata anche la confisca prevista dal d.lgs. n.321/2001 in materia di responsabilità degli enti per illeciti dipendenti da reato. Anche in questo caso si parla comunque di una confisca speciale prevista anche per equivalente, di beni individuati caratterizzati da un legame pertinenziale con l'illecito.³² Ma in questo caso, la particolarità consiste nella circostanza che l'ablazione in parola non colpisce una persona fisica, ma un ente che sia dotato o meno di personalità giuridica, per una responsabilità riconosciuta direttamente e inerente all'illecito dipendente da reati realizzati nell'interesse o vantaggio dell'ente stesso da persone fisiche che ricoprono posizioni di vertice al suo interno. In merito, appare immediatamente evidenziabile che da tale introduzione ci sono state importanti conseguenze nel nostro ordinamento, basato fondamentalmente sulla considerazione della confisca penale come misura di sicurezza applicata in relazione ai responsabili di reati e quindi persone fisiche, in quanto in precedenza la confisca nei confronti degli enti veniva impiegata solamente per intermediario, dietro la quale in realtà agiva sempre una persona fisica. Gli effetti di questo sistema sono sostanzialmente la perdita, da parte della persona giuridica della sua qualifica intrinseca di terzo rispetto al reato nonché l'applicabilità della natura sanzionatoria espressamente specificata dal legislatore per la principale ipotesi di confisca, quella del profitto, prezzo o prodotto del reato.

Dopo questa breve elencazione possiamo si può concludere che le numerose disposizioni che prevedono la confisca non sono armoniosamente coordinate tra loro, anzi molte volte tendono a sovrapporsi, generando spesso difficoltà interpretative e applicative.

³² O dai provvedimenti adottati in conseguenza di questo, come nel caso della confisca del profitto derivate dalla gestione commissariale dell'ente.

1.5. Separazione delle misure patrimoniali dalle personali

Il Decreto legge 23 maggio 2008 n. 92 convertito , con modificazioni, in legge 24 luglio 2008 n. 125(misure urgenti in materia di sicurezza pubblica- pacchetto sicurezza), ha separato le misure patrimoniali da quelle personali. Tale riforma era stata auspicata non solo dalla Commissione Fiandaca nel d.d.l. delega recante “*Misure di contrasto alla criminalità organizzata*”, ma anche nella Relazione della Commissione antimafia.³³

L’obiettivo che si voleva realizzare con questa divisione era quello di sottrarre le misure patrimoniali dalle questioni di legittimità costituzionali sorte intorno alle misure personali³⁴.

La riforma è stata agevolata anche dal fatto che i procedimenti previsti per le suddette misure sono molto diversi tra di loro: per l’applicazione delle misure di prevenzione personale, il giudice potrà esaminare la questione solo dopo che si è concluso il relativo procedimento, mentre per quanto riguarda l’applicazione delle misure patrimoniali non è fondamentale la conclusione dell’indagine patrimoniali perché spesso le stesse esigenze cautelari richiedono l’applicazione immediata del sequestro³⁵.

Prima della riforma vi era stata una separazione solo parziale realizzata grazie alla L. 575/1965: essa prevedeva la possibilità di ricorrere

³³ L. VIOLANTE, *Conclusioni*, in *Le misure di prevenzione patrimoniali. Teoria e prassi applicativa*, Carucci, 1997, p. 490 ss.

³⁴ A. GIALANELLA, *I patrimoni di mafia-La prova, il sequestro, la confisca, le garanzie*, Esi, 1998, p. 174; P. CELENTANO, *La nuova ipotesi particolare di confisca obbligatoria*, in Riv. pen. economia, 1994 p. 310 ss; E. GALLO, *Misure di prevenzione*, in *App. Enc. Giur.*, XX, p. 15 ss.

³⁵ A. FALLONE, *Luci ed ombre del procedimento di prevenzione patrimoniale*, in *Documenti Giustizia*, 1995, n. 4, p. 610 ss.

alla confisca anche laddove la persona a cui doveva applicarsi la misura fosse assente o avesse la residenza o la dimora all'estero³⁶.

La trasformazione del procedimento patrimoniale ha, poi, subito un'ulteriore spinta con l'art. 10 del decreto n. 92/2008. Tale articolo, aggiungendo il comma 6-bis all'art. 2 della L. 575/65, ha sancito espressamente l'applicazione disgiunta delle misure patrimoniali.

La *ratio* della riforma era quella di garantire un'azione autonoma contro il patrimonio della persona indiziata di appartenere ad un'organizzazione criminale: nel momento in cui si provava la sproporzione o comunque l'origine illecita dei beni da confiscare si poteva agire direttamente senza che fosse necessario l'applicazione delle misure di prevenzione personali.

Quanto detto trova, del resto conferma nei lavori preparatori dove si afferma che: *“per contrastare più efficacemente la criminalità organizzata è necessario incidere su uno degli elementi sui quali la stessa è maggiormente vulnerabile. L'intervento consiste nel passaggio da un approccio incentrato sulla pericolosità del soggetto a una visione imperniata sulla formazione illecita del bene che, una volta reimmesso nel circuito economico, è in grado di alterare il sistema di circolazione della ricchezza, minando così alla radice le fondamenta di un'economia di mercato”*.

Questo obiettivo non è stato però realizzato perchè il Legislatore ha ommesso la modifica dell'iter procedimentale per l'applicazione delle misure patrimoniali. L'art. 2-ter considerava le misure patrimoniali congiuntamente a quelle personali in quanto affermava che *“ nel corso del procedimento per l'applicazione di una delle misure di prevenzione*

³⁶ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, cit., p. 409 ss; A.M. Maugeri, *Le sanzioni patrimoniali come moderno strumento di lotta contro il crimine: reciproco riconoscimento e prospettive di armonizzazione*, Giuffrè, 2008, p. 106 ss.

previste dall'art. 3 della legge 27 dicembre 1956, n. 1423, iniziato nei confronti delle persone indicate nell'art. 1, il tribunale, ove necessario, può procedere ad ulteriori indagini oltre quelle già compiute a norma dell'articolo precedente(...)". Al comma 6, del suddetto articolo viene posto un termine di decadenza per l'applicazione delle misure patrimoniali in quando si stabilisce che " *i provvedimenti previsti dal presente articolo possono essere adottati, (...), anche dopo l'applicazione della misura di prevenzione, ma prima della sua cessazione*".

L'unico risultato conseguito da questa riforma è stato quello di permettere la confisca del patrimonio anche di chi sia deceduto durante il procedimento o addirittura che sia morto nei cinque anni successivi³⁷.

Questa scelta è stata presa sulla scorta dell'esperienza giuridica che ha più volte evidenziato che le organizzazioni criminali spesso sono propense a sacrificare i loro adepti piuttosto che rischiare di subire la confisca dei beni di cui il proprio membro aveva la disponibilità. Con questa modifica³⁸, invece, si evita che l'ablazione sia vanificata dalla morte del'indagato anche se naturalmente in questi casi il procedimento inizia o comunque prosegue nei confronti dei successori.

A tal proposito nella Relazione della Commissione Antimafia si legge " *l'arricchimento illecito accertato in capo al proposto giunge agli eredi in caso di morte del proposto prima che il procedimento sia concluso*".

Il procedimento che viene intrapreso entro i cinque anni dalla morte è anch'esso scaturito dall'esperienza giudiziale: essa ha messo in evidenza che i pubblici ministeri vengono a conoscenza della natura illecita del

³⁷ Cass. pen., 25 gennaio 2008, n. 9576, in *Cass. pen.* 2008, p. 555. La S.C. ha affermato che la confisca può essere disposta, nei riguardi dei successori a titolo universale o particolare, entro il termine di 5 anni dal decesso.

patrimonio solo a seguito di rilevazioni effettuati dai collaboratori di giustizia. In questi casi, però, era preclusa la possibilità di agire nei confronti dei successori perché essi non rientravano nella categoria degli indiziati.

Sul punto si è pronunciata anche la Corte Costituzionale, la quale non aveva riconosciuto l'incostituzionalità della normativa che subordinava la confisca dei beni di provenienza illecita all'applicazione della misura di prevenzione personale o che vietava la misura patrimoniale nel caso di morte del preposto. La subordinazione, essendo una scelta riservata al Legislatore, risulta del tutto legittima anche perché la confisca non viene applicata ai beni in quanto tali, ma in quanto posseduti da persone considerate pericolose³⁹.

Nonostante l'intervento della Corte Costituzionale, nella prassi giurisprudenziale si tendeva a considerare separatamente le misure personali e applicarle in maniera autonoma rispetto a quelle patrimoniali⁴⁰.

Tale prassi del resto era stata avallata dalla stessa Corte Costituzionale, che nonostante il disposto del comma 6 dell'art. 2-ter, aveva ammesso la possibilità di applicare la confisca anche dopo la cessazione della durata della misura di prevenzione personale, purché il procedimento patrimoniale fosse iniziato⁴¹.

La Suprema Corte aveva addirittura, affermato che la *“ratio della confisca va al di là dell'esigenza di prevenzione nei confronti di determinati soggetti pericolosi e sorregge dunque la misura oltre la permanenza in vita del soggetto pericoloso; lo scopo della misura*

³⁹ Corte Cost. ord 17 novembre 2004/368, in *Riv. trim. dir. pen. econ.* 2005, p. 213 ss; Corte Cost.n. 335 del 1996, in *Cass. Pen.* 1997, p. 334;

⁴⁰ Cass. S.U., 7 febbraio 2001, in *Dir gius.*, 2001, n. 12, p. 28 ss; Cass, 28 gennaio 1994, in *Cass. Pen.*, 1995, p. 391 ss. L a S.C. ha affermato che che la revoca della misura personale per sopravvenuta cessazione della pericolosità non comportava in alcun caso la revoca della misura patrimoniale.

⁴¹ Corte Cost., n. 465 del 1993

preventiva è, infatti, quello di eliminare l'utile economico proveniente dall'attività criminosa e tale finalità resterebbe frustrata se i familiari o gli eventuali prestanome delle persona affiliata ad organizzazioni criminali potessero riacquistare la disponibilità dei beni confiscati in seguito alla morte della persona socialmente pericolosa”⁴².

I giudici di legittimità, quindi, sostenevano un orientamento opposto a quanto affermato dai Giudici delle Leggi. A differenza di questi ultimi, i primi collegavano la pericolosità del patrimonio alla sua provenienza illecita e non alla pericolosità del soggetto.

Per poter applicare il procedimento di prevenzione alle sole misure di prevenzione è necessario dare un'interpretazione estensiva al testo dell'art. 2-ter, comma 1-6: il termine previsto da quest'ultimo comma non costituisce un limite insuperabile, perchè è possibile richiedere e applicare in modo autonomo le misure patrimoniali di cui al comma 6-bis del suddetto articolo.

Questo tipo di interpretazione se da una parte favorisce l'autonomia delle misure patrimoniali dall'altra si conformerebbe maggiormente a quanto affermato dalla Relazione della Commissione Antimafia, soprattutto nella parte in cui sottolinea che lo scopo della riforma è quello di *“prevenire che provvedimenti modificativi della misura di prevenzione concernente il soggetto travolgano le misure patrimoniali”*.

Sarebbe comunque opportuno riorganizzare la disciplina in modo più sistematico consentendo che la nuova disciplina sia pienamente conforme al principio di legalità e tassatività.

⁴² Cass. 17 luglio 1995, in *Riv. pen.* 1996, p. 526; Cass. S.U. 3 luglio 1996, in *Riv. pen.* 1996, p. 3069. La Corte ha affermato che *“il decesso potrebbe essere deliberatamente perseguito da terzi proprio al fine di riciclare i beni”*. Cass., 24 novembre 1998, in *Riv. pen.* p. 3558 ss; Cass., 31 gennaio 2005, in *Guida al diritto*, 2005, n. 25, p. 55; Cass. 10 aprile 2008, n. 17632

In base al diritto vivente quindi applicare le misure di prevenzione patrimoniale in modo disgiunto da quello personale significa procedere solo nei confronti del patrimonio di coloro che sono indiziati di appartenere ad un'organizzazione mafiosa o di commettere uno dei reati contemplati ex art. 51, comma 3-bis c.p.p..⁴³

La giurisprudenza ha preferito questa interpretazione rispetto a quella che affermava il modello dell'*actio in rem*: questo orientamento sosteneva che il giudice poteva autorizzare il sequestro e la confisca del patrimonio di origine illecita a prescindendo dal proprietario⁴⁴.

La possibilità di applicare in modo autonomo le misure patrimoniali giova del resto anche allo stesso indagato che in questo modo non verrebbe privato della propria libertà personale, che da quanto è emerso nella prassi non sempre si è rilevato lo strumento più adeguato ad assicurare le esigenze di prevenzione speciale.

È però necessario assicurare il pieno rispetto del principio di proporzione e di colpevolezza anche per quanto riguarda l'applicazione di queste misure patrimoniali ; e proprio per questo motivo è importante applicare questo tipo di procedimento sotto la supervisione di un giudice che assicuri l'imparzialità e la tutela dei terzi⁴⁵.

Nella prassi questa separazione ha favorito la formazioni di particolari competenze dei magistrati che si sono specializzati nell'ambito delle indagini e delle questioni patrimoniali. A tal proposito non si può non ricordare che il progetto della Commissione Fiandaca si proponeva di attribuire le competenza in ordine all'applicazione della confisca ex art. 12-

⁴³ L. FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie. Confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderni*, Cedam, 1997, p. 77

⁴⁴ A.M. MAUGERI, cit. p. 90 ss.

⁴⁵ A. GIALANELLA, *Prevenzione patrimoniale e strategia dell' "actio in rem": la pericolosità in sé della cosa, la sospensione provvisoria dell'amministrazione dei beni e la ricchezza contigua*, in *Riv. trim. dir. pen. economia*, 2001, p. 281 ss.

sexies al giudice della prevenzione patrimoniale, assumendo in quest'ipotesi il procedimento di prevenzione un carattere sussidiario al processo penale⁴⁶.

⁴⁶ L. FILIPPI, *Il procedimento di prevenzione patrimoniale*, Cedam, 2002 p. 472 ss.

1.6. La riforma delle misure di prevenzioni patrimoniali

A seguito dell'entrata in vigore dell'art. 12-sexies D.lgs. 306 del 1992 Il Legislatore ha ritenuto indispensabile procedere ad una riforma delle misure di prevenzione. L'intervento in questione è stato realizzato all'interno del c.d. pacchetto sicurezza che, allo stato attuale, costituisce uno dei principali strumenti creati e per prevenire e reprimere la raccolta di capitali illeciti da parte della criminalità organizzata.⁴⁷

In realtà tale riforma era stata già da tempo auspicata dalla dottrina, la quale aveva più volte ribadito l'esigenza di riorganizzare l'intera materia all'interno di un Testo Unico.

È bene evidenziare che la ratio che ha permesso di realizzare questo progetto è da ricercare nella mancanza di una normativa idonea ad aggredire dal punto di vista patrimoniale le organizzazioni mafiose.

In particolare nel 2002, la *“Relazione sullo stato di attuazione della normativa e della prassi applicative in materia ai sequestro, confisca e destinazione dei beni della criminalità organizzata”*, elaborata dalla Commissione parlamentare del Governo allora incarica, aveva evidenziato che nella lotta contro la criminalità organizzata, a causa delle difficoltà riscontrate nel coordinamento delle indagini vi era stato una notevole diminuzione delle confische e sequestri effettuati⁴⁸.

Il decreto legge n 92 del 2008 ha, pertanto, tentato di colmare queste lacune senza però riuscirvi compiutamente :poichè la disciplina elaborata a causa di alcune incertezze espositive si presta ad interpretazione da parte non sempre univoche da parte della giurisprudenza

⁴⁷ Il progetto di legge è stato assegnato alla II Commissione Permanente (Giustizia) il 20 dicembre 2007.

⁴⁸ La Relazione è stata approvata nella seduta del 27 novembre 2007 e trasmessa alle Presidenze delle Camere il 28 novembre 2007.

La legge in esame si è preoccupata di ampliare la cerchia dei destinatari delle misure di prevenzione: essa, infatti, ha collocato accanto agli indagati per i reati di associazioni di tipo mafioso anche coloro che sono accusati di aver commesso uno dei reati di cui all'art. 51 comma 3-bis c.p.c..

Questa modifica è stata realizzata a seguito della proposta avanzata dalla Commissione Fiandaca che nella propria relazione aveva ribadito la necessità di avviare nella fase delle indagini preliminari degli accertamenti patrimoniali anche in ordine ai delitti connessi con criminalità organizzata.

Il Legislatore, così operando, ha optato per un rinvio automatico varando il citato all'art. 51 comma 3-bis che consente, quindi, di applicare le misure di prevenzione in generale e la confisca in particolare a tutti i reati che sono collegati con la criminalità organizzata anche a quelli che verranno considerati successivamente come “delitti di mafia.”⁴⁹

Nel contempo la riforma ha anche ristretto l'ambito di applicazione delle misure di prevenzione procedendo all'abrogazione dell'art. 14 della L. 55/90. Si è avuta, quindi, la fine delle innumerevoli discussioni sorte in ordine all'applicazione delle suddette misure ai soggetti indicati ex art. 19 L. 1527/75 (Legge Reale), inerente alle misure di prevenzione nei confronti delle persone pericolose per la sicurezza e per la pubblica moralità .Questa normativa aveva al suo tempo previsto l'applicazione delle misure di prevenzione anche ai soggetti contemplati negli artt. 1 e 2 della L. 1423 del 1956, cioè a coloro che, sulla scorta di elementi di fatto, sono considerati abitualmente dediti a traffici delittuosi o che vengono considerati per il loro stile di vita soggetti che vivono con i proventi di attività delittuose

⁴⁹ G. FIANDACA, La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzia di legalità, in *Foro it*, 1987, p. 69.

La *ratio*, sottesa alla abrogazione dell'art. 14, può essere ricercata nel tentativo di contemplare nel raggio di applicazione delle misure di prevenzione patrimoniali anche coloro che sono indiziati di essere dediti ai traffici delittuosi o che comunque vivono abitualmente con i proventi di reati a prescindere da quali siano i delitti da cui sono derivati.

Questa soluzione è stata confermata dalla giurisprudenza prevalente la quale ritiene che “ *il rinvio di cui all'art- 19, comma 1, L. n. 152/75 non ha carattere materiale o recettizio, ma formale nel senso che, in difetto di un'espressa esclusione o limitazione, deve ritenersi essere esteso a tutte le norme successivamente interpolate nell'atto fonte, in sostituzione, modificazione o integrazione di quelle originarie, e non limitato alle sole misure di carattere personale*” e che, quindi. “*sussiste una completa equiparazione, sia in riferimento alle misure di prevenzione personali che in riferimento a quelle patrimoniali, tra soggetti pericolosi in quanto indiziati di appartenere ad associazioni di tipo mafioso o ad essere assimilate, e soggetti pericolosi in quanto ritenuti abitualmente dediti a traffici delittuosi ovvero ad attività delittuose da cui traggono i mezzi di vita, risultando estesa ai secondi la disciplina comunque introdotta per i primi*”⁵⁰ .

Sulla scorta di questo orientamento giurisprudenziale , l'art. 14 costituiva una *lex specialis posterior* che delimitava notevolmente l'ambito di applicazione delle misure patrimoniali.

Questa restrizione è comunque l'interpretazione, oggi preferita dalla giurisprudenza che non vuole rinunciare all'applicazione delle misure di

⁵⁰ Cass., 2 febbraio 2006, in *Cass. Pen.* 2007 p. 3018

prevenzione patrimoniali ai soggetti che sono indiziati di mantenersi con i proventi dei reati di cui agli artt. 629, 644, 648-bis e 648-ter⁵¹.

È anche, però, importante evidenziare che in questo modo si rischia di dilatare eccessivamente il raggio di azione della disciplina in esame in quanto non verrebbe più considerato la provenienza mafiosa dell'illecito arricchimento .

A tal proposito, prima della riforma parte della dottrina⁵² sosteneva che non sussistessero le ragioni politico-sociali che giustificassero l'utilizzo delle misure ablativo per le fattispecie caratterizzate dalla pericolosità generica⁵³.

La Corte Costituzionale si è, però, pronunciata contro le fattispecie di pericolosità generica precisando che i presupposti di fatto, sui quali bisogna fondare la prognosi di pericolosità, devono essere previsti dalla legge. Essa ha, infatti, affermato che *“le condotte presupposte per l'applicazione delle misure di prevenzione, poiché si tratta di prevenire reati, non possono non involgere il riferimento, esplicito o implicito, al o ai reati o alle categorie di reati della cui prevenzione si tratta, talché la descrizione della o delle condotte considerate acquista tanta maggiore determinatezza in quanto consenta di dedurre dal loro verificarsi nel caso concreto la ragionevole previsione (del pericolo) che quei reati potrebbero venire consumati ad opera di quei soggetti.”*⁵⁴.

Ne consegue che il Legislatore dovrebbe descrivere i comportamenti che costituiscono il presupposto del giudizio di pericolosità e i reati cui afferiscono.

⁵¹ G. NANULA, *La Lotta alla mafia. Strumenti giuridici-strutture di coordinamento-legislazione vigente*, Giuffrè, 1999, p. 82

⁵² G. SPAGNOLO, Breve commento alle *“nuove disposizioni per la prevenzione della delinquenza di tipo mafioso e di altre gravi forme di manifestazione di pericolosità sociale”*, in *Riv. trim. dir. pen. ec.*, 1990 p. 697 ss.

⁵³ G. FIANDACA, *La prevenzione antimafia tra difesa sociale e garanzia di legalità*, cit., p. 69 ss.

⁵⁴ Corte Cost. 22 dicembre 1980, n. 177, in *Giur. Cost.*, 1980 p. 1546 ss.

Dall'analisi effettuata emerge, pertanto, l'esigenza di delimitare l'ambito di applicazione delle moderne sanzioni patrimoniali alle sole forme di criminalità che costituiscono un'organizzazione piramidale e stabile.

In ossequio a quanto disposto nella decisione quadro GAI n.212 del 2005 relativa "alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato che limita l'applicazione della confisca al settore della criminalità organizzata" sono queste le caratteristiche che giustificano il ricorso agli strumenti di prevenzione

Infine, si sottolinea che il diritto vivente ha inserito tra i destinatari delle suddette misure anche coloro che sono indagati di concorso esterno in associazione mafiosa. La giurisprudenza ha optato per questa soluzione anche perché ha preso in considerazione le proposte avanzate in tal senso sia dalla Commissione Fiandaca sia dalla relazione della Commissione Antimafia⁵⁵.

⁵⁵ MAUGERI, La riforma delle sanzioni patrimoniali: verso un actio in rem?, Giuffrè, 2001, pag. 136 ss.

1.7 Confisca ex art. 12-sexies L. n. 356 del 1992

L'art 12 *sexies* , d.l. 8.6.1992, n. 306 conv. l. 7.8.1992, 356, più volte soggetto a modifiche e cambiamenti⁵⁶, sancisce ai commi 1 e 2 che è sempre ordinata 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 ai valori dichiarati ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica, nei casi di condanna o di applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p, nei casi di condanna per taluno dei delitti previsti dagli artt. 314, 316, 316 bis, 316 *ter*, 317, 318, 319, 319 *ter*, 320, 322, 322 bis, 325, 416 realizzato allo scopo di realizzare uno dei delitti previsti dagli artt. 473, 474, 517 *ter*, e 517 *quater*, 416 6 co., 416 *bis*, 600, 601, 602, 629, 630, 644, 644 *bis*, 648, esclusa la fattispecie di cui al 2 co., 648 bis, 648 *ter* c.p.; dall'art. 12 *quinquies*, 1 co., dello stesso d.l. n. 306/1992; ovvero per taluno dei delitti previsti dagli artt. 73 , esclusa la fattispecie di cui al 5 co., e 74, del T.U. delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti e sostanze psicotrope, prevenzione, cura e riabilitazione dei relativi stati di tossicodipendenza, approvato con d .p.r. 9.10.1990, n. 309. Come si può evidenziare, nell'elenco dei reati con la pubblica amministrazione non è stato incluso, senza una logica motivazione, l'abuso di ufficio, in riferimento al quale il sequestro preventivo è obbligatorio ai sensi dell'art.

⁵⁶ L'originario 1 comma è stato modificato dall'art. 24, l. 13.2.2001, n. 45, dall'art. 7, 3 comma l. 11.8.2003, n. 228, e dall'art. 1, 220 co., lett. a l.27.12.2006, n.296; il co. 2 bis è stato aggiunto dall'art. 1, 220 co., lett. b , l. 27.12.2006, 296; i commi 2 *ter* e 2 *quater* sono stati inseriti dall'art 10 bis, d.l. 23.5.2008, 92, conv. dalla l. 24.7.2008, n.125, e lo stesso co.*ter* è stato successivamente sostituito dall'art. 2,7 co., l. 15.7.2009, n.94; il co. 4 bis è stato inserito dall'art. 24 l. 13.2.2001, n. 45 modificato dall'art. 10 bis, d.l. 23.5.2008, n.92, conv. dalla l.24.7.2008, n.125, e successivamente sostituito dall'art. 2,7 co., lett. b l. 15.7.2009, 94, ed ancora dall'art. 5, 2 co., d.l. 4.2.2010, n.4 conv. dalla l. 31.3.2010, n. 50; il co. *quater* è stato aggiunto dall'art. 24, 1 co., lett. b, l.13.2.2001, n. 45.

321, co. 2 bis, c.p.p., nei casi in cui è consentita l'ablazione, attinente solo ai beni che sono il profitto o il prodotto del reato e che siano con questo in rapporto di pertinenza.

Appare giusto specificare che l'art. 12 sexies è stato introdotto dall'art. 2, 1 co., d.l. 20.6.1994, n. 299, conv. dalla l.8.8.1994, n.501, dopo che la Corte Costituzionale aveva sancito l'illegittimità dell'art. 12 quinquies, 2 co., perchè in conflitto con l'art. 27, 2co., Cost, poichè basava sulla qualità di indagato o di imputato il presupposto che definiva punibile un dato fatto, la sproporzione non motivata fra oggetti posseduti e reddito, che in altro modo non sarebbe perseguito, in quanto l'indiziato o l'imputato era, soltanto in base a tale qualificazione, sottoposto a pena per una condotta che, realizzata da chiunque altro, non sarebbe stata penalmente rilevante⁵⁷.

Nell'ultima enunciazione derivante dalle modifiche introdotte dall' l. 15.7.2009, n.94, il co. 2 ter della disposizione stabilisce che *" nel caso previsto dal comma 2, quando non è possibile procedere alla confisca del danaro dei beni e delle altre utilità di cui al comma 1, il giudice ordina la confisca di altre somme di danaro, di beni a altre utilità per un valore equivalente , delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona"*:confrontato con il testo precedente inserito nel d.l. n. 92/2008(*" nel caso previsto dal comma 2, quando non è possibile procedere alla confisca in applicazione delle disposizioni ivi richiamate, il giudice ordina la confisca delle somme di danaro, dei beni e delle altre utilità delle quali il reo la disponibilità, anche per interposta persona, per un valore equivalente al prodotto, profitto o prezzo del reato"*) è stato immesso il

⁵⁷ C.Cost., 17.2.1994, n.48, GI,1995,II, 20: la norma censurata prevedeva la pena della reclusione da due a cinque anni e la confisca del danaro e le altre utilità per coloro che, sottoposti a procedimenti penali per alcuni specifici reati, risultassero titolari e avere la disponibilità di danaro o altri beni o utilità di valore sproporzionato al proprio reddito.

rinvio al 1 comma ed escluso il riferimento " *al prodotto, profitto o prezzo del reato*" ne consegue che attualmente l'ablazione può essere estesa agli altri oggetti rientranti nel patrimonio del condannato per un ammontare equivalente a quelli di valore sproporzionato, nei casi in cui non sia stato possibile applicarla a questi ultimi.

In dottrina è stato messo in evidenza che questa pena è destinata a rimanere inutilizzata, potendo essere irrogata solo se vi sia l'assoluta mancanza della disponibilità patrimoniali sospette⁵⁸: è stato pure sottolineato che l'ultimo mutamento è servito a riparare un errore del legislatore, il quale non aveva valutato nella formulazione del 2008 che in questo caso di confisca non c'è il vincolo pertinenziale tra oggetto confiscato e reato presupposto, poichè il bene oggetto della misura non costituisce il prodotto il profitto o il prezzo del reato per cui è stata disposta la condanna , ma è una *res* di valore sproporzionato in relazione all'attività economica o al reddito del soggetto di cui non è stata motivata la legittima provenienza⁵⁹ .

Ciò premesso ne discende che dal dato normativo appena menzionato, parrebbe comunque che l'ablazione dei beni di valore sproporzionato al reddito avvenga a seguito di condanna o alla applicazione della pena a norma dell'art. 444 c.p.p. per taluno dei delitti disciplinati al primo comma, mentre la confisca di valore dovrebbe riguardare solo i reati specificati nel 2 comma.

Nei casi appena menzionati non sembra tra l'altro dubbia la natura sanzionatoria penale di queste forme di ablazione, messa ancor di più in

⁵⁸ SQUILLACI, *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, DPP, 2009, 1538.

⁵⁹ CISTERNA, *Le misure di contrasto alla criminalità organizzata nel " pacchetto sicurezza"*, DPP,2009, 1071; cfr, anche MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniale tra funzionalità e garantismo*, Milano 2001, 482, la quale definisce questa forma di confisca per equivalente una degenerazione e un abuso punitivo privo di una chiara finalità politico - criminale.

evidenza dalla circostanza che nel caso in esame è disciplinata una inversione dell'onere della prova scaturente dalla presunzione legislativa di illecita accumulazione delle disponibilità patrimoniali sproporzionate rispetto al reddito dichiarato.

Avendo come presupposto una sentenza di condanna o di patteggiamento, si devono applicare i criteri della Corte Europea, della Corte costituzionale, e delle Sezioni Unite⁶⁰: ne consegue che la confisca *ex art. 12 sexies* non può essere applicata retroattivamente nè essere ordinata nel caso di estinzione dell'illecito⁶¹.

La Corte costituzionale ha dichiarato manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale sopra citata, in relazione agli artt. 3, 24, 2 co., 42 e 97 Cost., poichè nel sequestro preventivo adottato a norma del suo 4 comma, non esisterebbe nessuna vanificazione dell'importante criterio di legittimità costituzionale, rappresentato dal presupposto della intervenuta condanna, in quanto il legislatore ha ritenuto giusto di presumere l'esistenza di un collegamento pertinenziale tra determinate categorie di beni di cui il reo non possa spiegare la provenienza e che risultino di valore sproporzionato rispetto al reddito o all'attività del condannato medesimo: ne consegue che, l'identico rapporto tra fattispecie illecita per la quale si procede a motivare la provenienza dei beni, rappresenta il requisito di legittimità del sequestro preventivo, in quanto misura finalizzata ontologicamente ad evitare la sottrazione o dispersione

⁶⁰ Cass.pen., Sez. Un., 6.10.2009, n. 38691, GDir, 2009, 48, 65; C.Cost., 24.7.2009, n. 238, FI, 2010,I, 345; C. Cost., 2.4.2009, n. 97, GiC, 2009, 984; C.E.D.U., 20.1.2009, N. 75909, GI, 2009, 2398; Cass. pen., Sez. Un., 2.7.2008, n. 26654, GDir, 2008, 31, 99; C.E.D.U., 30.8.2007, N. 75909, CP, 2008, 3503; C.E.D.U., 1.3.2007, Geerings c. Paesi Bassi, CP, 2007, 3929; C. Cost., 29.1.1996, n.18, DPP, 1996, 291.

⁶¹ Cass. pen., 14.1.2010, n. 6293, RD Trib., 2010, 4, III, 72, che in tema di IVA riguardante il 2007 ha ritenuto che il reato di omesso versamento si è consumato il 27 dicembre 2008 e quindi in epoca successiva all'entrata in vigore dell'art. 1, 143 co., l. n. 244/2007; Cass. pen., 9.12.2009, n. 46855, DeG, 24.12.2009; Cass. pen., 24.9.2008, n. 39172, CP, 2009, 3417; Cass. pen., Sez. Un., 10.7.2008, n. 38834, FI, 2009,II, 156; contra Cass. pen., 21.1.2009, n. 2453, GI, 2009, 2288.

di quei stessi beni che possono costituire oggetto di ablazione in caso di condanna.

In altre parole, sequestro e confisca, raffigurano, nel caso in esame, come in tutte le ipotesi rientranti nell'art. 321, 2 co., istituiti tra loro particolarmente collegati per quanto concerne i presupposti, a tal punto che, solo ipotizzando l'illegittimità costituzionale del secondo si potrebbe ricavare l'illegittimità del primo⁶².

Si è criticata l'inaccettabile predisposizione a far dominare le necessità di difesa della collettività sulla garanzie dei singoli individui la quale trova una prepotente applicazione proprio nelle ipotesi speciali di confisca disposte dall'art. 12 *sexies*, d.l. 8.6.1992, n.306, laddove si perde ogni nesso di pertinenzialità con il reato presupposto, ne consegue che la pena espropriativa discende dal mero sospetto che i beni non giustificati siano proventi dell'attività illecita verificata, senza alcuna prova che da essa sia scaturito un qualsiasi vantaggio economico e precisamente quello formato dai beni sottoposti alla misura, che si contraddistingue per l'estensione del suo contenuto, ma anche per l'inversione dell'onere probatorio sulla loro legittima provenienza, ardua quest'ultima da ottenere, con consistente sacrificio del diritto di difesa: e va puntualizzato come l'ablazione possa conseguire anche da una richiesta di applicazione della pena e, quindi non di piena cognizione⁶³.

Infatti i cambiamenti subiti dalla confisca meriterebbero una riconsiderazione della sua conformità ai principi costituzionali⁶⁴.

⁶² C. Cost., 29.1.1996, n. 18, DPP, 1996, 291 Sez. III.

⁶³ SQUILLACI, *La confisca "allargata" quale fronte avanzato di neutralizzazione dell'allarme criminalità*, DPP, 2009, 1527 ss; cfr per il contrasto della norma con gli artt. 27, 2 co., e 24, 2 co., Cost., FORNASARI, *L'ultima forma di manifestazione della "cultura del sospetto": il nuovo art. 12 sexies l. n. 356/1992*, C. dir., 1994, 758; MAZZA, *Commento agli artt. 1 e 2 d.l. 20 giugno 1994, n. 501*, LP, 1995 31-33; MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 329.

⁶⁴ BARGI, *La rarefazione delle garanzie costituzionali nella disciplina della confisca per equivalente*, GI, 2009, 2070 ss.

In corrispondenza alla disposizione, la Corte di Cassazione ha affermato che in questi vasi il sequestro preventivo finalizzato alla confisca è obbligatorio, proprio per la diretta strumentalità della stessa confisca, di cui si deve tutelare l'effettività⁶⁵, anche se la misura ablatoria definitiva può essere ordinata anche in difetto del sequestro qualora i beni possono essere individuati nel tempo in cui il provvedimento deve essere eseguito⁶⁶.

⁶⁵ Cass. pen., 8.11.2007, n. 45210, CP, 2009, 274.

⁶⁶ Cass. pen., 29.1.2008, n. 6383, CP, 2009, 2083.

1.8. Mini riforma penale-tributaria

Per cercare di arginare il fenomeno dell'evasione fiscale si è introdotta la disposizione dell'art.1, comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 ("finanziaria 2008"), che così dispone: " nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10-bis,10-ter, 10-quater 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n.74,si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'articolo 322-ter del codice penale"⁶⁷. Tutto ciò ha reso possibile l'applicazione della confisca per equivalente disciplinata dall'art. 322-ter del codice penale, che , ha già avuto un esito positivo in altri settori importanti del diritto penale dell'economia, cosa questa che ha indotto il legislatore ad estendere la norma anche in materia di reati tributari. Il motivo di questa riforma legislativa nasce dalla consapevolezza che le ordinarie ipotesi di confisca risultano inadeguate alle esigenze di repressione tipiche di materie particolari come quella tributaria. Infatti sono apparse inapplicabili alla generalità dei reati tributari sia la confisca obbligatoria, sia quella facoltativa in entrambe presupponenti un necessario rapporto di pertinenzialità tra "prodotto profitto e prezzo",da un lato, e reato, dall'altro, con la conseguenza della loro esclusione da tutte le ipotesi in cui i vantaggi illeciti fossero costituiti da un risparmio di spese dovute. Ciò è dovuto al fatto che tale genere di profitti, *lato sensu*, difficilmente potevano essere compatibili al concetto di "provenienza da reato" dappoichè coincidevano con i beni già presenti nel patrimonio⁶⁸ come è stato del resto evidenziato anche da una importante decisione delle Sezioni

⁶⁷ MARTINI, *Reati in materia di finanze e tributi*, in C.F. Grosso-T. Padovani-A. Pagliaro (a cura di), *Trattato di diritto penale*, Milano, 2010, 202 ss.; E. MUSCO- F. ARDITO, *Diritto penale tributario*, Bologna, 2010, 71 ss. Per un primo commento, v. G. SOANA, *Introdotta la confisca per equivalente anche nel diritto penale tributario*, in *Giustizia tributaria. Rivista telematica*, n. 1/2008

⁶⁸ Cfr. Cass. pen., sez. III, 7 dicembre 1992, n. 2206, Miatto, CED 192669.

Unite del 2004⁶⁹, che ha stabilito che il denaro risparmiato come conseguenza del reato provocherebbe inevitabilmente "collegamenti esclusivamente congetturali, che potrebbero condurre all'aberrante conclusione di ritenere, in ogni caso e comunque legittimo il sequestro del patrimonio di qualsiasi soggetto venga indiziato di illeciti tributari (...) dovendo al contrario essere tenuta ferma l'esigenza di una diretta derivazione causale dell'attività del reo intesa quale stretta correlazione con la condotta illecita"⁷⁰.

Con la suddetta normativa del 2008, la confisca di valore ,diviene misura applicabile a tutti gli illeciti *tassativamente* elencati nella *Finanziaria* di quell'anno , quindi a tutti i reati tributari, salvo quello di "occultamento o distruzione di documenti contabili" *ex art. 10, D.lgs. 74/2000*. Ma le conseguenze della riforma sono molto evidenti. La prassi dimostra l'assiduo ricorso alla confisca per equivalente mettendo in risalto le varie le problematiche derivanti da una inadeguata tecnica legislativa. Il primo ostacolo che la giurisprudenza ha dovuto affrontare riguarda la natura giuridica dell'istituto, in quanto quest'ultimo presenta delle particolarità rispetto alla disciplina generale.⁷¹ La riconducibilità della

⁶⁹ Cass. Pen., sez. un., 9 luglio 2004, n. 29951, Curatela fallimentare in proc. Focarelli, in *Il fisco*, 43/2004, 7355.

⁷⁰ Di fronte a tale baluardo, l'unica possibilità per giungere all'ablazione dei proventi illeciti è stata individuata proprio nella confisca per equivalente, che richiede la sola quantificazione del profitto-risparmio, tant'è che nella prassi si sono registrati numerosi tentativi di applicarla in via giurisprudenziale anche in assenza di una previsione legislativa. In particolare, alcune pronunce di merito hanno ritenuto che i delitti di dichiarazione fraudolenta ed emissione di fatture false potessero concorrere con il reato previsto dall'art. 640, comma 2, n. 1, c.p. (truffa ai danni dello Stato), per il quale è possibile la confisca di valore del profitto *ex art. 640 ter c.p.*; tuttavia in più occasioni la Cassazione ha respinto fermamente questo tentativo, osservando come il delitto di frode fiscale si ponga in rapporto di specialità con la truffa aggravata, con conseguente assorbimento della seconda nel primo (Cass. Pen., sez. II, 11 gennaio 2007, n. 56568, Perrozzì, in *Giust. pen.*, 2008, II, 76). Sul punto, approfonditamente, G. LUNGHINI – L. MUSSO, *La confisca nel diritto penale. Rassegna monotematica del Corriere del Merito*, Milano, 2009, 32

⁷¹ Così A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in *Studi in onore di Giorgio Marinucci, III, Parte speciale del diritto penale e legislazione speciale, Diritto processuale penale, Diritto, storia e società*, a cura di E. Dolcini e C.E. Paliero, Milano, 2006, 2107 ss.; ID., voce *Confisca nel diritto penale*, in *Dig. d. pen.*, 4^a ed., vol. III, Utet, 1993, 53. In argomento, di recente, V. MAIELLO, *La confisca per equivalente non si applica al profitto del peculato*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 440 ss.; D.

confisca per equivalente alla nozione di pena ha fatto fatica ad essere accettata dalla giurisprudenza la quale, in un primo momento, nell'applicazione di tale istituto ha preferito seguire i principi e le regole che disciplinano la materia delle misure di sicurezza, precisamente quelli di cui all'art. 200 c.p.⁷²Ma la situazione è gradualmente cambiata tant'è che la recente evoluzione della giurisprudenza di legittimità ha stabilito di applicare alla confisca per equivalente il principio di irretroattività, basandosi sulla natura sanzionatoria dell'istituto⁷³. La possibilità di ordinare la confisca in caso di condanna per un reato che abbia comportato un'evasione, nel momento della dichiarazione come anche in quello di riscossione, ha come obiettivo il vantaggio proveniente dall'evasione fiscale e quindi ha capacità di "motivazione secondo norme" nei confronti dei contribuenti, ipotetici autori degli illeciti tributari. Il "nodo"del problema, derivante dalla struttura della normativa introdotta, si associa all'utilizzo di una forma di *rinvio* ad una disposizione definita "a strati"⁷⁴ (art. 322 ter) ricavata dalla struttura dei delitti di corruzione. La norma presenta, infatti, un regime differenziato, ove i presupposti di applicabilità sono, da un lato, il prezzo del reato, dall'altro, il relativo profitto. Per stabilire l'an ed il quomodo di validità di questa disposizione alla materia penal-tributaria,

FONDAROLI, *Artt. 322 ter e 335 bis – Confisca*, in *Trattato di Diritto penale - Parte speciale*, a cura di A. Manna-A. Cadoppi-S. Canestrari-M. Papa, Torino, 2008, 280 ss.; F. MAZZACUVA, *Un "hard case" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su punta Perotti*, in *Dir. pen. proc.*, 2009, 1540 ss

⁷² Con riferimento alla confisca di valore prevista per il reato di usura (art. 644, ultimo comma, c.p., come modificato dall'art. 1, l. 7 marzo 1996, n. 108), v. Cass. Pen, sez. II, 5 aprile 2002, n. 18157, Stangolini, in *Riv. pen.*, 2002, 912, che ha qualificato il provvedimento ablativo quale mera ipotesi speciale di misura di sicurezza, con conseguente applicabilità dell'art. 200 c.p. In tema di corruzione, poi, si segnala Cass. Pen., sez. VI, Curtò, in *Cass. pen.*, 2002, 581, la quale ha addirittura "svuotato" la previsione dell'art. 15, l. 300/2000 – secondo cui "le disposizioni di cui all'articolo 322 ter c.p. (...) non si applicano ai reati ivi previsti (...) commessi anteriormente alla data di entrata in vigore della presente legge" –, ritenendo che essa dovesse trovare applicazione solo per la "corruzione internazionale" (prevista dal comma 1 dell'art. 3) e per le truffe aggravate.

⁷³ Cass. Pen., sez. II, 14 giugno 2006, Chetta, in *Giur. it.*, 2007, 966, con nota di Santoriello e Furfaro; sez. II., 21 maggio 2008, n. 25910, in CED 240623; Cass. pen., sez. II., 21 dicembre 2006, n. 316, in CED 235363, Spera; sez. II., 18 dicembre 2007, n. 3102, Luciano, in *Guida dir.*, 8/2008, 47

⁷⁴ Per questa definizione, cfr. V. MAIELLO, *op. cit.*, 441.

dobbiamo specificare le richiamate nozioni. Tutto ciò premesso e, da quanto si evince da una pronuncia delle Sezione Unite, possiamo asserire che nessuna delle categorie codicistiche di *prodotto*, *profitto* e *prezzo*, confluenti nella nozione comunitaria di provento⁷⁵, rappresentano i dati normativi idonei ad "ospitare" gli illeciti vantaggi derivanti dai reati tributari. Ora un requisito della confisca di valore si evince nel mancato recepimento dei beni che costituiscono il prezzo o il profitto⁷⁶ del reato del patrimonio del reo.

In particolare prendendo in considerazione l'area penale tributaria, l'ipotesi si mostra problematica se si prende atto che il profitto è costituito dal denaro a titolo di mancato versamento, ovvero di rimborso, quando, ad esempio, nella dichiarazione fraudolenta sia esposto un credito in tutto o in parte inesistente. In suddetti casi, qualora il contribuente condannato abbia delle somme di denaro presso un intermediario finanziario o altrove, la soluzione più consona rimane la relativa confisca per un ammontare pari al *prezzo* del reato (come stabilito dal primo comma dell'art. 322 *ter* c.p.)

⁷⁵ V. art. 31 della decisione quadro dell'UE 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi del reato nei confronti degli enti, nonché la decisione quadro del Consiglio UE del 6 ottobre 2006 (2006/783/GAI), relativa all'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca, richiama una nozione alquanto ampia di "provento del reato".

⁷⁶ In merito, si ritiene che il profitto debba essere identificato soltanto con quello diretto, costituito dal mancato versamento dell'imposta o della maggiore imposta, maggiorato, eventualmente, degli interessi calcolati secondo i principi generali. Certo, non può essere disconosciuto il conseguimento anche di un profitto indiretto dovuto, ad esempio, al mancato pagamento degli interessi passivi (per non aver fatto ricorso al capitale dei terzi a motivo della maggiore disponibilità finanziaria), ovvero alla possibilità di praticare prezzi inferiori sul mercato e vincere la concorrenza (tipica ipotesi delle c.d. "frodi carosello"), conseguendo, comunque, maggiori ricavi per effetto delle maggiori vendite, ecc. Ciò perché, dilatando a dismisura la nozione di profitto (specie in un settore come quello degli illeciti tributari caratterizzati da fattispecie a profitto indeterminato), si arriverebbe a legittimare, già nella fase delle indagini preliminari, sequestri di beni anche non eziologicamente collegati al reato, trasformando, così, l'istituto della confisca per equivalente nel diverso e illiberale istituto della confisca generale del patrimonio, con una interpretazione analogica *in malam partem* della nozione di profitto, scollegata dal fatto di reato, contrastante con il principio di stretta legalità, nonché, stante la natura sanzionatoria del provvedimento ablativo, con il principio di colpevolezza. In definitiva, il profitto deve essere inteso come il vantaggio economico netto effettivamente già ottenuto quale conseguenza immediata e diretta del reato, vale a dire l'accrescimento patrimoniale derivante dalla commissione del reato, ma non le trasformazioni del risultato del reato. In argomento, E. AMODIO, *I reati economici nel prisma dell'accertamento processuale*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2008, 1505 ss.

Ma è palese come per i reati tributari non si possano applicare le ipotesi della confisca del prezzo del reato, peculiarità che non è rinvenibile fuori dallo schema sinallagmatico della corruzione; però sarà possibile constatare l'adattabilità alla nuova materia di quella parti della normativa che disciplinano la confisca del *profitto* del reato, consistente nell'avanzamento patrimoniale che esso ha procurato al contribuente evasore. Per scongiurare ipotesi di inoperatività dell'istituto, occorre sostenere l'applicabilità alla materia tributaria dello schema enunciato dal secondo comma dell'art. 322 *ter* c.p. In quest'ottica si colloca una recente pronuncia della Suprema Corte⁷⁷, nella quale si evince, in relazione ai reati tributari, che deve "trovare applicazione l'intera disciplina prevista dall'art. 322 *ter* c.p. e non solo il primo comma dello stesso", in conformità a quanto deciso dalle Sezioni Unite penali che – sul presupposto della portata *integrale* del rinvio operato all'art. 322 *ter* c.p. – hanno affermato "l'applicabilità dell'art. 322 *ter* c.p., comma 2, al reato di truffa aggravata e forniscono una conferma indiretta della correttezza dell'interpretazione adottata con l'ordinanza impugnata"⁷⁸. Queste decisioni giurisprudenziali trovano

⁷⁷ Cass. Pen., sez. III, 06 ottobre 2010, n. 35807, in www.studiolegale.leggiditalia.it. Alla stessa conclusione era giunto anche il Tribunale di Pisa, con ordinanza del 4 dicembre 2010, in *Guida dir.*, 2010, 97, affermando che "va riconosciuta la confiscabilità per equivalente del profitto dei reati finanziari contemplati dall'art. 1 comma 143 l. n. 244 del 2007, in forza della riferibilità (diretta e non analogica) del rinvio in esso contenuto all'art. 322 *ter* comma 2 c.p. A favore di tale tesi milita anzitutto la lettera della norma in esame, che opera un rinvio indifferenziato (in quanto applicabili) alle disposizioni contenute nell'art. 322 *ter* c.p. Sul punto specifico, si osserva che la norma di cui all'art. 1 comma 143 cit., richiama l'intero art. 322 *ter* c.p., senz'altra limitazione che la clausola generale di applicabilità, persino più residuale di quella di compatibilità, usuale in sede di rinvio formale integrativo, mostrando di riferirsi essenzialmente a profili pratici di attuazione. Né può sostenersi che il comma 1 dell'art. 322 *ter* c.p. rappresenterebbe la norma di carattere generale, disciplinante la confisca per equivalente, mentre il comma 2 riguarderebbe solo una fattispecie delittuosa specifica. Anche la norma del comma 1, infatti, è formulata non in termini generali ma con specifico riferimento a singole fattispecie delittuose analiticamente elencate".

⁷⁸ Lo stesso problema si era posto con riferimento all'art. 640 *quater* c. p., in base al quale "nei casi di cui agli articoli 640, co. 2°, n. 1, 640 *bis* e 640 *ter*, co. 2°, c. p. (...) si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni contenute nell'articolo 322 *ter* c. p.". Sul punto, le SS.UU., con la citata sentenza *Muci*, hanno stabilito che "il sequestro preventivo, funzionale alla confisca, disposto nei confronti della persona sottoposta ad indagini per uno dei reati previsti dall'art. 640-*quater* c.p. può avere ad oggetto beni per un valore equivalente non solo al prezzo, ma anche al profitto del reato, in quanto la citata disposizione richiama l'intero art. 322-*ter* c.p."

conferma in una *interpretazione comunitariamente orientata*, che introduce una rilevante novità, quella di includere i concetti di *prezzo e profitto* nel più ampio *genus del provento*⁷⁹, di cui riprodurrebbero mere *species*.

Ma è sufficiente una prima lettura dei predetti articoli per rilevare come l'art 322 ter ha diversificato l'ambito di applicazione delle confisca per equivalente attribuendole diversa efficacia. Mentre nel primo comma si disciplina la confisca per equivalente solo del prezzo del reato nel secondo comma invece si contrappone un'altra fattispecie riferita esclusivamente al delitto di corruzione attiva, alla cui realizzazione consegue anche la confisca per equivalente solo del profitto dell'illecito. Premesso ciò, evidenziato che la previsione dell'art 322 ter, comma 2, c.p. richiama espressamente il solo delitto del corruttore, ne consegue che l'art 1, comma 143, l. 244/2007, rinviando in quanto compatibile, all'art 322 ter c.p., ha inteso prendere in considerazione solo il primo comma di quest'ultimo articolo, dal momento che il secondo comma si riferisce ad altra figura delittuosa.⁸⁰ Pertanto possiamo affermare che la suddetta sentenza attribuisce al combinato disposto degli artt. 322ter c.p. e 1, comma 143, l. 244/2007 una "capacità operativa" che consente un approdo ermeneutico in *malam partem*, di portata estensivo-additiva, mediante una manipolazione delle forme linguistiche.

Finalmente le Sezioni Unite mettono in risalto i veri margini di operatività della sentenza *Pupino* poichè la CGCE, dopo aver stabilito che "

⁷⁹ così come previsto dalle Decisioni quadro dell'UE 2005/212/GAI e 2006/783/GAI

⁸⁰ Ad ulteriore conferma dell'assunto può evidenziarsi come il legislatore, laddove abbia inteso consentire la confisca per equivalente del prezzo e del profitto del reato, lo ha fatto con previsione espressa, come nel caso dell'art. 19, D.lgs. 231/2001, secondo il quale, in caso di condanna della persona giuridica, va operata nei confronti dell'ente la confisca di "somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato": ciò dimostra come il legislatore, allorquando intenda escludere ogni differenziazione circa la sorte dei beni rappresentanti il profitto o il prezzo del reato, non rimette la scelta ad (un'opinabile) attività ermeneutica dell'interprete — la quale, peraltro, laddove estenda la portata applicativa di una norma sanzionatoria, viola il divieto di analogia *in malam partem* in materia penale.

applicando il diritto nazionale, il giudice del rinvio è chiamato ad interpretare quest'ultimo *alla luce della lettera e dello scopo della decisione quadro* al fine di conseguire il risultato perseguito da questa”, precisava che tale vincolo di conformazione “*trova i suoi limiti nei principi generali del diritto, ed in particolare in quelli di certezza del diritto e di non retroattività*”, i quali “*ostano a che il detto obbligo possa condurre a determinare o ad aggravare, sul fondamento di una decisione quadro e indipendentemente da una legge adottata per l’attuazione di quest’ultima, la responsabilità penale di coloro che agiscono in violazione delle sue disposizioni*”. Proprio in quest’ottica, pertanto, è stato correttamente affermato⁸¹ che, mettendo a punto “con sapienza il tema delle relazioni tra obbligo di *interpretazione conforme* e (tenuta del) nocciolo duro delle garanzie costituzionali dell’ordinamento interno”, le Sezioni Unite sanciscono “la legittimità di una soluzione coerente con criteri di stretta interpretazione (..) individuando nel nucleo fondamentale delle garanzie liberali di rango costituzionale i limiti istituzionali (*recte* ‘contro-limiti’) cui è rimesso - nell’ottica ‘finale’ di preservare l’*imprinting* dello Stato costituzionale - il compito di arginare la forza espansiva della *primauté* comunitaria”⁸².

Questa tecnica del rinvio ha comportato il sorgere di un altro problema applicativo: l’art 13 d.lgs. 74/2000 connota il pagamento delle imposte come circostanza attenuante, e non piuttosto di causa di estinzione del reato. Ne consegue che sarebbe ordinata la confisca anche

⁸¹ V. MAIELLO, *op. cit.*, 447

⁸² MAIELLO, *op. cit.*, 447, il quale ritiene – rifacendosi alla nota dottrina dei contro limiti elaborata dalla Corte Costituzionale con la sentenza n. 170 del 1984 e in un certo senso rafforzata dalle recenti sentenze 348 e 349 del 2007 – che il principio di stretta legalità penale “definisca ed incorpori un *carattere supremo* dell’ordinamento costituzionale, che pretende una tutela conservativa anche verso le aspirazioni egemoniche del diritto comunitario”; sicchè, risulterebbe incontrovertibile la riconducibilità “del principio di democrazia – nell’articolazione scandita dalle complessive modulazioni dell’art. 1 Cost. – ai principi ‘primi’ dell’ordinamento”, nonchè la diretta derivazione dal secondo comma dell’art. 1 Cost. del *nullum crimen nulla poena sine lege poenale scripta et stricta*.

qualora vi sia l'avvenuto pagamento del debito di imposta, comportando così un ingiusto arricchimento dell'Erario in danno del contribuente. Sostanzialmente tale problema può essere superato valorizzando in sede interpretativa l'inciso " in quanto compatibili " contenuto nell'art. 1,co. 143, l. 244/2007. Infatti utilizzando questa "clausola aperta di compatibilità" il giudice può decidere di non ordinare la confisca nei casi in cui sia certo il pagamento delle imposte⁸³.

Emerge in maniera evidente che in questo caso non avrebbe alcun senso l'applicazione della 'sanzione'della confisca dal momento che, tramite il versamento spontaneo dell'evasore ravveduto, è stato soddisfatto il credito erariale e, quindi, eliminata in radice l'offesa in precedenza arrecata agli interessi economici dello Stato.

La soluzione del legislatore in relazione all'applicazione della confisca per equivalente ai reati tributari non sono state sempre le preferibili. Basti prendere ad esempio, la responsabilità degli enti, qualora il destinatario del profitto sia una persona giuridica nel nome e per conto della quale la persona fisica ha realizzato l'illecito; in questo caso l'impossibilità di applicazione della misura di sicurezza patrimoniale codicistica viene colmata dalla possibilità di utilizzare l'istituto contemplato nell'art. 19 d.lgs. 231/2001, cioè la confisca per equivalente sul patrimonio dell'ente collettivo del prezzo o del profitto del reato. Ora tale soluzione non può essere adoperata nei casi di commissione di un reato tributario nell'interesse e a vantaggio della persona giuridica, in quanto gli illeciti penali tributari non compaiono nell'elenco dei reati-presupposto realizzati dai soggetti in posizione apicale o subordinati della persona giuridica. La scelta del legislatore, come possiamo notare, è in evidente contrasto con altre soluzioni esistenti nel nostro ordinamento giuridico, volte ad

⁸³ MUSCO- ARDITO, *op. cit.*, 74.

estendere, anche a costo di "ortopedie interpretative"⁸⁴, l'area della responsabilità *ex delicto* dell'ente. Se viene inteso così, il sistema sanzionatorio strutturato mediante il rinvio all'art. 322 ter c.p. mostra molte lacune. Infatti se il contribuente/persona fisica commette un reato tributario, gli si applicherà la misura della confisca per equivalente. Tutto ciò non si verifica in caso di divario tra autore del delitto e mero beneficiario del profitto dell'illecito, non essendo possibile colpire il patrimonio del fruitore dell'evasione fiscale poichè non partecipa del delitto⁸⁵. Si tratta di una soluzione inconcepibile, in quanto è ovvio che gli adempimenti tributari di maggior rilievo, come quelli che gravano sulle organizzazioni complesse costituite in forma societaria e spesso di gruppo, comportano determinate scelte di politica di impresa dalle quali dipendono indebiti vantaggi, particolarmente per l'ente. Pare quindi inaccettabile escludere la confisca per equivalente in relazione a contribuenti che, concependo ricchezze importanti, costituiscono i protagonisti del rapporto tributario e all'opposto, appare alquanto marginale punire il solo autore/persona fisica⁸⁶.

La responsabilità ex d.lgs. n. 231/01 appare attualmente il modello più idoneo a reprimere le condotte illecite realizzate all'interno degli enti con finalità di profitti, sia per la possibilità di interdizione-sanzione, che

⁸⁴ Basta pensare all'art. 25 *septies*, D.lgs 231/2001, introdotto con la l. 3 agosto 2007, n. 123 che ha inserito, fra gli illeciti che possono fondare la responsabilità delle organizzazioni collettive, anche alcune tipologie di reati colposi, tra i quali i delitti di omicidio e lesioni personali colpose, ed al problema della loro compatibilità con i criteri di ascrizione dell'interesse e del vantaggio di cui all'art. 5 d.lgs. n. 231/2001. In argomento, G. AMARELLI, *La responsabilità penale degli enti per gli infortuni sul lavoro*, in AA. VV., *La sicurezza sui luoghi di lavoro*, a cura di A. De Vita-M. Esposito, Napoli, 2009, 101 ss.; ID., *Morti sul lavoro: arriva la prima condanna per le società*, in *Dir. pen. proc.*, 2010, 848 ss. Ed ancora, vengono in rilievo le ipotesi di commissione da parte degli organi dell'ente di delitti di terrorismo o di mutilazioni genitali femminili, certamente non ritagliati *ad hoc* su dinamiche societarie

⁸⁵ L'orientamento giurisprudenziale di merito volto a colpire con la confisca per equivalente il patrimonio della società laddove il reato sia stato commesso da un suo organo è stato smentito dalla Suprema Corte. Riferimenti in A. MARTINI, *op. cit.*, 206.

⁸⁶ MARTINI, *op. cit.*, 207

colpisce pesantemente l'organizzazione dell'ente, sia per la previsione della confisca-sanzione obbligatoria e ordinata anche per equivalente.

Possiamo, quindi, affermare come il legislatore da un lato abbia un atteggiamento di apertura per quanto concerne la compatibilità tra l'istituto della confisca e le fattispecie dei reati tributari, ma dall'altro si mostra più cauto, addirittura potremmo azzardare, incoerente.

In conclusione, per quanto riguarda il fenomeno criminoso strettamente collegato alle dinamiche societarie e/o commerciali, quale è quella dei reati tributari, la soluzione non può che essere quella di neutralizzare il vantaggio economico patrimoniale intascato dal contribuente effettivo che corrisponde all'ente. Andrebbe realizzato un opportuno adattamento con il sistema sanzionatorio extrapenale sancito dagli artt. 11, comma 1, del d.lgs. n.472/1997 e 19, comma 2, del d.lgs. n. 74/2000, al fine di evitare un risposta sanzionatoria eccessiva.

Un altro dato che merita di essere messo in evidenza e che spesso può verificarsi nell'ambito tributario riguarda il caso in cui più persone concorrano nel reato. Ricorrendo questa ipotesi, molte pronunce giurisprudenziali della stessa Cassazione asseriscono che in ragione del carattere afflittivo e "sanzionatorio" della confisca obbligatoria di cui all'art. 322-ter del codice penale, essa " 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"⁸⁷, con conseguente ammissione della legittimità della confisca dei bene per un valore equivalente all'intero importo dell'utile del reato nei confronti di uno solo degli indagati concorrenti nella discussa ipotesi criminosa. Ma tale tesi risulta inaccettabile laddove si consideri che, per il ricorso alla confisca per

⁸⁷ Cass., Sez. V, 16 gennaio 2004, in *Arch. nuova. proc. pen.*, 2004, 562.

equivalente, non basta il riferimento a beni o denaro di valore corrispondente all'utilità economica del reato, ma serve anche che la stessa sia ridotta anche dal patrimonio del soggetto che viene colpito dalla misura ablativa, come del resto viene affermato dal primo comma dell'art. 322-ter del codice penale laddove condiziona la confiscabilità del bene alle circostanze che il singolo responsabile abbia la disponibilità della cosa e che il bene non appartenga ad una terza persona, non essendo possibile confiscare il patrimonio del responsabile in misura superiore rispetto a quanto ha ottenuto dalla condotta criminosa. Sembra ,quindi, più convincente un recente orientamento giurisprudenziale, secondo il quale, in caso di reato commesso da una pluralità di soggetti , può ordinarsi la confisca per equivalente di cose per un ammontare che non può superare, per ciascuno dei concorrenti, la misura della quota di prezzo o profitto a lui ascrivibile.

Ne consegue che, "la confisca per equivalente, adottata all'esito del giudizio e dell'accertamento delle responsabilità, dovrà riguardare la quota di prezzo o di profitto effettivamente attribuibile al singolo concorrente o, nell'impossibilità di una esatta quantificazione, essere applicata per l'intero prezzo o profitto, ma nel rispetto dei canoni della solidarietà interna fra i concorrenti (e cioè senza moltiplicare l'importo per il numero dei concorrenti)"⁸⁸.

Questa posizione non appare coerente con il novero dei principi espressi dagli artt.3 e 27 Cost. Dare la possibilità al giudice di confiscare , automaticamente, beni per equivalenti ai singoli concorrenti stride palesemente con il principio di personalità della responsabilità penale, nonchè con quello di eguaglianza-ragionevolezza.

⁸⁸ Cass.,Sez. VI, 9 luglio 2007, in Mass. Uff., 237290; Cass., Sez. VI, 14 giugno2007, in Mass. Uff., 240572; Cass., Sez. VI, 23 giugno 2006, in Mass. Uff., 234850.

Si reputa allora più conforme ai suddetti canoni l'irrogazione di una " sanzione che sia commisurata al ruolo che ciascun coimputato ha avuto ed alle "ricadute patrimoniali" che l'azione criminosa ha determinato per ciascuno di essi. Non si può tralasciare che la misura di partecipazione, non è irrilevante, ove si prendano in considerazione le diverse normative che disciplinano il fenomeno del concorso eventuale di persone nel reato⁸⁹.

Concludendo, si può sicuramente sottolineare il carattere "poco felice" della tecnica legislativa utilizzata dal legislatore per estendere l'applicazione della confisca per equivalente all'ambito dei reati tributari.

Sarebbe stato, infatti, più razionale prevedere una disciplina ad hoc, come ad esempio l'art. 19 d.lgs. n. 231/01 statuisce in materia di responsabilità degli enti.

Si spera quindi che venga presto varato un intervento omogeneo e che sia modellato *ex professo* sulla materia penale/tributaria, allo scopo di favorire un'effettività di tutela e anche una maggiore compatibilità ai principi di legalità penale.

⁸⁹ Sulla funzione di disciplina delle norme in tema di concorso di persone nel reato, cfr., per tutti, C. PEDRAZZI, *Il concorso di persone nel reato*, Palermo, 1952

1.9. Confisca sui beni sociali per il reato tributario contestato al legale rappresentante

Ha suscitato grande clamore la sentenza della III Sezione penale della Corte Suprema di cassazione n.28731 del 2001, non solo tra i giuristi, ma soprattutto nel mondo degli imprenditori. E' stata data molta importanza a questa pronuncia, ha trovato interesse e spazio anche su molte riviste economiche, che ha evidenziato il fatto che si è ritenuto possibile il sequestro per equivalente su beni della società per un illecito contestato al legale rappresentante della società stessa.

Il dato sconvolgente di suddetta pronuncia è che la Suprema Corte ha legittimato il sequestro preventivo prodromico alla confisca per equivalente in relazione a beni appartenenti alla società per un'ipotesi criminosa ,non disciplinata come reato, costituente presupposto di responsabilità amministrativa dell'ente dal D.lgs. 8 giugno 2001, n. 231.

La fattispecie che ha comportato la confisca è il reato di "distruzione o occultamento dei documenti contabili" di cui all'art. 10 del d.lgs 10 marzo 2000 n. 74,per il quale era stato indagato il legale rappresentante della società. Il Tribunale del riesame di Genova aveva rigettato il ricorso proposto avverso il decreto di sequestro preventivo per equivalente, sostenendo che l'ente non poteva essere inteso come terzo estraneo al reato, in quanto beneficiario del profitto del reato realizzato dal suo legale rappresentante. Avendo la difesa proposto ricorso per cassazione, la Suprema Corte ha però confermato il provvedimento del Tribunale del riesame dichiarando, che " il reato è addebitabile all'indagato, ma le conseguenze patrimoniali ricadono sulla società a favore della quale la persona fisica ha agito salvo che si dimostri che c'è stata una rottura del rapporto organico", mettendo inoltre in evidenza che " nella specie , si

procede in relazione al reato di occultamento e di distruzione di documenti contabili e che la condotta ascritta all'indagato ha recato vantaggio alla società e che i beni sequestrati fanno comunque parte del patrimonio sociale la cui consistenza si connette attualmente anche all'illecito di cui l'indagato deve rispondere".

Queste osservazioni sono discutibili per diverse motivazioni.

Innanzitutto il riferimento al d. lgs. n. 231/2001 non è consono, poichè la responsabilità amministrativa dell'ente può dipendere solamente dalla realizzazione di uno degli specifici illeciti tassativamente esplicitati negli artt. 24 ss. dello stesso decreto, tra i quali, nonostante le varie modifiche e introduzioni, non rientrano oggi i reati tributari. Nondimeno, lo stesso art. 2 del suddetto decreto, rubricato "principio di legalità", statuisce che "l'ente non può essere ritenuto responsabile per un fatto costituente reato se la sua responsabilità amministrativa in relazione a quel reato e le relative sanzioni non sono espressamente previste da una legge entrata in vigore prima della commissione del fatto".

Del resto, non può considerarsi indiscriminatamente che qualsiasi illecito realizzato dall'amministratore di una società, non rientrante in quelli espressamente previsti nel d.lgs. n.231/2001, possa sfociare in conseguenze penali sanzionatorie nei confronti dell'ente, a prescindere dal beneficio che lo stesso possa averne avuto.

I concetti di "interesse" e "vantaggio"⁹⁰ di cui all'art. 5, comma 1, del d.lgs. n. 231/2001, che formano i requisiti di natura oggettiva in base ai

⁹⁰ L'ottica è quella di una persona giuridica "normativamente capace di azione" PALIERO, La responsabilità delle persone giuridiche: profili generali e criteri di imputazione, in AA.VV., Il nuovo diritto penale delle società a cura di ALESSANDRI, Milano, 2002, 51; PIERGALLINI, L'apparato sanzionatorio i, in AA. VV., Reati e responsabilità degli enti, a cura di Lattanzi, Milano, 2005, 187, spec. nota 42. Nel senso che l'interesse rappresenti una sorta di *suitas*, e quindi il minimo normativamente richiesto per stabilire l'appartenenza del fatto all'ente; SELVAGGI, L'interesse dell'ente collettivo, Napoli, 2006, 167, cfr. altresì RIVERDITTI, La responsabilità degli enti: un crocevia tra repressione e specialprevenzione, Napoli, 2009, 144 ss., accedendo all'ottica di un illecito " a struttura complessa"

quali è assegnabile all'ente la responsabilità collegata ai fatti criminosi realizzatisi nell'ambiente aziendale, hanno rilevanza solo nell'ambito di applicazione del decreto stesso e non possono essere utilizzati al di fuori di esso, come invece, pare abbia fatto la Suprema Corte. Non può nemmeno nascondersi il fatto che l'art. 19 del decreto in questione prevede una specifica e autonoma sanzione di confisca, anche per equivalente, irrogabile nei confronti dell'ente in base alla sua responsabilità amministrativa dipendente da reato.

La confisca di valore di cui all'art. 322-ter, presupposto per il quale è stato disposto il sequestro preventivo nel caso esaminato, è fattispecie diversa, e può avere come destinatario solo la persona fisica.

Come è stato messo in risalto dalla giurisprudenza di legittimità, i "presupposti imprescindibili per la legittima applicazione della misura" del sequestro preventivo finalizzato alla confisca di valore di cui all'art. 322-ter c.p., sono i successivi: "la persona raggiunta dalla misura cautelare reale deve essere indagata per uno dei reati per i quali sia poi consentita la confisca per equivalente o confisca di valore, a norma del menzionato art. 322-ter c.p.; se nella relativa sfera giuridico patrimoniale non sia rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o il profitto del reato per cui si procede, ma di cui sia ovviamente certa l'esistenza; i beni da sequestrare non devono appartenere a persona estranea al reato"⁹¹.

Come possiamo evidenziare, nessuno di tali criteri sembra essere sussistente nella fattispecie in esame, infatti la società di cui l'indagato è il legale rappresentante non è imputato nel procedimento penale nè ovviamente essendo un ente potrebbe esserlo. Questa circostanza è

dell'ente, autonomo rispetto al reato posto in essere dalla persona fisica e strutturato sulla falsariga dei modelli di agevolazione colposa.

⁹¹ Cfr. Cass., Sez. V, 16 gennaio 2004, n. 15445. In senso conforme, fra le tante, cfr. anche Cass., Sez. II, 6 luglio 2006, n. 30729.

sufficiente di per sè per non consentire l'applicabilità del sequestro preventivo di cui all'art. 321, secondo comma, c.p.p. in relazione all'art. 322-ter, ma va sottolineato come non è presente nemmeno il presupposto essenziale per l'applicazione della confisca per equivalente ovvero che si tratti di "beni di cui il reo ha la disponibilità". Innanzitutto non abbiamo un reo, in quanto tale nozione è riferibile solo a una persona fisica, che nella fattispecie non c'è; ma, inoltre altro dato rilevante, non vi è nemmeno la "disponibilità" da parte dell'imputato del bene confiscabile ex art. 322.ter, poichè i beni della società fanno parte del patrimonio sociale della medesima. Ne consegue che soltanto la società può disporre di tali beni e non appartengono in nessun modo alla "sfera giuridico-patrimoniale" dell'indagato-imputato anche se nelle vesti di legale rappresentante.

L'ente è, infatti, soggetto giuridico autonomo e diverso dalle persone fisiche e, inoltre, non è partecipe del procedimento penale nei confronti del suo legale rappresentante. Da ciò possiamo dedurre che la società è "persona estranea al reato" e, quindi, va applicata nei suoi confronti la clausola di esclusione stabilita dall'art. 322-ter c.p.

Ma, ciò che desta perplessità in questo caso, oltre al problema dell'assoggettabilità del provvedimento cautelare de quo dei beni appartenenti alla società, sulla quale si fonda la decisione della Suprema Corte e che ha formato oggetto di discussione da parte di diversi commentatori, è il fatto che, per quanto riguarda la persona fisica indagata, sia stato ordinato e considerato valido, non solo dal Tribunale del riesame, ma dalla stessa Suprema Corte, un sequestro preventivo strumentale alla confisca di valore in riferimento ad un reato per il quale tale istituto non è menzionato. Come abbiamo avuto modo di rilevare in precedenza, la confisca per equivalente per i reati tributari è stata introdotta dall'art. 1,

comma 143, della legge 24 dicembre 2007, n. 244⁹², il quale ha stabilito che " nei casi di cui agli articoli 2,3,4,5,8, 10-bis, 10-ter, 10-quater e 11 del d.lgs. 10 marzo 2000,n. 74, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'articolo 322-ter del codice penale". Pertanto come si evince dalla normativa , il delitto di distruzione o occultamento di documenti contabili di cui all'art. 10 del d.lgs. n, 74/2000, che è quello esaminato nel caso che ci occupa, è l'unico reato tributario per il quale non è stato previsto l'applicazione della confisca di valore di cui all'art. 322-ter.

Abbiamo già messo in evidenza come la confisca di valore abbia natura sanzionatoria, e ciò è un dato ribadito anche dalla giurisprudenza della Suprema Corte⁹³. Tra l'altro la stessa sentenza esaminata dichiara che " la confisca per equivalente ha natura poliedrica ed anche sanzionatoria". Non può non mettersi in evidenza la presenza di una violazione del principio di stretta legalità nell'applicazione di un istituto sanzionatorio in relazione ad un'ipotesi criminosa⁹⁴ che non la prevede.

Per concludere, si ritiene che il sequestro preventivo in oggetto si sarebbe dovuto considerare illegittimo, sia perchè carente dei presupposti espressamente stabiliti dagli artt. 321 c.p.p. e 322.ter.,sia perchè applicato in violazione del principio di legalità, costituzionalmente sancito dall'art 25 Cost.,che vieta l'applicazione di una sanzione, come la confisca di valore, propedeutica al sequestro stesso, al di fuori dei casi espressamente stabiliti dalla legge.

Possiamo dunque sostenere che la Cassazione concentrandosi sull'opportunità di rendere estensibile il sequestro per equivalente ai beni

⁹² Finanziaria 2008

⁹³ Cfr., tra le tante, Cass., SS.UU.pen., 22 novembre 2005, n.41936; Id., Sez. III pen., 23 aprile 2009, n. 17212; Id., Sez. II pen., 28 ottobre 2009, n. 41488, in *Banca Dati BIG Suite*, IPSOA.

⁹⁴ Art. 10 del d.lgs. n. 74/2000

della società, ha omissis, il primo requisito essenziale che ne caratterizza la misura.

1.10. Patteggiamento per i reati tributari

Nel nostro sistema il dibattimento è il momento centrale del modello processuale introdotto nel 1989 . Il legislatore, essendo consapevole che se si dovesse arrivare al dibattimento per tutti i procedimenti penali, l'organismo giudiziario non sarebbe in grado di sostenere tale gestione con conseguente blocco del sistema stesso, si è prefissato di semplificare le procedure in modo tale di abbreviare i tempi processuali , con l'introduzione di riti alternativi comunque conformi all'art. 111 Costituzione, che impone il "giusto processo".⁹⁵ Lo scopo è stato quello di riservare il procedimento classico soltanto alle fattispecie che hanno bisogno di maggiore considerazione e, quindi, di più impegno da parte del sistema giudiziario. Il problema che si pone, però, è come persuadere l'imputato a non usufruire del dibattimento, prediligendo invece altre tipologie di riti.

Ruolo preminente, tra procedimenti speciali o riti alternativi, assume il patteggiamento di cui all'art. 444 c.p.p., l'imputato "rinuncia a difendersi"decide assieme al P.M. irrogazione di una pena di entità predeterminata e ,se il giudice la ritiene idonea, la applica con una sentenza irrevocabile.

Stimolo preminente all'utilizzo del patteggiamento è quello dell'attribuzione di una pena certa e, nell'ipotesi base⁹⁶, di una condanna lieve in quanto non superiore ai due anni di reclusione e, di conseguenza rientrante nei limiti della sospensione condizionale della pena o

⁹⁵ Sul patteggiamento cfr. VIGONI, *"L'applicazione della pena su richiesta delle parti"*, in AA.VV.,I procedimenti speciali in materia penale, a cura di M.Pisani, Milano, 2003, pag. 115.

⁹⁶ Il discorso che viene sviluppato nel testo fa riferimento all'ipotesi di patteggiamento "fino a due anni" previsto dal testo originario del codice di rito penale(l'unico che offra un articolato apparato premiale) e non al patteggiamento "allargato" -introdotto con la legge 12 giugno 2003, n. 134- che consente di concordare una pena non superiore ai cinque anni di pena detentiva e il cui unico effetto premiale è rappresentato dalla riduzione della pena "fino a un terzo".

dell'affidamento in prova al servizio sociale: in ogni caso, però sempre da scontare, ma probabilmente non in carcere⁹⁷.

L'introduzione del patteggiamento nei delitti tributari si è mostrata un'idea molto interessante, in quanto, anche per pene edittali di anni sei di reclusione, ha comportato: una condanna a pena ridotta; l'inapplicabilità delle pene accessorie di cui all'art. 12 del d.lgs. n. 74/2000⁹⁸; il non dover prendere in considerazione, il giudice tributario, del provvedimento penale, potendo liberamente giudicare il contribuente⁹⁹ e la non confisca dei beni, salvi i "casi previsti dall'art. 240 c.p." (confisca obbligatoria).

Al fine di preservare le ragioni dello Stato-Erario, la Finanziaria 2008 ha sostenuto che introducendo con la legge 29 settembre 2000, n. 300 l'art. 322-ter c.p. fosse uno strumento congruo alla repressione e alla lotta dell'evasione fiscale. Ne discende che una norma utilizzata per i reati commessi dai Pubblici ufficiali è stata estesa anche ai reati tributari, comportando l'applicazione della confisca del profitto e del prezzo a tutte e due le tipologie di reato e, quando ciò non è possibile, la confisca di valore.

⁹⁷ La pena non superiore ai due anni è, in presenza dei requisiti di legge, sospensibile condizionalmente, cioè da non scontare purchè la prognosi favorevole alla non commissione di reati venga confermata per il quinquennio successivo alla condanna. La pena detentiva non sospensibile e non superiore a tre anni da scontare effettivamente può essere sostituita con la misura alternativa dell'affidamento in prova al servizio sociale (sostanzialmente una libertà sotto controllo molto blando) ai sensi dell'art. 47 ord. penit.

⁹⁸ L'art. 12 del d.lgs. n. 74/2000 (pene accessorie) dispone "1. La condanna per taluno dei delitti previsti dal presente decreto importa: a) l'interdizione degli uffici direttivi delle persone giuridiche e delle imprese per un periodo non inferiore a sei mesi e non superiore a tre anni; b) l'incapacità di contrattare con la Pubblica amministrazione per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni; c) l'interdizione dalle funzioni di rappresentanza e assistenza in materia tributaria per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a 5 anni; d) l'interdizione perpetua dall'ufficio di componente di Commissione tributaria; e) la pubblicazione della sentenza a norma dell'articolo 36 del codice penale. 2. La condanna per taluno dei delitti previsti dagli articoli 2, 3 e 8 importa altresì l'interdizione dei pubblici uffici per un periodo non inferiore a un anno e non superiore a tre anni, salvo che ricorrano le circostanze previste dagli articoli 2, comma 3. e 8, comma 3".

⁹⁹ In proposito, vi è un orientamento giurisprudenziale consolidato, confermato di recente - da Cass., 11 giugno 2009, n. 13503, in *Banca Dati BIG*, IPSOA. In dottrina, cfr. P. Corso, "Sterilizzazione (discutibile) della sentenza penale agli effetti tributari", in *GT-Riv. giur. trib.* n. 1/2007, pag. 57

Dal 1° gennaio 2008, il contribuente che realizzi uno degli illeciti di cui al d.lgs. n. 74/2000¹⁰⁰ è consapevole di essere esposto ad una aggressione dei propri beni particolarmente pesante poichè può colpire anche cose che non hanno nessun nesso con il reato tributario realizzato; la confisca ,qualora vi sia la condanna, ricadrà,infatti, sul "profitto" dell'illecito tributario e colpirà beni di cui il reo ha la disponibilità per un "valore corrispondente" a quello di detto profitto.

L'art 322-ter svolge ancora un ruolo rilevante in quanto semplifica notevolmente il lavoro dell'Autorità giudiziaria procedente, in quanto non serve più individuare il profitto del reato essendo sufficiente quantificarlo al fine di colpire cose di valore equivalente e anche perchè prescinde dal provare l'appartenenza del bene al patrimonio del contribuente dopo la commissione del reato tributario.

Sostanzialmente, il patteggiamento, che aveva trovato ampio utilizzo in materia penale-tributaria in quanto particolarmente conveniente dal punto di vista dei profili premiali, riducendo il divario della sanzione prevista dal rito ordinario e le conseguenze di una condanna a seguito di applicazione della pena su richiesta delle parti,viene a perdere il carattere della convenienza. Nell'introdurre il disposto dell'art. 322 ter c.p. ai reati tributari, è stato incluso anche l'inciso"nel caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti a norma dell'art. 444 del c.p.p.; " ne consegue che assimila la confisca(anche di valore) assimila la condanna a seguito di giudizio, dibattimentale o abbreviato, e il patteggiamento. D'altra parte , l'art 322-ter riduce le conseguenze premiali del patteggiamento in quanto limita i casi di non confisca.

¹⁰⁰ Trattasi della "dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture e altri documenti per operazioni inesistenti" (art. 2);"dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici" (art.3); "dichiarazione infedele"(art.4);"omessa dichiarazione"(art.5); "emissione di fatture e altri documenti per operazione inesistenti";"omesso versamento IVA"(art.10-ter);"indebita compensazione"(art.10 quater) e " sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte" (art.11).

Va quindi evidenziato ,quindi, come l'imputato abbia un motivo in meno per la "rinuncia a difendersi" , ma anzi è incentivato a puntare sul rito ordinario che gli assicura, almeno, una migliore garanzia difensiva.

Una recente ordinanza della Corte costituzionale¹⁰¹ ha affermato che la confisca di cui all'art 322-ter non può essere applicata retroattivamente in materia penale-tributaria e che se anche il *nomen iuris* evoca una misura di sicurezza, è da considerare una vera e propria pena.

Premesso ciò, la confisca, anche relazione alla materia penale-tributaria è considerata una pena ; ne consegue che essa non può rientrare in un eventuale accordo tra le parti e , quindi, non si può beneficiare della riduzione fino ad un terzo che l'art 444 c.p.p. riserva alle pene che rientrano nella disponibilità delle parti nei limiti di legge , salvo il giudizio di congruità del giudice.

Se si considera , pertanto, la confisca del profitto come pena, viene messa in evidenza una tematica processuale da analizzare anche nelle ipotesi in cui le parti decidano di attivare il rito semplificato di cui all'art. 444 c.p.p.

A meno che la "rinuncia a difendersi" comporti anche anche la rinuncia a decidere sul *quantum* della confisca o sulla appartenenza dei beni confiscabili,per cui è normale quindi che l'udienza destinata al patteggiamento "veda il pieno contraddittorio sull'*an* e il *quantum* della confisca con pienezza probatoria per la parte pubblica e privata".

Se facessimo diversamente, avremmo una pena sottratta ad un controllo di merito da parte del giudice dell'impugnazione¹⁰².

¹⁰¹ cfr. Corte cost., Ord. 2 aprile 2009, n. 97, in *Corr Trib.* n. 22/2009, pag. 1780, con commento di Corso, "*Laconfisca per equivalente non è retroattiva*":

¹⁰² La sentenza di applicazione della pena concordata tra le parti non è appellabile- art. 448, comma 2, c.p.p.-, ma è ricorribile avanti la Corte di cassazione per soli motivi di legittimità tra i quali non rientra il *quantum* della confisca.

Al fine di non ricorrere a una confisca di entità eccessiva o che l'accettazione del patteggiamento possa configurare una rinuncia a difendersi anche su ciò che non rientra nell'accordo tra le parti , si otterrà che il contribuente cercherà a questo punto di difendersi al meglio ricorrendo al rito ordinario. Da queste premesse possiamo senza dubbio affermare che l'art. 322-ter e la sua applicabilità ai reati tributari risponde certamente a fini sanzionatori nonchè ad una esigenza di tutela generale e speciale perfettamente condivisibile.

Il problema che si consegue è che avendo conseguenze molto simili, rito ordinario e patteggiamento, viene meno l'incentivo dell'imputato di ricorrere al rito speciale.

Possiamo quindi concludere auspicando che il ricorso al patteggiamento per il delitti tributari¹⁰³ possa subire ,nel corso del tempo, un notevole ridimensionamento , con pesanti ricadute sul carico di lavoro dei giudici dibattimentali.

¹⁰³ L'aumento delle pene edittali fino a sei anni di reclusione può in realtà essere letto anche come "incentivo" al rito premiale che assicura la riduzione di pena e che consente di evitare una condanna altrimenti pesante.

1.11. La normativa comunitaria

L'introduzione della Decisione quadro 2005/212¹⁰⁴ ha comportato una importante rivoluzione in materia, poichè definisce una disciplina organica della confisca, intesa come sanzione, non solo con finalità afflittiva ma anche preventiva ed estesa a molte fattispecie penali. Possiamo quindi affermare che tale Decisione apporta un fondamentale cambiamento nel tradizionale orientamento adottato in diversi atti internazionali che disciplinano la confisca soltanto in riferimento a una determinata categoria di reati.

L'ampia portata della Decisione quadro, che però ha un campo territoriale circoscritto essendo escluse le richieste di confisca derivanti dalle autorità di altri Stati e la loro esecuzione nell'intero territorio comunitario, ne consegue che essa non ricade sulla cooperazione internazionale in materia di confisca, ed è concretizzata innanzitutto con la scomparsa dei limiti riguardanti l'applicazione della confisca in relazione alla tipologia di illecito, e anche mediante l'impiego di una esemplificazione della procedura probatoria, con un'attenuazione dell'onere della prova dell'accusa, presupponendo in alcuni casi l'origine illecita della provenienza di determinati beni appartenenti anche alla famiglia del condannato. Ma il requisito fondamentale di tale Decisione è determinato dall'introduzione di ogni forma di ablazione, sia per quanto riguarda i mezzi utilizzati per compiere il reato, sia dei proventi¹⁰⁵ o anche quando è

¹⁰⁴ Decisione quadro 2005/212/GAI in Gazz. Uff. dell'Unione europea L. 68/51 del 15 marzo 2005

¹⁰⁵ Le finalità della Decisione quadro 2005/212/GAI (come pure quelle della successiva decisione quadro GAI 783 del 6 ottobre 2006, in materia di reciproco riconoscimento dei provvedimenti di confisca) trovano ulteriore chiarimento nella Relazione della Commissione delle Comunità Europee del 17 dicembre del 2007 (8 COM(2007)805 definitivo), sullo stato di applicazione della Decisione quadro 212/2005, secondo cui lo scopo da perseguire sarebbe quello di prevedere non solo la confisca dei profitti e degli strumenti del crimine, ma in più generale dei beni appartenenti direttamente o indirettamente alle

possibile , i beni il cui valore corrisponde ai proventi, infatti l'art.2 stabilisce l'obbligo per gli Stati membri di dotarsi delle misure necessarie" per poter procedere alla confisca totale o parziale di strumenti o proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi"¹⁰⁶; beni che ai sensi dell'art.1, includono cose " di qualsiasi naturale, materiale o immateriale, mobile o immobile, nonché documenti legali o gli strumenti comprovanti il diritto di proprietà o di altri diritti sui predetti beni". Ne deriva che mentre i proventi e gli strumenti, in base a tale nozione , sono collegati ai vantaggi economici derivanti dagli illeciti, il "bene" invece ,sempre da come si evince dalla disposizione, non ha nessun nesso con il reato.

Il Consiglio UE ha così vincolato gli Stati a prevedere in via generale nei propri ordinamenti nazionali, la confisca di valore, senza limitazioni a eventuali categorie di reati o presumendola in via sussidiaria, ciò ha comportato importanti cambiamenti nel nostro ordinamento. Una decisione che ha lo scopo di creare una normativa unitaria di confisca valida per tutti i Paesi, evitando così situazioni contrastanti all'interno dell'UE. Tutto questo si evince dall'art. 1 ,quarto trattino, della Decisione che dà una nozione comune di confisca "una sanzione o una misura ordinata da un'autorità giudiziaria a seguito di un procedimento per uno o più reati che consiste nel privare definitivamente di un bene; pertanto la confisca a livello comunitario viene intesa sia come pena che come misura. Un'altra peculiarità del provvedimento, rispetto anche ad altri atti internazionali, si esplicita nella possibilità di applicare la confisca a tutti i reati puniti con la reclusione superiore ad un anno,escludendo i solo reati fiscali, infatti l'art.2

persone condannate per certi gravi crimini, in particolare laddove i beni siano stati ottenuti come risultato di attività criminali.

¹⁰⁶ Il Parlamento europeo, nella risoluzione legislativa del 26 settembre 2002, aveva invece proposto che si adottasse la formulazione "di beni il cui valore corrisponda a tali proventi in misura proporzionale al reato accertato".

da la possibilità agli Stati membri di "ricorrere a procedure diverse dalle procedure penali per privare l'autore del reato dei proventi che derivano", possibilità questa che non era presente nel testo iniziale illustrato dalla Danimarca nel 2002, che non si preoccupava di contemplare una posizione particolare per i reati fiscali¹⁰⁷. Da qui ne consegue che nell'ipotesi di cui all'art. 2 la confisca deve essere ordinata obbligatoriamente ,per cui non è necessario un collegamento ad un determinato reato, potendo essa discendere solamente dall'entità della pena.

Infine è da mettere in evidenza che non è stato accolto l'emendamento del Parlamento europeo, proposto nel 2002¹⁰⁸, il quale stabiliva che la sanzione dovesse essere irrogata da un giudice. In questo caso è passato il testo d'iniziativa della Danimarca che stabilisce che la confisca deve essere ordinata da "un'autorità giudiziaria" ciò significa che essa può essere prevista non solo dai magistrati giudicanti ma anche da quelli inquirenti. Nonostante la scelta di non introdurre l'emendamento del Parlamento europeo, la disposizione dai noi esaminata è molto attenta a tutelare i diritti dei destinatari di tale misura, vincolando gli Stati membri ad utilizzare tutte le misure necessarie e idonee ad assicurare, ai destinatari del provvedimento, la possibilità di impiegare " gli effettivi mezzi giuridici a tutela dei propri diritti" .

Inoltre va rammentato che gli Stati membri fanno parte della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il cui art. 13 disciplina che ogni individuo "i cui diritti e le cui libertà riconosciute nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale...".

¹⁰⁷ Il testo riguardante la Danimarca è pubblicato in GUCE C 184 del 2 agosto 2002, p.3ss.

¹⁰⁸ Il testo della risoluzione è pubblicato in GUCE C 25E del 29 gennaio 2004, p.203 ss.

Il rispetto poi dei diritti fondamentali dell'uomo è sancito nell'art. 5 che impone agli Stati di lasciare "inalterato l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali sanciti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione europea, tra cui, in particolare, la presunzione d'innocenza", senza dimenticarsi però di una serie di diritti fondamentali che sembrano ormai avere un ruolo predominante rispetto agli altri e che sono precisati all'interno del terzo pilastro, rappresentati dal principio del giusto processo, dalla presunzione d'innocenza, dal diritto di proprietà, dalla libertà di stampa e di espressione in altri media, da quella di associazione (considerando 10).

1.12. Natura giuridica

Occorre premettere, ai fini di un migliore individuazione della natura giuridica della confisca, che il vigente codice penale prevede due tipologie di sanzioni: pene e misure di sicurezza; le prime hanno come obiettivo quello di distogliere i consociati dal commettere reati; le seconde sono finalizzate alla prevenzione di reati futuri da parte di coloro che sono ritenuti socialmente pericolosi. Le differenze tra queste due tipologie di sanzione sono le seguenti: le pene, avendo carattere afflittivo comportano un giudizio di responsabilità e presuppongono la commissione di un reato, le misure di sicurezza, basate su di un giudizio di pericolosità, hanno contenuto indeterminato perché hanno come scopo la salvaguardia della società¹⁰⁹.

La confisca, il cui contenuto consiste sempre nella privazione di beni o di altre utilità, può mostrarsi con multiforme natura giuridica, potendo essere disposta per vari motivi e indirizzata a diverse finalità, così da assumere rispettivamente natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero di misura civile o amministrativa.

La dottrina¹¹⁰, anche in relazione ad altre tipologie di confisca disciplinate da leggi speciali, evidenzia come questo istituto abbia natura dubbia poiché sottoposto a un continuo evolversi, per cui necessita per una sua precisa individuazione non fare riferimento a una nozione generale ed astratta ma a prendere in considerazione le caratteristiche discendenti dalla vigente normativa.

¹⁰⁹ SERIANNI, *La confisca e le cause estintive del reato con particolare riguardo all'amnistia*, in Riv. it.dir. proc.pen., 1969, p. 976 ss. Nella confisca obbligatoria la pericolosità, intesa come intrinseca idoneità della cosa a cagionare danno, sarebbe sempre presente negli oggetti ad essa sottoposti, rendendo superfluo ogni concreto accertamento del giudice.

¹¹⁰ DE FRANCESCO, *Le misure di sicurezza patrimoniali*, Milano, 2008, Giuffrè.

L'art. 15 della legge n. 300 del 2000 ha introdotto la pena pecuniaria accessoria della confisca per equivalente di cui all'art. 322 *ter* c.p., di natura ablatoria, la quale assume connotato di pena in senso stretto, ha l'obiettivo di ricostituzione della situazione economica poiché, ove non sia possibile la confisca dei beni oggetto del reato, viene comunque disposta a carico del responsabile dell'illecito la confisca per un valore corrispondente, risultando del tutto estranea qualsiasi forma di prevenzione, caratteristica tipica delle misure di sicurezza. L'assenza di pericolosità dei beni oggetto della confisca per equivalente, combinata con la mancanza di un collegamento tra il reato e i beni, attribuiscono a tale istituto una caratteristica del tutto afflittiva, la cui conseguenza è quella di fare risaltare in questo modo una sua natura "eminente sanzionatoria"¹¹¹.

Così, in particolare, mentre la confisca prevista dall'art. 240 c.p. riveste indubbia natura di misura di sicurezza, quella prevista per equivalente dall'art. 322 *ter* c.p. assume carattere squisitamente sanzionatorio¹¹², svolgendo una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, mutata a favore del colpevole della commissione del reato, con l'imposizione a carico del responsabile di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore. Ne consegue la sua afflittività e il rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, esulando dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce, invece, la principale finalità delle misure di sicurezza.

Ed è proprio per questa sua natura sanzionatoria che deriva l'impossibilità per questo tipo di confisca di venire applicata retroattivamente per fatti anteriormente commessi; ciò è ricavabile oltre che

¹¹¹ Corte di Cassazione sez. IV penale sentenza 27 gennaio 2009, n.9986.

¹¹² cfr. per tutte, Cass. penale, sez. III, 24/09/2008, n. 39172

dall'art. 15 della legge 29 settembre 2000, n. 300 (la cui norma transitoria stabilisce che le disposizioni del citato art. 322 *ter* non si applicano ai reati commessi anteriormente gennaio 2009 alla data di entrata in vigore della presente legge), anche dall'art. 25, comma 2, della Costituzione (nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso) nonché dall'art. 7, comma 1, seconda parte, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, ratificata con L. n. 848 del 1955 (*nullum crimen sine lege*).

Peculiarità di questa forma di confisca è quella che consente l'intervento del giudice su beni svincolati da qualsiasi collegamento con il reato, presupposto della responsabilità *ex* D.Lgs. n. 231 del 2001 e, quindi, supera la tradizionale lacuna della confisca comunemente intesa la quale, mirando a sottrarre al reo la disponibilità del corpo del reato, si blocca innanzi alle trasformazioni ed agli scambi dei beni costituenti il profitto illecito. Poiché la confisca per equivalente si caratterizza per la mancanza di collegamento fra il reato commesso ed il bene confiscato, *"essa pare configurarsi non tanto come una misura punitiva, quanto piuttosto quale strumento compensativo di tipo patrimoniale, a carattere essenzialmente preventivo; peraltro, tale misura importa un inevitabile grado di approssimatività e tende a sovrapporsi alla pena pecuniaria, in quanto si risolve, per lo più, in un prelievo di denaro, che assicura un riequilibrio compensativo a favore della collettività"*¹¹³.

Occorre, a questo punto, una ulteriore precisazione volta a distinguere, a parità di funzioni, l'ambito criminale da quello dell'illecito amministrativo, evitando di ricorrere alla tentazione di ricondurre ogni

¹¹³ PALIERO, La legge 689 del 1981: prima "codificazione" del diritto penale amministrativo in Italia, in Pol. dir., 1983; PALIERO-TRAVI, voce Sanzioni amministrative, cit., p. 353 ss., p. 123; FONDAROLI, Le ipotesi speciali, cit., p. 24.

misura con finalità repressiva al *genus della sanzione penale* e, parallelamente di riconoscere natura di sanzione amministrativa a determinati istituti al fine di sottrarli alle garanzie penalistiche.

Di conseguenza, constatata la sussistenza di una pena in senso tecnico, e quindi l'assenza di una distinzione ontologica con la sanzione penale, assumono funzioni preponderanti: l'interpretazione della norma; la premessa dell'illecito; l'autorità irrogante; il procedimento applicabile; i principi sulla responsabilità e i criteri di commisurazione "i quali sembrano escludere ogni possibile riconduzione della confisca per equivalente alla categoria della sanzione amministrativa. Non deve ritenersi, tuttavia, che il dato "formale", rispetto al quale si è inteso prendere le distanze sinora, sia incoerentemente ora accolto in modo acritico; il punto è che, in questo caso, questo assume un preciso significato strutturale e, quindi, rileva non in quanto "auto-referenziale", ma in quanto determinante una disciplina "caratterizzante", la quale, peraltro, dovrebbe essere considerata in costante relazione critica, secondo principi di coerenza e ragionevolezza, con i beni e gli interessi tutelati e con le modalità di aggressione" ¹¹⁴.

Ora, "accolta l'appartenenza della misura al *genus* della sanzione penale, non si può negare una certa difficoltà nell'operare una classificazione per tipo e per specie. Quanto al contenuto della sanzione, questo sembra sovrapporsi perfettamente a quello tipico della pena pecuniaria proporzionale, essendo entrambe le misure tendenti all'inflizione di una sofferenza patrimoniale, la cui entità è calcolata in funzione di un valore determinato in relazione al fatto commesso, ma non, diversamente da quanto avviene per le pene pecuniarie in genere, in funzione dei criteri

¹¹⁴ Cfr. PALIERO-TRAVI, voce Sanzioni amministrative, cit., p. 355; GRASSO, sub art. 240 c.p., cit., p. 522; PISCIONE, voce Confisca, cit., p. 976, nonché, sulle possibilità e difficoltà di un effettivo discrimine sostanziale tra risposta penale e amministrativa, DONINI, Teoria del reato, Cedam, Padova, 1996, p. 64 ss.

di commisurazione dell'art. 133 c.p. A questa identità di contenuto fa riscontro, tuttavia, una palese diversità strutturale: rimane improponibile la configurazione della *confisca di valore come pena principale*, in quanto questa è strutturalmente "accessoria" rispetto alle sanzioni previste nell'art. 17 c.p. (solo queste ultime, evidentemente, in grado di qualificare il fatto come reato) e, inoltre, non è previsto alcun tipo di incidenza sulla libertà personale" ¹¹⁵.

Si può, quindi, concludere "che la *value confiscation* si identifichi come ulteriore categoria nell'ambito della "sanzione penale", comunque non intendendo il concetto in modo da includervi ogni conseguenza del reato, bensì come misura caratterizzata dalla finalità repressiva (e, quindi, non in grado di accogliere anche le misure di sicurezza) e da una fisionomia strutturale tale da renderne impossibile l'estromissione dall'ambito criminale in favore di quello amministrativo ¹¹⁶.

Su questa tesi concorda, del resto, la stessa giurisprudenza della Suprema Corte, quando afferma che la confisca per equivalente di cui all'art. 322 *ter* c.p. "*viene ad assumere carattere eminentemente sanzionatorio, giacché viene ad assolvere a una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è, pertanto, connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale alla commissione del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza*".

¹¹⁵ MAZZACUVA Francesco, *Confisca per equivalente come sanzione penale verso un nuovo statuto garantistico*, in: Cass. pen. 2009, 09, 3420.

¹¹⁶ Cass. penale, sez. III, 24/09/2008, n. 39172.

La Corte europea dei diritti dell'uomo, dopo la promulgazione di ricevibilità emessa in data 30 agosto 2007, ha esaminato nel merito il ricorso proposto da tre società - Sud Fondi s.r.l., Mabar s.r.l. e Iema s.r.l. - proprietarie dei terreni e del complesso immobiliare siti sulla costa di Punta Perotti, nel territorio di Bari, i quali erano stati sottoposti alla ablazione ordinata nell'ambito del processo penale che si era concluso con la sentenza n. 11716 del 29 gennaio 2001 della III sezione della Corte di cassazione, con cui tutti gli imputati erano stati assolti dalle contravvenzioni in materia edilizia, urbanistica e paesaggistica loro contestate (compresa quella di lottizzazione abusiva), con la formula "*perché il fatto non costituisce reato*" in quanto mancava l'elemento soggettivo ai sensi dell'art. 5 c.p., essendo incorsi in errore scusabile nell'interpretazione delle norme violate.

La confisca dei suoli abusivamente lottizzati e dell'intero complesso immobiliare era stata disposta dalla Corte di cassazione a norma dell'art. 19 della l. n. 47 del 1985, trattandosi - secondo la costante giurisprudenza di legittimità - di una misura obbligatoria a seguito dell'accertamento della sussistenza di una lottizzazione abusiva, anche indipendentemente da una pronuncia di condanna.

Nel ricorso presentato alla Corte europea dei diritti dell'uomo, le tre società hanno dedotto l'incompatibilità della suddetta ipotesi di confisca con l'art. 7 della convenzione (che sancisce il principio di legalità dei reati e delle pene) e con l'art. 1 del Protocollo n. 1 (che enuncia il principio del rispetto della proprietà, ne sottopone la privazione a determinate condizioni, e riconosce agli Stati il potere di regolamentare l'uso dei beni conformemente all'interesse generale).

Con la decisione di ricevibilità emessa in data 30 agosto 2007, la Corte aveva già stabilito che la confisca in questione si traduce in una pena, soggetta all'art. 7 della convenzione.

I principi insiti nell'art. 7 della convenzione sono stati così sintetizzati dalla Corte europea.

CAPITOLO II

Caratteristiche della confisca *esc* Art. 322 *ter*

- 2.1. Ambito di applicazione oggettiva e soggettiva;
- 2.2. Obbligatorietà ed applicabilità anche alla sentenza di patteggiamento;
- 2.3. Differenze con la confisca facoltativa *ex art* 240;
- 2.4. Nozione profitto e prezzo del reato;
- 2.5. Tutela dei terzi: limiti della confisca;
- 2.6. Onere della prova;
- 2.7. Sproporzione, rapporti con il 322 *ter*.

2.1. Ambito di applicazione oggettiva e soggettiva

Con la l. 29 settembre 2000, n. 300, in occasione della ratifica di determinate convenzioni internazionali aventi come obiettivo la repressione dei fenomeni corruttivi, si è introdotto l'istituto¹¹⁷ di cui all'art. 322 *ter* il quale al primo comma prevede che : "in caso di condanna o di applicazione di pena "patteggiata" per i più gravi delitti contro la pubblica amministrazione (in particolare quelli previsti dall'art. 314 a 320 c.p.), anche se commessi dai soggetti indicati nel primo comma dell'art. 322-bis c.p., è sempre ordinata la confisca di beni che ne costituiscono "il profitto o il prezzo", salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando questa non sia possibile, la confisca di beni di cui il reo ha la

¹¹⁷ Introdotto dalla l.300/2000, in esecuzione di *Atti internazionali*, v. art.322-bis in MANACORDA, *Corruzione*, 426, questa confisca speciale si ricollega all'obbligo assunto con la Convenzione OCSE sulla lotta alla corruzione dei pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni economiche internazionali (1997), il cui art.3 co. 3° obbligava le parti contraenti a prendere le "misure necessarie per assicurare che lo strumento e i prodotti della corruzione di un pubblico agente straniero o beni di valore equivalente a quello di tali prodotti possano essere oggetto di sequestro o di confisca". Come è agevole constatare , però, il nostro legislatore ha riferito la misura in questione ad un ambito ben più ampio, con riguardo sia al tipo di delitti che alla cerchia dei soggetti attivi.

disponibilità, per un valore corrispondente a tale "prezzo", c.d. confisca per equivalente".

Nel secondo comma invece è stabilito che: " in caso di condanna per il delitto di corruzione attiva (art.321 c.p.), è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando questa non sia possibile, la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità, per un valore corrispondente a quello di detto profitto e , comunque non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale o all'incaricato di pubblico servizio o agli altri soggetti indicate nel secondo comma dell'art.322-bis c.p.

Infine nel terzo il giudice ha il compito di individuare, nei casi indicati dai precedenti due commi, con la sentenza di condanna , le somme di denaro o i beni assoggettati a confisca in quanto costituenti "il profitto o il prezzo" del reato ovvero in quanto di valore equivalente "al profitto o al prezzo" del reato.

Ciò premesso, è possibile sostenere che tale tipologia di confisca si applica in tutti i casi di condanna o di applicazione della pena ai sensi dell'art. 444 c.p.p. riguardanti i delitti individuati agli art 314-321 c.p. La disposizione precisa che tali illeciti possono essere commessi anche dagli agenti pubblici comunitari o di Stati dell'Unione europea ed è anche estesa ai privati che agiscono con loro o nei confronti di funzionari di altri Stati esteri o di organizzazioni pubbliche internazionali¹¹⁸.

La confisca non può essere ordinata qualora abbia ad oggetto beni che appartengano ad una persona estranea al reato; ciò perchè non possono

¹¹⁸ ROMANO, cit., p. 247

essere sottratti beni appartenenti "ogni soggetto diverso da chi il reato abbia commesso, da solo o in concorso con altri"¹¹⁹.

Nel caso di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio, il denaro ricevuto dal pubblico ufficiale costituisce "prezzo" del reato ogni qualvolta sia stato dato o ricevuto come controprestazione per l'esecuzione dell'azione illecita che, come tale, viene assoggettata a confisca obbligatoria *ex art. 240*, comma secondo, n.1 c.p., il cui spettro di applicazione risulta inoltre esteso dall'*art. 322-ter* c.p., introdotto dall'*art. 3 l. 29 settembre 2000*, n. 3000, e poi dall'*art. 335-bis* c.p., a seguito dell'*art. 6 l. 27 maggio 2001*, n.97.

Nel caso di specie , la Corte ha ritenuto prezzo del reato la somma ricevuta dal pubblico ufficiale - magistrato come controprestazione per avere utilizzato modalità e requisiti illeciti nella liquidazione del corrispettivo al custode¹²⁰.

La giurisprudenza ha comunque sostenuto che l'*art. 322-ter* c.p., pur consentendo di disporre il trasferimento della misura reale dell'oggetto costituente profitto o prezzo del reato ad altro sempre rientrante nella disponibilità del reo , solo laddove non sia possibile la confisca del primo, richiede il preliminare riscontro della presenza oggettiva di un bene costituente profitto o prezzo, la cui ablazione sia impedita da un fatto sopravvenuto che ne abbia comportato lo smarrimento o il trasferimento irrecuperabile¹²¹.

Rappresentano "profitto" del reato di corruzione in atti giudiziari i beni collegati ad un *rapporto* di pertinenzialità diretta con il *pactum sceleris*.

¹¹⁹ ROMANO, cit., p.249

¹²⁰ Cass., Sez. un., 25 giugno 2009 CED 244189

¹²¹ Cass., Sez. un., 3 luglio 1996, CED 205707; Cass., Sez. un., 15 dicembre 1992, CED 192493.

Ne consegue che, per ciò che attiene alla corruzione di funzionari di cancelleria da parte di avvocati aventi l'obiettivo di controllare l'assegnazione di procedure esecutive a giudici- al di fuori dell'accordo illecito- particolarmente predisposti a liquidare in modo più elevato i compensi legali, questi ultimi, in quanto vengono individuati nella sfera del potere discrezionale del magistrato, sono sottratti alla confisca obbligatoria prevista dall'art 322-*ter* c.p.¹²²

¹²² Cass, Sez., un., 17 dicembre 2993, CED 226490.

2.2. Obbligatorietà ed applicabilità anche alla sentenza di patteggiamento

La graduale evoluzione della confisca del profitto del reato da un potere meramente discrezionale del giudice verso un'applicazione obbligatoria in caso di condanna, inizia a svilupparsi negli anni settanta nell'ambito di leggi speciali, le quali si sono proposte come una sorte di lotta alla criminalità provocata dall'espansione all'arricchimento; ciò a discapito dei rilevanti interessi della collettività.

Il circoscritto contesto storico-sociologico e le istanze punitive che in quegli anni hanno indirizzato lo sviluppo della confisca verso obiettivi fino ad allora ignoti, sono manifestamente riprodotti nell'odierno panorama dell'economia nazionale e comunitaria, laddove si evidenziano le problematiche relative alla diffusione delle organizzazioni criminali attratte dal profitto che in tempi meno recenti hanno fatto rilevare la flessibilità della confisca verso funzioni differenti¹²³.

Con l'introduzione della figura speciale di confisca *ex art. 322 ter c.p.* il legislatore nazionale ha avuto la capacità di comprendere i limiti insiti nella disciplina codicistica allo sviluppo delle potenzialità sanzionatorie della confisca classica in modo tale da provi rimedio.

Sicuramente la facoltatività della confisca del profitto illecitamente procurato da parte del reo ha rappresentato una sostanziale soluzione¹²⁴.

¹²³ Corte cost., 17 luglio 1974, sentenza n.229

¹²⁴ A.M. MAUGERI, *Le moderne sanzioni patrimoniali tra funzionalità e garantismo*, Milano, 2001, 113 s. sottolinea che nelle nuove forme di manifestazione della criminalità che spesso non incide tanto su beni individuali quanto su interessi diffusi (es. il narcotraffico, le frodi, i reati ambientali) la distinzione tra prezzo e profitto del reato è obsoleta. In queste ipotesi il profitto non rappresenta solo una conseguenza possibile ed eventuale del reato, bensì l'incentivo fondamentale dello stesso. Addirittura rispetto a queste tipologie di reati è molto raro poter parlare di prezzo del reato perchè i rapporti sinallagmatici di scambio di prestazioni sono spesso assorbiti nella condivisione degli scopi di un'associazione.

E' del tutto evidente che gli illeciti tipicamente produttivi di profitto investono la quasi totalità della criminalità orientata al guadagno.

Ma anche da un punto di vista della tenuta del sistema- che si commisura anche mediante il grado di accettazione della sanzione da parte della collettività- l'immotivata disparità di trattamento tra i beneficiari del prezzo e quelli del profitto dell'illecito costituisce sicuramente un elemento idoneo a produrre disfunzioni al corretto funzionamento del sistema della giustizia. Nella valutazione tra la regola della facoltatività della confisca, a parte qualche eccezione motivata dalla pericolosità intrinseca della *res* che scaturisce nella confisca obbligatoria- così come enunciato nella disciplina generale dell'art. 240 c.p. - e quella dell'obbligatorietà indiscriminata della confisca dei beni illeciti, sempre più spesso preferita nelle leggi speciali, l'art. 322 *ter* c.p. ha optato per quest'ultima soluzione, stabilendo l'obbligatoria confisca non solo del prezzo ma anche del profitto dei reati ivi contemplati¹²⁵.

Non si può non sottolineare che a causa delle molteplici modifiche legislative disposte con la legge n. 300/2000 l'art. 322 *ter* presenta dei deficit strutturali che si concentrano in particolar modo in un'esposizione poco chiara e intellegibile .

Le novità dell'obbligatorietà della confisca e quella della confiscabilità del *tantundem* non si sviluppano nello stesso modo in quanto, mentre la prima è stabilita sia per il prezzo sia per il profitto del reato, la seconda invece è limitata al valore del prezzo del reato per i delitti rubricati al comma 1 dell'art. 322 *ter* c.p.; anche se è regolata eccezionalmente il relazione al

¹²⁵ L'evidente potenziamento dello strumento della confisca nella lotta ai reati mossi dallo scopo di profitto - peraltro salutato con favore da certa dottrina dopo l'infelice iniziativa del legislatore che con legge n. 86/1990 ha soppresso il riferimento alla pena pecuniaria originariamente comminata per i reati di peculato ordinario, peculato mediante profitto dell'errore altrui, concussione e corruzione- apre l'interrogativo circa il fondamento della disparità di trattamento nei confronti di tutte le altre fattispecie criminose cui risulta applicabile solo l'art. 240 c.p.

profitto del reato, ma solo per ciò che concerne il delitto di corruzione attiva del privato, anche se realizzato ai sensi dell'art.322 *bis* comma 2, c.p. Inoltre l'ablazione di beni per un valore corrispondente a quello del profitto è soggetto ad un limite che non è previsto per la confisca di valore del prezzo¹²⁶, ma che è rappresentato dal denaro o dalle altre utilità date o promesse al pubblico agente corrotto¹²⁷.

Così disciplinata la disposizione, la differenziazione tra prezzo e profitto del reato sembrava mantenere una determinata efficacia nell'applicazione dell'art. 322 *ter* c.p., nonostante l'indiscussa obbligatorietà della loro riduzione per tutti i reati ivi previsti.

Proprio per questo, si è sempre sostenuto a lungo sia in dottrina¹²⁸ sia in giurisprudenza¹²⁹ che questa distinzione rilevasse ai fini della determinazione della confisca per equivalente che, espressamente, l'art 322 *ter* c.p. stabilisce in generale soltanto in relazione al prezzo del reato¹³⁰,

¹²⁶ Cass., Sez. VI 17 maggio 2003, PIUMETTO, in *Cass. pen.*, 2004, 2810 afferma che in tema di corruzione per atto contrario ai doveri d'ufficio, anche il profitto derivato al corruttore dell'accordo corruttivo è assoggettato a confisca obbligatoria ex art. 240, comma 2 n.1, il cui ambito di applicazione risulta allargato dall'art. 322 *ter* c.p., assumendo tra l'altro l'entità del prezzo pagato come parametro sussidiario di riferimento per la sua determinazione.

¹²⁷ SPENA, *Commento all'art.322 ter c.p.*, in *Codice penale ipertestuale*, a cura di M. Ronco- S .Ardizzone , 2 ed.,Torino, 2007, 1511 ritiene poco comprensibile siffatta previsione, giustificabile solo in una prospettiva meramente afflittiva, in quanto la tangente pagata al corrotto è un'entità del tutto eterogenea rispetto all'eventuale profitto che il corruttore si attende da una corruzione attiva. Opinabile l'opinione dell'Autore,peraltro non rara in dottrina,(cfr. C. BENUSSI, *Commento all'art. 322 ter c.p.*, in *Commentario E . DOLCINI- G. MARINUCCI*, 2 ed., Milano, 2006, 2319) secondo cui la confisca di un bene di valore pari ad almeno quello della tangente è possibile anche nel caso che il corruttore non abbia tratto alcun beneficio dal *pactum sceleris*, prospettando in tal caso non solo l'espiazione del prezzo del reato di corruzione passiva a mente del 1 comma dell'art 322 *ter* c.p. ma anche l'espropriazione di beni per un valore corrispondente al costo della corruzione sostenuto dal corruttore, nonostante costui non abbia ricevuto alcun beneficio. Tale esegesi della norma si scontra con quella giurisprudenza che, pur negando la necessità di un nesso pertinenziale nella confisca di valore, tuttavia richiede come condizione per l'apprensione di un bene qualsiasi dal patrimonio del reo equivalente al profitto non rintracciato, l'accertamento dell'esistenza di quest'ultimo, *ex plurimis* Cass., Sez. VI, 19 gennaio 2005, *p.m. in proc. Nocco*.

¹²⁸ SPENA, *Commento all'art. 322 ter c.p.* pag 1508

¹²⁹ Di recente Cass., Sez., VI, 13 marzo 2006, *Procuratore delle Repubblica presso il Tribunale di Bari c. I.M.*, in *Riv.pen.*, 2007,2,225.

¹³⁰ SPENA, *Commento all'art. 322 ter c.p.*, cit., 1510 ammette la confisca del prezzo, anche nella forma dell'equivalente, anche nell'ipotesi che l'agente ne abbia solo accettato la promessa, senza di fatto conseguirlo. L'Autore riconosce che in questi casi la misura non ha nulla a che fare nè con la pericolosità oggettiva della *res* , soprattutto quando la confisca incide su un bene qualsiasi del reo, nè con la necessità

mentre eccezionalmente ed esclusivamente al reato di corruzione la applica anche al profitto illecito¹³¹.

Allorchè per effetto dell'art. 640 *quater* c.p., si è assistito ad un ampliamento dell'elencazione dei reati ai quali si applica la disciplina speciale della confisca di cui all'art. 322 *ter* c.p., la prevalente giurisprudenza si è mostrata non particolarmente propensa a "contenere" l'effetto travolgente di quella riforma alla sola novità, molto gradita, dell'obbligatorietà della confisca del solo profitto in opposizione alla facoltatività della stessa *ex art.* 240 c.p., non considerando però la possibilità di applicare alle nuove fattispecie delittuose la vera novità rivoluzionaria raffigurata dalla confisca del *tantundem*.

L'interprete ha dato però importanza solo ad un dato letterale, molto meno significativo rispetto ai lavori preparatori che vi erano sottesi, tralasciando le ambizioni del legislatore.

Da ciò ne consegue il diniego della possibilità di confiscare beni nella disponibilità del reo e per un valore corrispondente a quello del profitto illecito qualora ove non sia possibile confiscare l'utilità diretta dei reati di cui all'art. 640 *quater* c.p.; ciò perchè tale soluzione è prevista espressamente soltanto per il reato di corruzione *ex art.* 321 c.p.¹³²

L'art. 640 *quater* c.p., introdotto dall'art 3 della l. n. 300/2000, che ha determinato il contenuto normativo delimitandolo attraverso un espresso rinvio proprio alle disposizione contenute nell'art 322 *ter* c.p., ha in questo

di privare quest'ultimo della ricchezza illecita, „a si risolve in un aggravio repressivo, in una pena pecuniaria.

¹³¹ ROMANO, *I delitti contro la Pubblica Amministrazione. I delitti dei Pubblici Ufficiali Artt. 314-335 bis c.p.*, 2 ed., Milano, 2006, 253 cerca di spiegare i limiti e le distinzioni che il legislatore ha posto alla confisca di valore con riferimento al prezzo e al profitto del reato in termini di cautele legislative nei confronti di una misura che, non ancorata come quella non ancora adeguatamente disciplinata nel nostro sistema penale, non manca di suscitare riserve, oltre che per l'ambiguità con la pena pecuniaria, anche e soprattutto per una connaturata approssimatività.

¹³² Cass., Sez. I, 28 maggio 2003, *p.m in proc, Silletti*, cit., ha escluso che potesse confiscarsi nella forma dell'equivalente il profitto lucrato dall'indagato mediante una truffa aggravata ai danni dello Stato.

modo esteso la misura della confisca anche ai casi di condanna o di patteggiamento per i reati di cui agli artt. 640, comma 2, n. 1, 640- *bis* e 640-*ter*, comma 2, prima parte, c.p., e può avere ad oggetto, secondo un recente orientamento stabilito dalla Suprema Corte, cose per un valore corrispondente non solo al prezzo, ma anche al profitto del reato, riprendendo quella disposizione l'intera fattispecie dell'art. 322-*ter* c.p.¹³³

Il presupposto per l'applicazione della confisca obbligatoria è l'emissione di una sentenza di condanna, o di patteggiamento *ex art.* 444 c.p.p., per uno dei delitti previsti dagli artt. da 314 a 321 c.p., commessi sia da pubblici funzionari nazionali, che stranieri o comunitari, così come indicati nella collegata disposizione di cui all'art. 322-bis c.p., peraltro espressamente menzionata nel testo.

La specifica menzione dell'applicabilità della confisca anche a seguito di patteggiamento si giustifica, piuttosto, alla luce del disposto dell'art. 445, comma 1 c.p.p. modificato con la legge 12 giugno 2003 n.134 che, come va sottolineato, statuisce l'operatività della sola confisca obbligatoria di cui all'art. 240, comma 2, c.p.¹³⁴, vale a dire allorchè si tratti di beni che

¹³³ Cass., sez. un., 25 ottobre 2005, Muci, in *Cass. pen.*, 2006, p.1382, nonchè in *Giur. it.*, 2006, p.2402-- con nota di ROCCHI, *Sulla confiscabilità per valore equivalente al profitto dei reati previsti dall'art. 640 quater c.p.*--secondo cui nel primo comma dell'art. 322 *ter* c.p. sono richiamate fattispecie di reato nelle quali non è normalmente ravvisabile che il pubblico ufficiale riceva un *quantum* erogato da terzi, ciò che rende indubbiamente "stonata", rispetto alle fattispecie aggiunte, la limitazione al solo "prezzo" del parametro di riferimento del calcolo del valore dei beni da assoggettare alla confisca per equivalente; v., inoltre, Cass., I 12 gennaio 2005, CACCIAVILLANI, in *C.E.D. Cass.*, n. 231063; *contra*, v. Cass., sez. I. 28 maggio 2003. Silletti, *ivi*. n. 226137. In ordine alla confisca per equivalente del profitto v., tuttavia, per una diversa lettura della disposizione di cui all'art. 322- *ter* c.p.- con riferimento al reato di peculato--Cass., sez. VI, 13 marzo 2006, n. 17566, TORTORICI, in www.cortedicassazione.it, secondo cui per i delitti indicati al primo comma della norma la volontà del legislatore è chiaramente nel senso che la confisca può essere rapportata non al profitto, ma solo al prezzo del reato, inteso in senso tecnico e non identificabile, quindi, in ciò che ne costituisce il provento.

¹³⁴ Come del resto, in più occasioni, statuito dalle Sezioni unite della Corte di Cassazione; cfr. S.U., 3 luglio 1996, Chabni, in *Cass. pen.*, 1997, 971; S.U., 27 settembre 1995, Serafino, in *Cass. pen.*, 1996, 67; S.U., 12 dicembre 1992, Bissoli, in *Cass. pen.*, 1993, 1388.

costituiscono il "prezzo" del reato, senza che quindi analoga sanzione possa operare con riferimento al profitto dell'illecito.

Va ancora evidenziato che *"mentre nell'art. 19 d.lg. n.231/2001 la confisca può essere ordinata solo a seguito di sentenza di condanna"*, costituisce ostacolo ad una audace interpretazione estensiva, il rilievo che l'applicazione della misura ablativa è invece prevista dall'art. 322 ter c.p. nonchè da numerose altre ipotesi di confisca speciale¹³⁵.

In caso di pena patteggiata il giudice ha il dovere di motivare le *"ragioni per le quali ritiene di dover disporre la confisca di specifici beni sottoposti a sequestro ovvero su quelle per cui non ritiene attendibili le giustificazioni eventualmente addotte in ordine alla provenienza del denaro o dei beni confiscati"*¹³⁶.

Con la sentenza che applica la pena su richiesta delle parti, la misura della sicurezza patrimoniale della confisca può essere ordinata *"solo nei casi previsti dall'art. 240, comma secondo, c.p., ovvero nei casi in cui il legislatore abbia espressamente esteso, in via eccezionale, la disciplina dettata sul punto dall'art. 445 c.p.p."*¹³⁷

¹³⁵ In particolare. l'articolo 12 sexies del decreto 8 giugno 1992, n306, convertito in legge 7 agosto 1992, n. 356, nonchè l'estensione ai principali reati tributari della confisca ex art 322 ter c.p. avvenuta con legge 24 dicembre 2007 n. 144.

¹³⁶ Cass. Pen., Sez. VI, 21.2.07, n10531, C.E.D. Cass. 234928

¹³⁷ Cass. Pen., Sez. U., 15.12.92, FI, 1993, II, 366

2.3. Differenze con la confisca facoltativa *ex art 240 c.p.*

Occorre tuttavia, a questo punto, esaminare l'istituto della confisca di valore, anche in base alle precisazioni della Corte Costituzionale¹³⁸, evidenziando che le varie tipologie di confisca si differenziano in riferimento alla loro natura giuridica, per ciò che attiene all'ablazione, a seconda delle ragioni per le quali viene ordinata e della finalità, può avere natura di misura di sicurezza o di pena ovvero di misura civile o amministrativa.

Da ciò consegue l'esigenza di considerare le differenze esistenti tra l'ipotesi di confisca prevista dall'art. 240 c.p. e quella di cui all'art. 322 *ter* c.p.; in particolare, va messa in evidenza la mancata citazione nella seconda del prodotto del reato e la sua funzione essenzialmente ripristinatoria dell'ordine economico alterato dalla realizzazione del fatto illecito, e inoltre, la confisca è obbligatoria, senza distinzioni, anche in caso di sentenza a seguito di patteggiamento, in deroga al limite stabilito dall'art. 445 c.p., per arrivare alla considerazione che le dette misure ablatorie non possono essere ricondotte ad una nozione unitaria.

La giurisprudenza è giunta alla conclusione, ormai univoca e concorde, che la confisca *ex art. 322 ter c.p.* assume carattere prettamente sanzionatorio e di conseguenza ad essa va attribuita la qualifica di pena; ne discende l'impossibilità di applicazione retroattiva a fatti antecedentemente commessi¹³⁹.

La confisca per equivalente disciplinata dalla l. n. 146 del 2006, art.11, non si sottrae a questa regola generale, in quanto la lettera della disposizione riprende quella generale dell'art. 322 *ter* c.p. e anche perchè è

¹³⁸ Corte Cost. n. 29 del 1961, conf. n. 46 del 1964

¹³⁹ Cass. pen., sez III, n. 39172 del 24.09.08- dep. 20.10.2008- Sez II, n. 316 del 21.12.2006 dep. 10.01.07

uguale la " *ratio*" delle due norme, le quali tendono a ripristinare l'ordine economico manipolato dalla realizzazione del reato, anche con aggressione "per equivalente" di beni diversi dal prodotto, profitto, prezzo del reato, ogni volta che i beni direttamente costituenti il prodotto, il profitto, il prezzo del reato, siano stati dispersi in modo tale da non permettere più la loro ablazione.

Da ciò deriva, anche in questo caso la confisca di valore, a causa della sua natura sanzionatoria, non può avere efficacia retroattiva.

Inoltre, il principio generale dell'irretroattività della confisca per equivalente è stato disposto espressamente anche dal legislatore con l'art. 322 *ter* che, nell'introdurre tale normativa con la l. 29 settembre 2000, n. 300, art. 3, comma 1, ha previsto, nel successivo art. 15, una disposizione transitoria, stabilendo espressamente che le norme di cui all'art. 322 *ter* c.p.

non si applicano agli illeciti realizzati anteriormente all'entrata in vigore della legge.

Ne consegue che, anche nei casi in cui la confisca per equivalente sia stata prevista per ipotesi di reato diverse in relazione a quelle indicate nell'art. 322 *ter* c.p., come ad esempio quelle di cui all' l. n. 143 del 2007, art. 1, comma 143, che ha esteso tale confisca anche ai reati tributari di cui l D.Lgs. 74 del 2000, la giurisprudenza ha lasciato inalterato il principio del divieto di retroattività.

Infatti la Corte di Cassazione, sez. III penale, con la sentenza n. 39172 del 24.9.2008, ha affermato che tale principio non può essere pretermesso per il solo motivo che la l. n. 244 del 2007 non abbia fissato espressamente la irretroattività della norma, dipendendo l'irretroattività dai principi generali prima menzionati.

Infatti con la citata sentenza è stato disposto che " *l'istituto della confisca, il cui contenuto consiste sempre nella privazione di beni*

economici, può presentarsi con varia natura giuridica, in quando essa può essere disposta per diversi motivi e indirizzata a varie finalità, sì da assumere natura e funzione di pena o di misura di sicurezza ovvero di misura giuridica civile o amministrativa. In particolare, mentre la confisca prevista dall'art 240 c.p. ha natura di misura di sicurezza, quella prevista anche per equivalente dall'art. 322 ter c.p. viene ad assumere carattere eminentemente sanzionatorio, giacchè viene ad assolvere a una funzione sostanzialmente ripristinatoria della situazione economica, modificata in favore del reo dalla commissione del fatto illecito, mediante l'imposizione di un sacrificio patrimoniale di corrispondente valore a carico del responsabile ed è, pertanto, connotata dal carattere afflittivo e da un rapporto consequenziale del reato proprio della sanzione penale, mentre esula dalla stessa qualsiasi funzione di prevenzione che costituisce la principale finalità delle misure di sicurezza. Proprio dalla rilevante natura sanzionatoria della confisca ex art. 322 ter c.p, discende l'impossibilità di applicazione retroattiva a fatti anteriormente connessi: ciò dovendolo desumere ,oltre che dall'art. 15 l. 29 settembre 2000 n. 300, dall'art. 25 Cost. nonchè dall'art. 7, comma 1 seconda parte, della convezione europea dei diritti dell'uomo, ratifica con la legge 4 agosto 1955 n. 148". Infine anche per la legge attuata nella fattispecie, in l'assenza di previsione del divieto di retroattività , si deve concludere per l'impossibilità di irrogare la sanzione della confisca per equivalente agli illeciti realizzati anteriormente alla sua entrata in vigore.

2.4. Nozione profitto e prezzo del reato

La nozione profitto del reato, che si identifica anche per diversità dal concetto di prodotto, dovrebbe essere intesa come rinvenibile di incremento patrimoniale, cioè in ogni cosa suscettibile di un vantaggio economico, che deriva al terzo, o il cui interesse del reato sia stato commesso nei confronti del terzo.¹⁴⁰ Inoltre il profitto del reato non dovrebbe essere circoscritto solamente al vantaggio patrimoniale immediato e diretto dell'illecito, ma si dovrebbe estendere anche ad ogni incremento economico successivo che, sia pure mediamente ed indirettamente, aumenti quel profitto o comunque derivi da quel reato¹⁴¹

La questione non è molto chiara. Non si può non mettere in evidenza che laddove la confisca intervenga con un notevole ritardo rispetto alla realizzazione del reato ed al conseguente procacciamento del profitto a favore del reo o del terzo, lo stesso profitto potrebbe essere stato modificato, da parte dello stesso autore del reato, in beni diversi, anche di valore superiore.¹⁴²

¹⁴⁰ FORNARI, *Criminalità del profitto e tecniche sanzionatorie: confisca e sanzioni pecuniarie nel diritto penale moderno*, Padova, 1997. In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, il profitto del reato oggetto del sequestro preventivo funzionale alla confisca è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale del reato presupposto ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato dal reato. Cass. pen., sez. II, 15.5.2009, N. 20506(C.E.D. Cass., riv. 243198). Ai fini del sequestro preventivo funzionale alla confisca per equivalente art. 322 *ter* c.p. il profitto confiscabile del corruttore va identificato nel solo incremento di valore che il bene abbia ricevuto per effetto dell'attività corruttiva. Ne consegue che il giudice deve prima stabilire il valore dell' incremento del bene e , successivamente, disporre il vincolo cautelare nei limiti del valore corrispondente all'incremento. Cass. pen. , sez. VI, 23.6.2009, N. 26176(C.E.D. Cass., riv. 244522)

¹⁴¹ In tema di sequestro preventivo, 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. Cass pen., sez. II, 5.12.2008, n. 45389(C.E.D. Cass., riv. 241973)

¹⁴² Si pensi all'ipotesi in cui il reo spendendo il danaro costituente profitto del reato, abbia acquistato un bene immobile che, nelle more, abbia a sua volta acquisito maggior valore, ad esempio in conseguenza del rilascio di un'autorizzazione urbanistica, o semplicemente per la contemporanea esistenza di una bolla speculativa. Od alla diversa ipotesi in cui le azioni costituenti profitto del reato abbiano, *medio tempore*, subito un rilevante rialzo nelle quotazione di borsa.

In questi casi sostenere qualificabile come profitto solamente l'utilità diretta ed immediata derivante dal reato significa eliminare dalla confisca le utilità ulteriori che il profitto ha permesso al reo di procurarsi. Il principio generale che si applica alla confisca, ossia la volontà di impedire il pericolo costituito dalla privata disponibilità del profitto del reato, sembrerebbe accettare la condivisione della tesi secondo cui nel profitto possano rientrare anche le utilità derivate indirettamente o mediamente dall'illecito. Se infatti la *ratio legis* è da riscontrarsi nella volontà di evitare che dal reato il reo possa conseguire profitto, appare contraddittorio circoscrivere poi il profitto alla sola sua natura e forma iniziale, dando così la possibilità al reo di valersi del maggior profitto che egli ha ottenuto proprio utilizzando il profitto direttamente procurategli dalla realizzazione del reato. Si può quindi affermare che la tesi più convincente è quella secondo cui il profitto del reato dovrebbe comprendere, dal punto di vista definitorio, anche le utilità economiche ed i vantaggi patrimoniali derivati all'imputato indirettamente o mediamente in relazione al reato, ma comunque ad esso connessi. Per quanto riguarda invece il profilo contenutistico va osservato che siccome il profitto dell'illecito coincide con l'incremento economico derivato al reo o al terzo direttamente dalla realizzazione dell'illecito stesso, questo incremento va quantificato prendendo in considerazione le peculiarità nelle singole fattispecie concrete. In particolare, si può sostenere che, nel margine di profitto confiscabile non vanno ricomprese le spese sostenute dal reo per la commissione dell'illecito; ciò perchè queste spese, anche se sostenute, sono completamente estranee al profitto del reato, che è la variazione patrimoniale della sfera giuridica dell'imputato facendola risalire all'attimo

precedente il reato fino alla produzione delle conseguenze di esso, senza contare le vicende precedenti cui appartengono gli esborsi¹⁴³.

Va in ogni caso evidenziato, come criterio di ragionevole temperamento, che al fine della determinazione si deve tenere conto, quindi, del valore patrimoniale dell'imputato al momento della realizzazione dell'illecito, prendendo in considerazione poi solo l'incremento successivo, escludendo, cioè, da esso la parte di valore che, prima della realizzazione dell'illecito, faceva parte della sfera giuridica del reo o terzo beneficiario.

Questa è una tesi particolarmente convincente, poichè diversamente opinando l'imputato si vedrebbe sottratto di una parte del suo patrimonio che era presente, lecitamente, nella sua sfera giuridica molto prima della realizzazione dell'illecito; ne consegue che una confisca di questa porzione patrimoniale si porrebbe al di fuori non solo del principio di ablazione della pericolosità del profitto criminale lasciato nella privata disponibilità, ma soprattutto al di fuori del principio di ragionevolezza, finendo per contrastare con il generale principio di intangibilità della sfera giuridica patrimoniale del privato, in relazione ai casi in cui colpirebbe beni non derivati dalla commissione dell'illecito e valori eccedenti il profitto che il reato ha procacciato al reo¹⁴⁴.

¹⁴³ *Non sono scomputabili dal profitto del reato, oggetto di sequestro preventivo finalizzato alla confisca, le attività, pur intrinsecamente lecite, preordinate alla realizzazione della fattispecie criminosa, in quanto nelle determinazioni del profitto -inteso come complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito ed a questo strettamente pertinenti- non sono utilizzabili parametri valutativi di tipo aziendalistico, quale il criterio del profitto netto che porrebbe a carico dello Stato il rischio di esito negativo del reato, sottraendo contestualmente il reo a qualunque rischio di perdita economica.* Cass. pen., sez V, 23.12.2008, n 47983 (C.E.D. Cass., riv. 242952).

Ai fini dell'adozione del sequestro preventivo finalizzato alla confisca, la nozione di profitto del reato coincide con il complesso dei vantaggi economici tratti dall'illecito e a questo strettamente pertinenti, senza che ad esso possano essere sottratti i costi sostenuti per la commissione del reato. Cass. pen., 25.11.2008, sez. V, n.44032 (C.E.D. Cass., riv. 241671).

¹⁴⁴ *In tema di corruzione, ove l'accordo corruttivo abbia ad oggetto l'alienazione ad un soggetto pubblico di un bene, il profitto del reato non è costituito dall'intero corrispettivo e quindi dalla somma di denaro equivalente al controvalore del bene, di cui il corruttore aveva già prima la proprietà, ma dalla plusvalenza che il privato venditore ha realizzato, pattuendo illecitamente un corrispettivo superiore*

Un altro criterio di equo temperamento è raffigurato dallo scomputo del vantaggio che sia comunque derivato, in conseguenza del reato, al soggetto danneggiato dallo stesso¹⁴⁵.

Si tratta, in verità, di un'applicazione a particolari ipotesi del generale concetto, appena enunciato, per cui il profitto deve calcolarsi prendendo in considerazione la variazione patrimoniale della sfera giuridica del reo tra l'istante immediatamente antecedente la realizzazione dell'illecito e il momento successivo a detta esecuzione.

Premesso ciò, sembra corretto ritenere che laddove il reo, come succede nelle fattispecie concrete soggette al giudizio della Suprema Corte, dopo la realizzazione del reato e al fine di procurarsene il profitto abbia erogato alcune prestazioni in favore del soggetto leso, il valore di queste non ha mai fatto parte del profitto, essendo voci negative ascrivibili alla contabilità del ricavato conseguente alla condotta ingiustamente realizzata.

Nè questa tesi contrasta con il principio di indeducibilità delle spese sostenute per la realizzazione del reato dal calcolo del profitto confiscabile, dal momento che queste spese sono affrontate antecedentemente la commissione del reato, in quanto sono esterne alla sfera giuridica patrimoniale dell'imputato al momento della realizzazione; esse sono infatti

rispetto al valore normale del mercato. Cass. pen., sez II, 13.4.2007, n. 15082(C.E.D. Cass., riv. 236468).

Ai fini del sequestro preventivo finalizzato alla confisca per equivalente di cui all'art. 322 ter cod. pen., in presenza di un contratto di appalto ottenuto con la corruzione di pubblici funzionari, la nozione di profitto confiscabile al corruttore non va identificata con l'intero valore del rapporto sinallagmatico instaurato con la P.A., dal corrispettivo conseguito per l'effettiva e corretta erogazione delle prestazioni svolte in favore della stessa amministrazione, le quali non possono considerarsi automaticamente illecite in ragione dell'illiceità della causa remota. Cass. pen., sez. VI, 29.4.2009. n.17897(C.E.D. Cass., riv. 243319).

¹⁴⁵ Sul profitto del reato al netto delle spese sostenute dall'agente e dei vantaggi procurati al soggetto danneggiato, vedasi il fondamentale contributo di ALESSANDRINI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, in DOLCINI- PALIERO a cura di, *Studi in onore di Giorgio Marinucci*, Milano, 2006.

In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, il profitto del reato oggetto del sequestro preventivo funzionale alla confisca è costituito dal vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto ed è concretamente determinato al netto dell'effettiva utilità eventualmente conseguita dal danneggiato dal reato. Cass. pen., sez. II, 15.5.2009, n. 20506 (C.E.D. Cass., riv. 243198).

destinate a persone diverse dal soggetto danneggiato dall'illecito; mentre le prestazioni fornite dal reo in favore della persona lesa dall'illecito attengono a un tempo successivo all'inizio della realizzazione del reato, ed esattamente nel momento della sua esecuzione, poichè il mutamento patrimoniale dell'imputato tra il momento iniziale, l'inizio della consumazione del reato, e l'arco di tempo successivo alla consumazione dello stesso tiene ovviamente conto di tali prestazioni, la cui sottrazione dal ricavato restituisce il profitto netto, corrispondente al sostanziale incremento patrimoniale della sfera giuridica del reo realizzata dalla commissione dell'illecito¹⁴⁶.

Secondo un interessante tesi , non dovrebbe essere presi in considerazione, in sede di confisca del profitto del reato, gli importi di denaro nella disponibilità del reo che possono essere restituite al soggetto danneggiato dall'illecito¹⁴⁷. In verità, questa teoria non incide sulla definizione del profitto del reato, ma inerisce soltanto al momento deliberativo della confisca dell'illecito. Il motivo si individua , evidentemente, nel perfezionamento del diritto del soggetto leso da reato a procurarsi la " *in integrum restitutio*", della propria sfera giuridica patrimoniale, al pristino stato in cui si trovava prima della violazione¹⁴⁸.

¹⁴⁶ *In tema di responsabilità da reato degli enti collettivi, il profitto del reato oggetto della confisca di cui all'art 19 del D.Lgs. n. 231 del 2001 si identifica con il vantaggio economico di diretta e immediata derivazione causale dal reato presupposto, ma, nel caso in cui questo venga consumato nell'ambito di un rapporto sinallagmatico, non può essere considerato tale anche l'utilità eventualmente conseguita dal danneggiato in ragione dell'esecuzione da parte dell'ente delle prestazioni che il contratto gli impone.* Cass. pen., Sez. Un., 2.7.2008, n. 26654(C.E.D. Cass., riv 247914).

¹⁴⁷ *In tema di responsabilità da reato degli enti, la confisca deve essere disposta soltanto per quella parte del profitto del reato presupposto che non possa essere restituita al danneggiato, limite operante anche nella fase cautelare ai fini della determinazione dell'oggetto del sequestro preventivo adottato in vista dell'applicazione della suddetta sanzione.* Cass. pen., sez. VI, 5.5.2010, n. 35748(C.E.D. Cass., riv 247914)

¹⁴⁸ Saggiamente tale orientamento ermeneutico sottolinea come una volta individuato anche materialmente il profitto del reato e posto lo stesso nella giuridica disponibilità del giudice, le esigenze pubbliche di confisca del profitto medesimo per evitare il pericolo derivante dal permanere di esso nella privata disponibilità del reo vadano poste in comparazione con il diritto della persona danneggiata dal reato, non di rado originaria titolare dei medesimi beni, ad ottenere le restituzioni ed il risarcimento del danno.

Da questo punto di vista, potrebbe conseguire un duplice danno per il soggetto leso dall'illecito prima a causa della condotta incriminata e poi non ricreata in ragione della confisca sugli oggetti costituenti il profitto del reato¹⁴⁹.

Questa appare, del resto, una teoria convincente ed equilibrata¹⁵⁰.

Il profitto del reato, dunque, si deve intendere come l'incremento della sfera patrimoniale dell'imputato o del terzo, conseguente al reato anche indirettamente e mediamente, computato in base alla variazione patrimoniale verificatasi per effetto della realizzazione del reato rispetto al momento immediatamente antecedente l'esecuzione stessa, escludendo gli esborsi regressi e inerenti all'illecito, ad eccezione di quelli che abbiano a loro volta implementato il patrimonio della persona lesa dall'illecito.

Alla nozione di prezzo non può essere attribuita la definizione di "utilità economica" ricavata dalla realizzazione del reato¹⁵¹. La confisca è obbligatoria quando il denaro costituisce il "prezzo" del reato, da interpretare come compenso dato per indurre taluno a commettere il reato, ovvero in "Un fattore che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l'interessato a commettere il reato"¹⁵².

L'elemento distintivo del prezzo rispetto al profitto è perciò costituito dalla presenza di un individuo, generalmente concorrente in forza di tale atteggiamento nel reato realizzato, che, corrispondendo un bene ad un altro soggetto lo induce, lo istiga o lo determina a commettere un reato, cioè con

¹⁴⁹ Si è efficacemente osservato, sul punto, come effettivamente la restituzione dei beni costituenti reato, in tutto o in parte, alla persona danneggiata dallo stesso consenta, al contempo, di tutelare il pubblico interesse del danneggiato, giuridicamente tutelato dall'ordinamento, alle restituzioni ed al risarcimento del danno.

¹⁵⁰ *In tema di responsabilità da reato, non può procedersi al sequestro preventivo a fini di confisca dei beni dell'ente che, corrispondenti al profitto del reato presupposto, siano oggetto di una possibile pretesa restitutoria del danneggiato dal reato presupposto stesso.* Cass. pen., sez. VI, 28.4.2010, n.(C.E.D. Cass., riv. 246727)

¹⁵¹ Cass., S.U., 24 febbraio 1993, n.1811, Bissoli.

¹⁵² Cass. pen., S.U., 17 ottobre 1996, n. 9149, Chabni Samir. C.E.D. 205707.

tale corresponsione ne rafforza il preesistente intento criminoso o ne determina l'insorgere.

Per i delitti indicati al primo comma dell'art. 322 ter la confisca può essere ordinata, non al profitto ma solo al prezzo del reato inteso nel senso tecnico e non identificabile, quindi , in ciò che costituisce il provento¹⁵³ .

In tema di istigazione alla corruzione qualora il pubblico ufficiale si sottragga all'istigazione e il reato di corruzione non si consumi, il denaro offerto rimane semplice mezzo di esecuzione dell'illecito da parte del protagonista dell'istigazione, anche laddove sia rimasto nella sua disponibilità. Infatti possiamo affermare che da un lato , che il denaro non diventa prezzo del (non consumato) delitto di corruzione; e dall'altro, che il denaro non può nemmeno includere "profitto o prezzo" del delitto di istigazione alla corruzione. Ne consegue che, come confermato anche dall'art 322 ter , il denaro offerto nel delitto di istigazione alla corruzione non rientra tra le ipotesi per cui è prevista la confisca obbligatoria¹⁵⁴ .

In tema di corruzione per atto contrario ai doveri di ufficio , il denaro percepito dal pubblico ufficiale costituisce prezzo del reato ogni qualvolta si stata data o ricevuta come controprestazione per lo svolgimento dell'azione illecita ed, proprio per questo, assoggettata a confisca obbligatoria¹⁵⁵ .

¹⁵³ Cass. pen., sez., VI, 22 maggio 2006, n. 17566, C.E.D. 234505.

¹⁵⁴ Cass. pen., sez. VI, 28 novembre 2001, n. 42786, C.E.D.220613.

¹⁵⁵ Nella fattispecie la Suprema Corte ha ritenuto prezzo del reato la somma ricevuta dal pubblico ufficiale-magistrato- come controprestazione per avere adottato modalità e criteri illeciti nella liquidazione del compenso al custode.

2.5 Tutela dei terzi: limiti della confisca

Nell'ambito della legislazione speciale, proprio per la caratteristica afflittiva della ablazione, si sono riscontrati maggiori problemi di tutela dei diritti dei terzi, in quanto usualmente il carattere obbligatorio della confisca ha portato la giurisprudenza ad applicarla anche nei confronti di terzi estranei al reato, pur trattandosi di cose non pericolose.

La confisca nei confronti di terzi, invece, si spiega in base alla disciplina codicistica solo per quanto riguarda i casi di oggetti pericolosi in base al giudizio del legislatore, poichè in questa ipotesi l'ablazione sarebbe la mera applicazione del regime giuridico del bene che si distacca da valutazioni di responsabilità personale.

Da queste problematiche si evince come l'odierna legislazione speciale ha snaturato la disciplina della confisca quale configurata dal codice penale, assegnando carattere obbligatorio alla confisca di oggetti non pericolosi, con la conseguente inapplicabilità, poi, del regime giuridico della confisca obbligatoria, stabilita dal codice, a tali forme di confisca.

Ad esempio questa problematica si è presentata in materia di stupefacenti, poichè, secondo quanto enunciato dalla Suprema Corte la disciplina in materia deroga quella prevista dall'art. 240 terzo e quarto comma c.p., trattandosi di disciplina speciale¹⁵⁶.

Si è infatti disposta la confisca obbligatoria dell'auto appartenente a terzi utilizzata per commettere l'illecito di detenzione di stupefacenti a fine di spaccio¹⁵⁷ o del mezzo, sempre appartenente a terzi, utilizzato per

¹⁵⁶ Cass., 11 dicembre 1989, Contini, in *Riv. pen.* 1991, p.222.

¹⁵⁷ Cass., 14 marzo 1984, Gibbs, in *Riv. pen.* 1986, p. 349; Cass., 9 dicembre 1982, Cannavacciuolo, in *Cass. pen* 1984, p. 190. Di contro, in seguito all'emanazione del d.P.R. 9 ottobre 1990 n.309 è stato negato il carattere obbligatorio della confisca dell'auto in quanto non costituisce nè il prezzo del reato nè

detenere, trasportare la droga e compiere contrattazioni , muovendosi da un cliente all'altro¹⁵⁸. Questa struttura di ablazione ha una connotazione di carattere punitivo che non si giustifica nei confronti di terzi in buona fede, estranei al reato¹⁵⁹.

Problemi identici li ritroviamo nel settore delle frodi alimentari, in cui l'ablazione riguarda tutte le merci oggetto della frode incriminata, senza differenziare in relazione al successivo ed eventuale spostamento delle merci e senza prendere in considerazione i diritti dei terzi¹⁶⁰. In questo ambito ,però, il carattere obbligatorio della confisca si motiva in senso general preventivo quando la confisca riguarda merci adulterate, cioè di cose dotate di pericolosità oggettiva la cui ablazione è espressione del relativo regime giuridico; in altri casi la confisca obbligatoria si connota per un evidente carattere punitivo e si dovrebbero, di conseguenza, rispettare i diritti dei terzi.¹⁶¹ Questa tematica è stata, del resto, particolarmente discussa in materia di contrabbando.

La Corte costituzionale ha sancito l'incostituzionalità degli art. 301, comma 1, delle disposizioni in materia doganale e dell'art.87, comma 1, l. 17 luglio 1942, n.907¹⁶², nella parte in cui ordinano la confisca delle cose che servono o furono destinate a realizzare il reato, anche nel caso di loro appartenenza a persone estranee al reato, alle quali non sia imputabile una

cosa la cui fabbricazione, etc. è vietata, Cass., 27 giugno 1991, D'Angella, in *Mass. Cass. pen.* 1991, m. 79.

¹⁵⁸ Condotta considerata, in maniera discutibile, sufficiente ad integrare il " nesso strumentale", così Cass., 18 giugno 1986, Lipari, in *Riv.pen.*1987, p.798; Cass., 17 dicembre 1985, Spallita, *ivi* 1987, p.510.

¹⁵⁹ Discorso diverso per le sostanze stupefacenti la cui confisca è una mera applicazione del relativo regime giuridico, trattandosi di merce la cui produzione, uso, etc. è vietata o comunque legislativamente regolamentata.

¹⁶⁰ I terzi se in buona fede, possono sempre in via civile ottenere l'esatta esecuzione del contratto ed il riassorbimento dei danni, Cass., 7 luglio 1958, Tomassetti, in *Riv.it.dir.proc.pen.* 1959, p.599

¹⁶¹ Quando la legge speciale, invece, prevede la confisca delle merci oggetto della frode incriminata - come la legge 13 novembre 1960, n.1404 sugli olii di oliva, all'art. 11, e la legge 23 dicembre 1956 n. 1526 sulla difesa della genuinità del burro, all'art. 14 -, ma tale confisca è disposta " ai sensi dell'art 240", non potranno trovare applicazione le più restrittive disposizioni sopraddette e la confisca sarà applicata in via facoltativa od obbligatoria a seconda dei consolidati criteri di interpretazione dall'articolo richiamato.

¹⁶² Legge sul monopolio dei sali e dei tabacchi

mancata vigilanza¹⁶³. La Corte Costituzionale ha infatti stabilito che, se l'obbligatorietà dell'ablazione che stiamo esaminando, in deroga all'art. 240 c.p., è concepita ai fini di una lotta più marcata ad un'attività illecita considerata dal legislatore particolarmente dannosa per gli interessi finanziari dello Stato, non può sostenersi, però, quando essa si trasforma in una ingiustificata violazione del diritto sulla cosa spettante ai terzi estranei al reato. L'art. 301 si colloca quindi al di fuori della logica giuridica che sta alla base delle misure di sicurezza, indirizzate quest'ultime ad allargare i loro effetti, anche di natura patrimoniale, nei confronti degli individui ai quali si applicano, nella previsione di una potenziale pericolosità della collettività¹⁶⁴.

La confisca doganale di cose di persone estranee al reato "*snatura il carattere della misura di sicurezza così strutturata e introdotta nel codice vigente*" e fa dell'ablazione stessa una disciplina ingiusta e illogica, "*uno strumento anomalo di ambigua collocazione giuridica*". La Corte Costituzionale sostiene che è evidente il conflitto della disposizione in esame con l'art 27 Cost. poichè l'art. 301 delle citate norme doganali

¹⁶³ Corte Cost., 17 luglio 1974, n.229, Società finanziaria Peltrik. Amministrazione finanze e pres. Cons. Ministri, in *Giur. cost.* 1974, p.2297, in cui, per l'esattezza si dichiara l'illegittimità dell'art. 116, comma 1, l. 25 settembre 1940 n.1424 (legge doganale)- ora trasfuso nell'art. 301-, per contrasto con l'art. 3 Cost., e per illegittimità conseguenziale l'incostituzionalità delle norme summenzionate; nell'ordinanza, che ha sollevato la questione, veniva contestata la violazione dell'art 3 per la diversa disciplina che l'art 116 comporta in tema di confisca tra automezzi e altri beni, per cui la tutela dei diritti dei terzi viene fatta dipendere unicamente dalla natura dell'oggetto. Dubbi di legittimità costituzionale venivano mossi anche in relazione all'art. 27 e 42 della Costituzione, in quanto, qualunque qualificazione giuridica si voglia dare alla confisca- effetto penale della condanna, vera e propria pena, misura di sicurezza-, essa, facendo discendere dal comportamento del reo delle conseguenze patrimoniali pregiudizievoli per il patrimonio del terzo incolpevole, urterebbe contro il principio per il quale la responsabilità penale è personale; la confisca finirebbe, così, con l'assumere aspetti di mero trasferimento coattivo di beni dal privato allo Stato per finalità repressive e intimidatorie di ordine generale, divenendo una sorta di espropriazione, senza indennizzo, in contrasto con l'art. 42 Cost.. Cfr. Cass., 2 giugno 1978, Halder, in *Foro it.* 1979, II, c 464, in cui si richiede per pronunciare la confisca di imbarcazioni oggetto di contrabbando appartenenti a persone estranee al reato, che a queste ultime sia imputabile almeno un difetto di vigilanza.

¹⁶⁴ Possono esservi, prosegue la Corte, delle cose nelle quali è insita un'illiceità oggettiva in senso assoluto, che prescinde dal rapporto col soggetto che ne dispone, e "che debbono essere confiscate presso chiunque le detenga a qualsiasi titolo, ma ciò rappresenta un profilo di particolare, atipico, ma non estraneo alla logica del sistema e ai criteri a cui si ispira la prevenzione sul piano generale e di cui le misure di sicurezza patrimoniali costituiscono un aspetto".

comprende delle visibili previsioni di responsabilità oggettiva , prescindendo del tutto dalla valutazione dell'elemento psicologico nella condotta del soggetto e comminando l'ablazione delle cose oggetto dell'illecito, prescindendo dalla loro appartenenza¹⁶⁵.

Inoltre, la Corte Costituzionale ha dichiarato costituzionalmente illegittimo l'art. 301, 1 c., d.P.R. n. 43/73, come modificato dall'art.11 della l. 30 dicembre 1991, n.413, nella parte in cui non consente alle persone estranee al reato di verificare di aver acquisito la proprietà delle stesse incolpevolmente della loro illecita introduzione sul mercato.. L'art. 11 della l. n. 413/91 ha dato, infatti *"rilievo allo stato soggettivo del proprietario del bene, sotto il profilo di non essere questi incorso in un difetto di vigilanza, unicamente con riferimento ai mezzi utilizzati o destinati al contrabbando, mantenendo per il resto ferma l'indiscriminata obbligatorietà della confisca di beni oggetto di contrabbando"*¹⁶⁶.

La Corte Costituzionale afferma che un più logico equilibrio degli interessi in esame, quelli dello Stato relativi all'esercizio della potestà tributaria e quelli del privato provenienti dal principio dell'affidamento incolpevole, porta a sostenere che l'interesse dello Stato possa avere una tutela più attiva anche nei confronti del terzo sul piano processuale, nel

¹⁶⁵ La Corte Costituzionale ha disposto l'incostituzionalità in riferimento all'art. 27 Cost., dell'art 301 del D.P.R. 23 gennaio 1973, n 43, nella parte in cui non prevede "l'esclusione della confisca per le cose oggetto del reato di contrabbando che siano state illegittimamente sottratte a terzi, quando tale sottrazione risulti giudizialmente accertata", così Corte cost., 29 dicembre 1976 n.259, Stanicic, in *Giur. Cost.* 1976, I, p. 1917;Corte Cost., 29 dicembre 1976, in *Giur.it* . 1977, I,1, c. 1243 (anche in queste sentenze si dichiara l'incostituzionalità dell'art.116, c. 1, legge n.1424/1940).Si deve evidenziare che mentre nella precedente sentenza la Corte fa riferimento alle cose che servirono o furono destinate a commettere il reato, questa volta si rivolge alle cose "oggetto di reato"...Ancora prima della Corte Costituzionale, la Corte di Cassazione aveva già riconosciuto il diritto dei terzi derubati ad ottenere la restituzione delle cose loro sottratte in virtù dell'art. 185 c.p., Cass., 21 gennaio 1974, Ignoti, in Cass. pen. 1975, p.686. Sempre in continuità con le precedenti sentenze si pone, inoltre, la già citata pronuncia Corte Cost., 29 gennaio 1987 n.2, Lucchetti e altri, in *Cass.pen.*1987, p.867.

¹⁶⁶ Di qui fra l'altro la censura mossa all'art.301 dalla Cassazione nella prospettiva dell'art.3 Cost. siccome discriminante irragionevolmente tra terzi estranei al contrabbando ai quali non sia imputabile un difetto di vigilanza, a seconda che siano proprietari dei mezzi di trasporto o cose utilizzate per il reato, oppure di cose oggetto del contrabbando stesso.

senso che non appare senza motivazione una deroga al principio esistente in materia di acquisto di beni mobili che stabilisca la regola che la buona fede è presunta; tuttavia la tutela di questo interesse non può arrivare fino al punto di escludere completamente i diritti del terzo, non consentendogli la possibilità di essere ammesso a provare che non esistevano al momento dell'acquisto situazioni tali da fare venire sospetti per quanto riguarda la provenienza dell'oggetto del contrabbando¹⁶⁷.

Una tale disposizione violerebbe, così l'art. 27, c 1, della Costituzione e l'art. 3 essendo immotivata, e cioè nè "adeguata" nè proporzionale, l'elevata severità di trattamento del reato di contrabbando laddove applicata dall'autore del reato al terzo estraneo¹⁶⁸.

Ne emerge che la Corte costituzionale in questa massima dispone la legittimità di un'eventuale inversione dell'onere della prova a carico del proprietario tenuto a provare la sua buona fede, se non vuole vedere sacrificato il suo diritto di proprietà senza indennizzo. Questa inversione si ritiene accettata dalla dottrina e conforme al principio di colpevolezza, in base alla constatazione che nella situazione in esame non ci si concentra sulla colpevolezza del terzo estraneo, il quale non può comunque essere sanzionato per un fatto commesso da altri, cioè per il reato di contrabbando, nè viene imputato per qualche altro reato, ma più che altro, il terzo è tenuto a subire l'applicazione del regime giuridico dei beni oggetto di contrabbando, che anche se non sono cose intrinsecamente pericolose per le loro caratteristiche fisiche, lo sono però per una attribuzione giuridica che al terzo può sfuggire del tutto inconsapevolmente.

¹⁶⁷ Corte Cost., 10 gennaio 1997, n. 1, in *Dir.pen.e proc.* 1997, p.150, con commento di SPANGHER, *Contrabbando, terzo estraneo al reato e acquisto di buona fede* e in *Dir.per.proc.* 1997, p. 816, con commento di VENEZIANI.

¹⁶⁸ *Ibidem*, in *Dir. pen. e proc.* 1997 p.818.

Ne consegue che la soluzione giurisprudenziale del caso esaminato sembra molto logica per cui in considerazione di una riconosciuta difficoltà del terzo di individuare tale qualifica giuridica, gli si consente la possibilità di provare di averla ignorata incolpevolmente.

Questa teoria dottrinarina non può essere condivisa. Si afferma, infatti, che sia possibile concedere delle deroghe al rispetto del principio di colpevolezza in virtù del regime giuridico di un bene solo per quanto riguarda cose la cui effettiva pericolosità ne spieghi la sottoposizione ad un determinato regime giuridico, che per motivi di tutela della società ne proibisca la disponibilità o la sottopone ad una specifica regolamentazione in relazione a tutti i consociati; tali situazione obiettive non sussistono però nelle ipotesi in esame riferite a oggetti regolarmente disponibili e commerciabili. In questi casi si conclude per la responsabilità del terzo costringendolo ad un non ben determinato obbligo di vigilanza, del reato altrui. Non è chiaro, in definitiva, perchè in questo ambito si debbano violare fondamentali principi costituzionali, quali il principio di colpevolezza e la sua conseguente garanzia processuale, e cioè la presunzione d'innocenza, per esclusive esigenze di carattere probatorio; ciò perchè in evidentemente la presunzione in questione a carico del terzo è diretta soltanto a facilitare il compito dell'accusa.

Alle medesime conclusioni perviene anche la disciplina disposta dallo stesso art. 3011 al n.3 laddove esclude la possibilità di ablazione dei mezzi di trasporto appartenenti a persona estranee all'illecito, applicando in questo caso le disposizioni dell'art.240 c.p., qualora "*questa dimostri di non averne potuto prevedere l'illecito impiego anche occasionale e di non essere incorsa in un difetto di vigilanza*".

Non possiamo però non mettere in risalto che da una parte questa disposizione ha segnato un passo importante per la tutela della buona fede

dei proprietari dei mezzi di trasporto, in accoglimento delle pressioni da parte della dottrina¹⁶⁹ e anche di quella giurisprudenza minoritaria¹⁷⁰, nonché nelle classi interessate (in particolare gli autonoleggiatori), che si sono pronunciate contro la confisca dei mezzi di trasporto di persone estranee al reato, così come disciplinata in diverse disposizioni in materia finanziaria¹⁷¹. Del resto però la disciplina esaminata pone a carico del terzo innocente un onere probatorio estremamente arduo, ricercando, come specificato la Suprema Corte, la "*dimostrazione congiunta di entrambe le suddette condizioni*"¹⁷²; *se si valuta, però, la difficoltà di provare l'imprevedibilità di un illecito impiego "anche occasionale" e l'assenza di un difetto di vigilanza, si ha timore che in questo modo si finisce per introdurre una specie di responsabilità obiettiva del terzo per gli illeciti realizzati con i suoi mezzi di trasporto*".

Merita comunque di venire evidenziato che in materia di contrabbando la Corte europea dei diritti dell'uomo ha affermato la legittimità di alcune forme di presunzioni di colpevolezza istituite negli ordinamenti degli Stati contraenti, purchè questi ultimi nel ricorrere a tale

¹⁶⁹ ESCOBEDO, *Valutazione ai fini dell'entità ed illegalità della confisca delle materie alcoliche ed alcolizzabili di pertinenza dei terzi esistenti nei locali di fabbricazione clandestina od annessi od attigui*, in *Giust. pen.* 1933, p. III, C. 466.

¹⁷⁰ Contro la confiscabilità dei mezzi di trasporto di terzi si rivendicava quel principio di ragione universale, in base al quale dei delitti e delle loro conseguenze non ne rispondono che gli autori, cfr, Cass., 1 febbraio 1884, De Gioia, in *Foro.it* 1884, II, p.193; Cass., 14 novembre 1978, Hollyer, in *Cass.pen.* 1979, p. 878. Lo Stato, però, non ha rinunciato a una più energica tutela dei propri interessi, considerando aggravante del reato di contrabbando, con l'art. 110, l'utilizzazione di mezzi di trasporto appartenenti a persona estranea al reato: una scelta opportuna in termini di politica criminale, se si vuole evitare che il contrabbandiere sia indotto, in considerazione dell'abolizione della confisca del mezzo di trasporto di proprietà del terzo estraneo, a non adoperare mezzi di sua proprietà per la realizzazione del reato, ARDIZZONE, *Confisca e diritto di proprietà di terzi sulla cosa. A proposito della confisca di automezzi di proprietà di terzi estranei al reato*, in *Giust.pen.* 1948, c.71.

¹⁷¹ Come l'art. 1 d.l. 5 ottobre 1946, n.193 "Sanzioni relative alla disciplina dei consumi, del commercio e del conferimento di prodotti agricoli soggetti a vincolo"; l'art. 108, ult. cpv. r.d. 26 gennaio 1896, n. 20 T.U. delle leggi doganali, modificato dalla legge 29 novembre 1928, n. 2676. e l'art. 92 n.3, l. 21 gennaio 1929, n.67 sul monopolio dei sali e tabacchi.

¹⁷² Cass.12 febbraio 1998 Tsangaris, in *Giust.pen.* 1999 II, c. 165.

tecnica probatoria rimangano entro limiti ragionevoli che tengano conto degli interessi in gioco e garantiscano i diritti di difesa¹⁷³.

Vi è un limite alla confiscabilità dei beni che formano l'illecito prezzo o profitto: è infatti necessario che essi non appartengano " a persona estranea al reato". L'espressione, volta a tutelare i diritti dei terzi, va interpretata in senso restrittivo: " *persona estranea al reato è anche il soggetto del fatto che vi figuri come vittima*". Non si possono confiscare , ad esempio, l'utilità che il privato sia stato obbligato a consegnare al concussore, quando ne sia vittima; nè quella che il pubblico ufficiale abbia ricevuto approfittando dell'errore altrui. Questi valori o utilità formeranno soltanto oggetto di restituzione ai sensi dell'art. 185. In questo modo, tra l'altro, a carico del pubblico ufficiale è comunque applicabile una ablazione per equivalente del prezzo del reato, ove questo, come ad esempio nel caso della concussione, ne abbia avuto uno.

I beni " appartengono" a persona estranea al reato qualora non sono di proprietà dell'autore, o di qualcuno dei complici, punibili dell'illecito. Non basta quindi che una persona estranea al reato abbia un diritto reale sulla cosa, nè che ne sia comproprietario, assieme a persona "non estranea al reato": in questi casi l'oggetto è confiscabile; lo Stato ne acquisisce la proprietà o la comproprietà, senza che però si eliminino i preesistenti diritti dei terzi estranei al reato.

Per evitare di aggirare la norma, inoltre, è necessario sostenere che a rilevare non sia tanto l'appartenenza formale del bene bensì la situazione di fatto anche se camuffata " da un'interposizione fittizia" di terzi in posizione di estraneità rispetto alla realizzazione dell'illecito.

¹⁷³ Corte eur. dei dir. dell'uomo. *Salabiaku v. France*, in *Publications de la Cour Européenne des Droits de l'Homme*, Série A, vol.141, pp. 10 (15-17) ; Corte eur. dei dir. dell'uomo, 25 settembre 1992, *Pham Hoang v. France*, ivi Série A, vol. 243, pp. 21-22.

2.6. Onere della prova

Concentreremo adesso la nostra indagine sulla struttura dell'onere della prova per ciò che attiene , ai presupposti richiesti per la tutela del terzo.

Questa tematica è stata affrontata dalle Sezioni Unite della Cassazione, con la decisione " *i terzi che vantano diritti reali hanno l'onere di provare i fatti costitutivi della pretesa fatta valere sulla cosa confiscata, essendo evidente che essi sono tenuti a fornire la dimostrazione di tutti gli elementi che concorrono ad integrare le condizioni di "appartenenza" e di "estraneità al reato" dalle quali dipende l'operatività della situazione impeditiva o limitativa del potere di confisca esercitato dallo Stato. Ai terzi fa carico, pertanto, l'onere della prova sia relativamente alla titolarità dello "ius in re aliena" , il cui titolo deve essere costituito da un atto di data certa anteriore alla confisca e, nel caso in cui questa sia stata preceduta dalla misura cautelare reale ex art. 321, comma 2 c.p.p., anteriore al sequestro preventivo, sia relativamente alla mancanza di collegamento del proprio diritto con l'altrui condotta delittuosa o , nell'ipotesi in cui un simile nesso sia invece configurabile, all'affidamento incolpevole ingenerato da una situazione di apparenza che rendeva scusabile l'ignoranza o l difetto di diligenza"*.

La Suprema Corte ricomprende, perciò, con sicurezza e con particolare determinazione alla categoria dei "elementi impeditivi" i requisiti di appartenenza dell'oggetto a persona estranea al reato; ne consegue che si può così sostenere che si tratta di una delle più certe ed

accreditate applicazioni moderne di questa categoria nell'odierno diritto penale e processuale¹⁷⁴.

Va evidenziato come non implica nessuna violazione dei principi costituzionali di difesa o di responsabilità per fatto altrui richiedere

al terzo di provare di aver mantenuto quei criteri di diligenza, nella verifica della provenienza dei beni, che si trasformano in fatti positivi equivalenti a condotte materiali dallo stesso tenute, in relazione alla quali egli si trova, pertanto, nella migliore posizione processuale a fattuale per disporre una giusta dimostrazione e che non riguardano assolutamente un suo, inesistente e comunque inammissibile, onere di discolta da un illecito che tantomeno gli viene addossato.

In questa situazione , infatti, il terzo dovrebbe soltanto provare di aver rispettato quei requisiti di diligenza che permettono di tutelare il suo diritto civilistico sul bene a che nella specie gli sono imposti per l' affinità di questo oggetto con l'illecito e con l'autore medesimo,così come nel caso di acquisto di un immobile gli viene imposto di registrare e verificare la registrazione per rendere opponibile il suo acquisto al terzo.

In base a questo delimitato punto di vista ,si può quindi affermare e condividere le considerazioni di autorevole dottrina penalistica secondo cui le misure ricadenti sul patrimonio sono fondate da minori garanzie in relazione al bene della libertà personale ; questo perchè ricadono su un bene che, in quanto bene, l'art.42 Cost. protegge nella sua funzione sociale

¹⁷⁴ Ciò a dispetto del fatto che in materia penale la discussione sugli elementi impeditivi e sui relativi oneri della prova si sia prevalentemente incentrata, con l'entrata in vigore del nuovo codice di rito, sulla prova delle cause di giustificazione, senza peraltro pervenire a soddisfacenti applicazioni anche per una scarsa attenzione della giurisprudenza e della dottrina penale sostanziale al raffinato problema, che implicava sensibilità sia di diritto sostanziale sia di diritto processuale: in proposito sia consentito rinviare a EPIDENDIO, "La prova delle cause di giustificazione nel nuovo c.p.p.", in *Riv .It. Dir.Proc.Pen.*, 1989.

e ,come strumento di iniziativa economica, l'art.41 tutela nei termini in cui non provochi danno alla sicurezza, alla libertà e alla dignità umana¹⁷⁵ .

Proprio la particolarità delle fasi in cui il bene risulti attinente al reato o al suo autore e in relazione alla buona fede in senso oggettivo, permettono di comprendere le motivazioni, qualche volta più tipicamente espresse in giurisprudenza¹⁷⁶, per le quali qui non si mette in evidenza in queste situazioni la presunzione di buona fede di cui all'art. 1147 c.c.

Per quanto riguarda invece la prova positiva di elementi impeditivi, consente di superare le obiezioni dottrinali¹⁷⁷ inerenti all'inammissibilità e illegittimità di un onere probatorio che obblighi al terzo la prova negativa della malafede: non si tratta del fatto di provare di non essere in malafede ,bensì di aver positivamente attuato quelle condotte di minima diligenza sulla provenienza lecita dell'oggetto e del suo utilizzo. Da ciò ne consegue che mentre la dimostrazione (*rectius* il rischio per la mancata prova de) il coinvolgimento attivo del terzo nel reato non può che pesare sulla pubblica accusa , definendosi nell'attribuzione di una condotta penalmente rilevante che subisce le presunzioni costituzionalmente garantite in materia, l'appartenenza del bene rappresenta invece fatto positivo impeditivo la cui verifica è posta a carico della parte interessata. Davanti alla prova da parte del terzo dell'appartenenza del bene, la pubblica accusa deve a sua volta dimostrare l'elemento costitutivo positivo dell'ablazione in relazione al terzo non direttamente implicato nell'illecito, costituito dal probabile conseguimento di un vantaggio da parte del terzo medesimo subito dopo la

¹⁷⁵ FIANDACA, "Misure di Prevenzione", in Dig. Disc. Pen., VIII,Torino,1994: si tratta di affermazione significativamente resa a proposito della confisca- misura di prevenzione- che espone il terzo a maggiori rischi di sacrificio dei suoi beni rispetto ad altre forme di confisca- e che quindi deve ritenersi a maggior ragione da valutare in relazione alle forme più tutelate di confisca conosciute dal nostro ordinamento.

¹⁷⁶ Cass. Sez., I 9 marzo 2005, *Servizi immobiliari banche*; Cass. Sez. I 11 febbraio 2005, *Fuoco*.

¹⁷⁷ MOLINARI, Un passo avanti alla tutela dei terzi di buona fede titolari di un diritto reale di garanzia sui beni oggetto di confisca antimafia, p. 645.FILIPPI, Il procedimento di prevenzione patrimoniale, Padova,2002, p.68.

realizzazione del reato; il terzo, dopo la prova dell'accusa del requisito costitutivo positivo della confisca nei suoi riguardi, può ancora tutelarsi provando il rispetto dei criteri della buona fede in senso oggettivo nell'acquisizione del bene o dei diritti su di esso.

Premesso ciò, forse, non resta che apprezzare la raffinatezza e l'equilibrio del complicato riparto di oneri configurato dalle Sezioni Unite nella citata sentenza , dovendosi solo rammaricare per il fatto che a tutt'oggi , trascorsi 10 anni dalla enunciazione di tali principi di diritto, malgrado la loro evidente attualità, si è ancora lontani da un giusto recepimento e comprensione, sia in giurisprudenza che in dottrina, dell'importanza dei principi riguardanti l'onere probatorio affermati in questa decisione, massima che merita di essere messa in evidenza appunto per il contemperamento delle esigenze di garanzia costituzionale dei diritti con la contemporanea necessità di salvaguardare efficienza e significato dell'ablazione.

L'unica puntualizzazione da fare , per quanto riguarda quanto stabilito dalle SU, è solamente inerente al fatto che, processualmente, si dovrebbe affermare,più che di riparto dell'onere della prova, di suddivisione del rischio per la mancata prova: infatti, mentre l'onere della prova incombente su una parte limita, in senso stretto, anche i poteri di verifica del giudice, nel caso concreto non rileva tanto la parte da cui proviene l'elemento offerto, purchè esso risulti acquisito, ma la regola di giudizio in base alla quale , se questo dato non risulta agli atti, il giudice ha il compito di decidere a favore o contro l'accusa ovvero, a favore o contro chi reclama la restituzione dell'oggetto o intende opporsi alla confisca¹⁷⁸.

¹⁷⁸ La distinzione, che a prima vista può sembra meramente terminologica, è in realtà assai più profonda ed attiene a risvolti di pratica giudiziaria assai delicati. Infatti, secondo la più corretta accezione tecnica, l'onere della prova di un fatto si caratterizza formalmente per l'attribuzione , a una determinata parte processuale, del compito di dimostrare quel fatto in modo che lo stesso sia utilizzabile nel procedimento

Un' attuazione dei principi appena menzionati al caso della confisca-misura di prevenzione su beni, di un soggetto indagato per mafia, ipotecati da una banca, si è avuta di recente in una situazione in cui la Cassazione ha sancito che *"in tema di confisca quale misura di prevenzione patrimoniale, ex art. 2-ter L. n.575 del 1965, sussiste a carico del terzo, titolare di un diritto reale di garanzia sul bene oggetto del provvedimento di confisca di prevenzione, l'onere di dimostrare di avere positivamente adempiuto con diligenza agli obblighi di informazione e di accertamento e quindi di aver fatto affidamento "incolpevole" ingenerato da una situazione di oggettiva*

al fine della produzione dei relativi affetti giuridici. E' un onere e non un obbligo, in quanto l'omissione non è sanzionata di per sè, ma comporta soltanto la frustrazione dell'interesse sotteso all'accertamento del fatto, di tal che la parte è libera di valutare se compiere quanto richiesto e perseguire tale interesse, oppure ritenere superfluo soddisfare quell'interesse e quindi, non compiere quanto prescritto per il raggiungimento dello scopo. D'altro canto, il comportamento prescritto costituisce, ed è costruito dall'ordinamento, quale unico mezzo per la soddisfazione di quell'interesse, con la conseguenza che esso si pone come necessario in relazione al perseguimento di quel particolare interesse, caratterizzandosi così come onere e non come mera facoltà. Tale onere è poi della prova, in quanto si caratterizza altresì per il risultato finale da conseguire, rappresentato dalla dimostrazione della sussistenza di un determinato fatto: sotto questo aspetto, quello cioè del risultato prescritto, viene distinto e differenziato dall'onere dell'allegazione, che si ha quando l'onere riguarda, non la dimostrazione finale del fatto, ma l'attività preliminare e funzionale a detta dimostrazione nel procedimento, che può consistere nella mera indicazione di un "tema di prova" ovvero anche dei "mezzi di prova" già individuati per la dimostrazione di quei fatti, mezzi la cui acquisizione non spetta necessariamente allo stesso soggetto onerato. In questo senso l'onere di allegazione è stato più volte utilizzato per dare conto del fatto che, specie in sistemi come il nostro, in cui la pubblica accusa ha il dovere di acquisire anche gli elementi favorevoli all'indagato, la difesa abbia l'onere di fornire indicazioni adeguate per consentire lo sviluppo di acquisizione probatoria per la dimostrazione di un determinato elemento il cui rischio del mancato accertamento finisca poi per riverberarsi sulla difesa medesima. Tale distinzione è ben conosciuta nei sistemi di "common law" e, in particolare nell'area giuridica statunitense nei processi con giuria: in tali processi spetta al giudice prospettare all'organo popolare determinate istruzioni, consistenti nell'obbligo di decidere o meno determinate questioni, con la conseguenza che, se il giudice al termine dell'istruttoria non ritiene di sottoporre il quesito alla giuria, questa non si pronuncerà neppure sul relativo fatto e, in questo senso, non potrà ritenersi soddisfatto l'onere di allegazione. FLETCHER ,Basic Concept of Criminal Law, New York-Oxford, 1998, trad. It. Grammatica del diritto penale, Bologna, 2004; ID ,Eccesso di Difesa, Milano, Giuffrè, 1995 e ID ,Introduzione elementare alla scienza giuridica, Padova,1993. E'curioso che gli stessi giuristi statunitensi abbiano tuttavia ipotizzati come anche nei sistemi processuali europeo europeo - continentali il fenomeno si presenti, con importante frequenza statistica, seppure in forme non altrettanto manifesta e con un grado di consapevolezza teorica del problema inferiore all'importanza pratica della questione. In particolare, il citato G.P. Fletcher ha osservato che l'organo giudicante incaricato della redazione della sentenza con cui si conclude l'accertamento penale in ciascun grado del processo, deve dar conto dei motivi in fatto e in diritto della sua decisione: se la questione non è affrontata nella motivazione la stessa non ha avuto o non è stata proposta con la forza necessaria per imporsi come tema da dibattere e in tal senso non può ritenersi soddisfatto il relativo onere di allegazione. Quando invece la questione venga affrontata, l'onere di allegazione dovrà considerarsi soddisfatto, ma si porrà invece il problema se sia o meno soddisfatto il livello o " standard" di prova richiesto dall'ordinamento per la dimostrazione di quell'elemento al fine della produzione dei relativi effetti e che può essere diverso a seconda dei contesti.

apparenza relativamente alla effettiva posizione del soggetto nei cui confronti si acquisisce il diritto di garanzia"¹⁷⁹. Il compimento di questo "onere probatorio" era stato eliminato nella fattispecie, in quanto dall'istruttoria preordinata dalla banca per stimare il "merito creditizio", prima di riconoscere una apertura di credito di numerosi miliardi ad una società che proprio, per questo aveva predisposto ipoteca su diversi immobili, diventati poi oggetto di un provvedimento definitivo di condanna ai sensi della legge n. 575/1965, era comparsa l'esiguità del capitale sociale in relazione alle fonti di finanziamento e la sensazione dell'influenza di situazioni "extracaratteristiche" non bene specificate; ne conseguiva che doveva presupporre che il terzo creditore disponesse di fatto di tutti i mezzi idonei alla formazione in un giudizio di "non illibatezza" dell'operatore commerciale.

Infatti, anche se non si ritiene da seguire la strada percorsa dalla giurisprudenza civile, secondo cui *"la confisca si pone al di fuori del campo di applicazione del divieto di azioni esecutive individuali di cui al citato art. 51 L.F. in quanto si tratterebbe di una misura non parificabile ad un'azione esecutiva, configurando invece un provvedimento ablatorio che inerisce direttamente al bene in sè e che, se ritenuto produttivo di acquisto a titolo originario, sarebbe insensibile al diritto dei creditori di soddisfarsi sui beni del loro debitore"*¹⁸⁰, poichè le Sezioni Unite penali avevano sostenuto non conferente in una antecedente decisione il riferimento all'ablazione quale modo di acquisto a titolo originario¹⁸¹, le Sezioni Unite hanno enunciato che *"in caso di sequestro avente ad oggetto un bene confiscabile in via obbligatoria...la valutazione che viene richiesta al giudice della cautela reale sulla pericolosità della cosa non contiene*

¹⁷⁹ Cass., Sez. V, 18 marzo 2009 n. 15328, Banca della Campania S.p.A. in C.E.D. n. 243610.

¹⁸⁰ Ad esempio, Cass., Sez. I civile, 16 marzo 1991, n. 2814.

¹⁸¹ Cass., Sez. Un., 28 aprile 1999, n.9, Bacherotti.

marginì di discrezionalità, in quanto la res è considerata pericolosa in base ad una presunzione assoluta: la legge vuole escludere che il bene sia rimesso in circolazione, sia pure attraverso l'espropriazione del reo, sicchè non può consentirsi che il bene stesso, restituito all'ufficio fallimentare, possa essere venduto medio tempore e il ricavato distribuito ai creditori ciò in quanto... le finalità del fallimento non sono in grado di assorbire la funzione assoluta dal sequestro: la vocazione strumentale rispetto al processo è attenuata e prevale l'esigenza preventiva di inibire l'utilizzazione di un bene intrinsecamente e oggettivamente "pericoloso" in vista della sua definitiva acquisizione da parte dello Stato con la conseguenza che le ragioni di tutela dei terzi creditori sono destinate ad essere pretermesse rispetto alla prevalente esigenza di tutela della collettività"¹⁸².

Così la Suprema Corte ritiene di superare la tesi secondo la quale, pur dovendosi assegnare all'ablazione una superiorità sulla mera tutela speciale dei diritti dei creditori, in quanto la prima disposta nell'interesse della società, a differenza della seconda che, invece, coinciderebbe con l'obiettivo di una cerchia più ristretta e particolare¹⁸³, il fatto che l'oggetto sia stato tolto all'autore dell'illecito mediante lo spossessamento conseguente al fallimento ostacolerebbe di ordinare la confisca dell'oggetto e, ancor prima, al sequestro preventivo a ciò finalizzato. Proprio le Sezioni Unite sostengono che, in caso di confisca obbligatoria, essa debba essere motivata da una pericolosità dell'oggetto in sé che non può essere connessa

¹⁸² La motivazione di Cass. Sez. Un., 24 maggio, n.29951, *Fallimento in proc.* Focarelli, in C.E.D. n. 228165.

¹⁸³ In realtà deve ritenersi che si tratti di due diversi interessi della collettività, quello alla *par condicio creditorum* e quello sotteso alla tutela pena espressa con la confisca, di tal che la prevalenza della confisca dovrebbe fondarsi invece sul seguente rilievo: poichè la tutela penale di un interesse rappresenta il massimo di tutela assicurabile dall'ordinamento, la decisione del legislatore di assistere penalmente a favore di tale interesse rispetto ad altri garantiti con strumenti non penali, come quelli civilistici sottesi alla tutela del ceto creditorio.

con il soggetto che detiene la cosa. Merita inoltre di essere sottolineato che le considerazioni appena menzionate, con le quali le Sezioni Unite affermano di riconoscere una preminenza assoluta alle esigenze della confisca obbligatoria, sono precedute da una constatazione della stessa Corte sulla sola confisca obbligatoria *ex art. 240 comma 2 c.p.* , cioè alla confisca di cose la cui detenzione, produzione o uso costituiscono reato; rappresenta questo il solo caso in cui si può davvero ribadire che l'ablazione sia correlata alla pericolosità della cosa in sé.

Premesso ciò si presenta qualche dubbio sulla durevole validità di dette costatazioni per gli ulteriori casi di confisca obbligatoria del profitto, in cui la minaccia della cosa, pur meritevole di tutela, sia comunque correlata col soggetto autore dell'illecito. In verità in questi ultimi casi il punto centrale va ricondotto nella parte della motivazione secondo cui la previsione di obbligatorietà dell'ablazione di un oggetto avrebbe come presupposto la volontà di escludere del tutto che il bene possa essere rimesso in traffico: aderendo a questa concezione interpretativa, si dovrebbe sostenere che il legislatore abbia avocarla in assoluto allo Stato per evitare che in qualsiasi condizione il profitto potesse di nuovo entrare in circolazione; da ciò ne consegue che la tutela del terzo non è oggetto di una determinata valutazione da parte del legislatore. Il difetto di una simile configurazione interpretativa consiste nel fatto che , una volta ottenuta dallo Stato la possibilità di impiego dei beni mediante la definitiva ablazione del profitto, comunque gli stessi potrebbero essere rimessi successivamente in circolazione dallo stesso Stato con le redistribuzioni collegate alla gestione finanziaria della spesa pubblica. La possibilità di una completa preclusione alla rimessa in circolazione dei beni deve essere circoscritta a quei beni di cui sia fissato il deterioramento. Eventualmente in caso di confisca obbligatoria di oggetti la cui disponibilità , produzione

od uso non comporti illecito, non esisterebbe alcuna giusta motivazione per affermare l'assoluta preminenza della confisca rispetto alla difesa dei creditori che, invece, proprio nei casi di illeciti distrattivi nel fallimento, sarebbero lesi due volte senza loro colpa: una prima volta tramite le condotte illecite con le quali sono stati tolti i cespiti ai creditori del fallito e un'altra volta, quando lo Stato che ordina la confisca dei beni rappresentanti il profitto della distrazione, provvede alla loro ablazione.

La sola ragione per accertare la supremazia assoluta della confisca obbligatoria in relazione a ogni probabile tutela del terzo potrebbe realizzarsi soltanto quando sia stabilito che i beni oggetto della confisca obbligatoria, pure non essendo soggetti a distruzione, debbano avere una destinazione specifica disciplinata dal legislatore.¹⁸⁴

La natura dello spossessamento rileva, nonostante nella visione stessa della considerazione adottata dalle Sezioni Unite, solo nei casi di confisca facoltativa, essendo uno di quei criteri che devono essere oggetto del bilanciamento che il giudice deve compiere nel procedere alla decisione se procedere alla confisca, e prima, al sequestro preventivo a questo finalizzato, della "res". In merito, la Suprema Corte ha affermato che *"al fenomeno del cosiddetto "spossessamento" si riconnettono diverse interpretazioni dottrinarie e giurisprudenziali. A tal proposito deve ribadirsi il principio secondo il quale il fallito conserva, sino al momento della vendita fallimentare, la proprietà dei beni..., pur restando questi vincolati al fine di garantire una equa soddisfazione di tutti i creditori mediante l'esecuzione forzata. Basti ricordare che se, in pendenza dell'esecuzione collettiva, il fallito compie atti di disposizione dei suoi beni*

¹⁸⁴ Si pensi al caso della confisca di patrimoni mafiosi in cui la destinazione dei beni deve ritenersi vincolata, anche nella procedura di assegnazione dei beni e gestione dei medesimi, di tal che in tali ipotesi la tutela di terzi creditori dovrebbe ritenersi soccombente comunque rispetto all'esigenza di imprimere comunque detta destinazione ai beni, invero attraverso una loro rimessa in circolazione "controllata".

ovvero di assunzione di obbligazioni, tali atti sono soltanto inopponibili al fallimento, inefficaci per i creditori che partecipano alla procedura ma validi nei confronti del contraente e dei terzi estranei al fallimento, e che, in ogni caso, a liquidazione concorsuale esaurita, spetta al fallito il sopravanzo"¹⁸⁵.

Proprio perchè lo spossessamento dell'oggetto non può considerarsi assoluto c'è l'esigenza di un giudizio di bilanciamento. Da qui " a differenza della confisca obbligatoria, il provvedimento non è finalizzato ad impedire la circolazione di un bene intrinsecamente illecito. Non può escludersi, pertanto, che l'intervento della procedura fallimentare possa costituire fatto sopravvenuto determinante il venir meno delle condizioni di applicabilità della misura. Ciò in quanto la confisca facoltativa postula il concreto accertamento, da parte del giudice , della necessità di evitare che il reo resti in possesso delle cose che sono servite a commettere il reato o che ne sono il prodotto o il profitto e che, quindi, potrebbero mantenere viva l'idea del delitto commesso e stimolare la perpetrazione di nuovi reati:... lo spossessamento derivante dalla declaratoria di fallimentare...potrebbe essere quindi idonea a fare venir meno lo stesso motivo della cautela, assicurando inoltre la garanzia dei creditori sul patrimonio dell'imprenditore fallito. La realizzazione delle medesime esigenze cautelari, tuttavia, non può essere automaticamente affermata e l'autorità giudiziaria dovrà accertare caso per caso le concrete conseguenze della eventuale restituzione, tenendo anche presenti le modalità di svolgimento della procedura concorsuale , le qualità dei creditori ammessi al passivo, l'ammontare di questo, al fine di considerare la possibilità che l'imputato

¹⁸⁵ La motivazione di Cass. Sez. Un., 24 maggio 2004, n.29951, *Fallimento in proc. Focarelli*, in C.E.D. n. 228165.

, anche qualora abbia agito attraverso lo schermo societario, ritorni in possesso delle cose che costituiscono il prodotto o il profitto del reato. In tale prospettiva può pure profilarsi l'opportunità di consentire la restituzione con l'imposizione di prescrizioni, ai sensi dell'art. 85 disp. att. c.p.p."¹⁸⁶.

Nel compiere il suddetto bilanciamento serve tuttavia , sono sempre le Sezioni Unite a stabilirlo nella motivazione della decisione menzionata, prendere in considerazione non solo la possibilità che i beni rientrino al fallito, ma anche la probabilità che egli abbia potuto costituire fittizi diritti di credito a favore di terzi. Sostengono, infatti, dette Sezioni che nell'eseguire il suddetto bilanciamento per valutare se procedere alla confisca facoltativa: "*deve tenersi conto non soltanto delle possibilità di ritorno del fallito nella disponibilità dei beni sequestrati , alla chiusura del fallimento. Vanno altresì considerate , infatti, le prospettive di un eventuale concordato..., nonchè quelle situazioni in cui sussiste il rischio concreto che le finalità del sequestro preventivo e della confisca siano pregiudicate, potendo il fallito tornare surrettiziamente a disporre dei propri beni in spregio alle esigenze di cautela penale: si rifletta, in proposito, circa le possibilità di costituzione fittizia di diritti di credito o di diritti reali nei confronti dello stesso fallito, non sempre evidenziabili attraverso l'attività di accertamento del passivo e, quindi, non sicuramente contrastabili con i poteri di scioglimento dei contratti ovvero con le azioni revocatorie e di simulazione*"¹⁸⁷.

Da questa decisione + possibile evidenziare il criterio di bilanciamento che può trovare attuazione anche nel caso di proprietà fiduciaria in cui la preminenza delle ragioni dell'ablazione vanno correlate

¹⁸⁶ La motivazione di Cass.Sez. Un., 24 maggio 2004, n. 228165.

¹⁸⁷ La motivazione di Cass. Sez. Un., 24 maggio, n. 29951, *Fallimento in proc. Focarelli*, in C.E.D. n. 228165.

quindi con la probabilità di recupero del bene da parte del fiduciante e agli intenti elusivi di quest'ultimo. Le precisazioni delle Sezioni Unite risultano particolarmente interessanti non solo per quanto riguarda l'ammissibilità della confisca in situazioni di beni fiduciariamente affidati a terzi, o di oggetti costituiti in patrimoni separati, ma anche per quanto riguarda un'altra situazione, quella cioè della confiscabilità di beni appartenenti ad enti giuridici, poichè proprio in riferimento a un passo della motivazione si evince che è possibile la confisca dei beni di una persona giuridica, sia per la natura di misura di sicurezza della stessa, con la conseguenza, però che dovrebbe essere rivista questa possibilità nel momento in cui la confisca sia intesa come sanzione, come per esempio capita nella confisca obbligatoria per equivalente, sia per la previsione di responsabilità degli enti per illeciti dipendenti da reato.

2.7. Sproporzione, rapporti con il 322 ter

In base a una tesi proveniente da una pronuncia delle Sezioni Unite, per ordinare la confisca conseguente a condanna per uno degli illeciti stabiliti nell'art. 12 *sexies*, 1 e 2 co., d.l. 8.6.1992, n. 306, quando sia verificata l'esistenza di una sproporzione tra il reddito dichiarato dal condannato o i profitti della sua attività economica e l'ammontare economico degli oggetti da confisca e non si manifesti una motivazione accettabile per quanto riguarda la provenienza dei beni, è doveroso, da una parte, che i termini di confronto dello squilibrio, siano definiti nel reddito dichiarato o nelle attività economiche, non al momento della misura nei confronti di tutti gli oggetti presenti, a quello degli unici acquisti in relazione al valore dei beni di volta in volta acquisiti, e, dall'altra parte, che la "giustificazione" credibile risulti dalla verifica della positiva liceità della loro derivazione e non in quella negativa della loro non provenienza dall'illecito per cui è stata irrogata la pena¹⁸⁸.

Si è anche sostenuto che la presunzione di illegittima acquisizione dei beni debba essere limitata in una fase di ragionevolezza temporale, poichè gli stessi eviterebbero la misura cautelare ove *ictu oculi* estranei all'illecito, per essere stati procurati in un lasso di tempo talmente precedente alla realizzazione di quest'ultimo da non poter più riallacciarsi a questo¹⁸⁹.

La relativa prova è attribuita all'accusa, ma, una volta che questa sia stata data, esiste una presunzione relativa di illecita accumulazione patrimoniale,risolvibile solo da determinate e provare allegazioni sulla

¹⁸⁸ Cass. pen., 18.2.2009, n. 11269, CP, 2010, 4395, nella quale viene in particolare ripreso un inciso contenuto nella citata sentenza delle sezioni unite, ove si afferma che i beni oggetto della misura possono essere acquistati in epoca anteriore o successiva al reato per cui è intervenuta condanna; Cass. pen., 26.4.2007, n.21250, GDir, 2007,25, 82; Cass. pen., 28.11.2006, n.92, GDir, 2007, 8, 92; Cass. pen., Sez. Un., 17.12.2003, n.920, CP, 2004, 1182.

¹⁸⁹ Cass. pen., 5.2.2001, n. 11049, FI, 2002, II, 263; Cass. pen., 23.4.1998, n. 2469, CED 211763.

legittima detenzione de beni da parte dell'interessato¹⁹⁰, il quale può presentare fatti e circostanze importanti, individuando specificamente le proprie motivazioni¹⁹¹ e circoscrivere le sue allegazioni nel tempo in preso in considerazione dal p.m. , senza dover compiere la *probatio diabolica* di verificare la legittimità di tutto il suo patrimonio; allorquando il criterio del *fumus* è soggetto a una tendenziale dequotazione, pretendere uno sforzo superiore di determinazione sul piano della sproporzione, soprattutto quando si tratta di sequestri di beni acquistati prima della realizzazione dell'illecito, comporterebbe l'effetto di un importante incremento dell'onere probatorio, che ha la funzione di parametro riequilibratore nei confronti dello stesso principio di proporzione , che obbliga un rapporto ragionevole ed adeguato tra mezzo e fine e che trova attuazione anche nella materia speciale della confisca¹⁹².

Si è messo anche in evidenza il fatto che quando l'interessato procura mediante una perizia tecnica la verifica della legittima provenienza dei beni, il giudice non può soltanto stabilire genericamente che questi sarebbe sprovvisto di redditi idonei e che la ricostruzione svolta dal consulente sarebbe circoscritta e formale, quindi inadeguata a vincere la presunzione di illecita provenienza del bene, ma deve verificare la probabile inattendibilità dell'operato difensivo¹⁹³.

Come si è potuto vedere , l'attuazione dell'art. 12 *sexies* è stata estesa , per conto dell'art.1, 220 co., l. 27.12.2006, n. 296, ad alcuni delitti contro la pubblica amministrazione,(artt. 314,316, 316 *bis* ,317,318,319,319 *ter*, 320, 322, 322 *bis* e 325 c.p.) per i quali la confisca di valore è ordinata

¹⁹⁰ Cass. pen., 10.3.2009, n. 10549, GDir, 2009, 19, 90; Cass. pen., 5.6.2008, n. 25728, CED 240471; Cass. pen., 17.3.2006, n. 9520, ANPP, 2007,255.

¹⁹¹ Cass. pen., 10.3.2009, n. 10549, GDir, 2009,19,89.

¹⁹² Cass.pen., 12.1.2010, n. 5452, GDir, 2010, 13, 88.

¹⁹³ Cass. pen., 11.12.2009, n. 47168, DPP, 2010, 168.

anche ai sensi dell'art. 322 *ter* c.p.: appare quindi opportuno spiegare le problematiche derivanti da questa duplicazione.

In dottrina è stato messo in evidenza come tale applicazione comporti una inversione nella linea di tendenza in relazione alle scelte di politica criminale nell'ambito dei reati contro la pubblica amministrazione, rappresentate nell'ultimo periodo dalla predilezione accordata alla confisca repressiva; ciò si concentra nel superamento della constatazione del vincolo di derivazione dal reato del bene confiscabile, senza, tra l'altro, ricercare il livello di agevolazione probatoria in relazione a quello disciplinato dall'art. 12 *sexies*, caratterizzato dall'esistenza di elementi impeditivi presuntivi.

Si è così creato un contrasto tra i due istituti ablatori, non regolato dal legislatore; diversamente, ciò è stato fatto per il reato di usura, per cui adesso vi sarebbe il problema se il cambiamento legislativo abbia o meno dato vita ad un fenomeno di successioni di leggi penale del tempo, con abrogazione implicita degli art. 322 *ter* e 335 *bis* c.p. per le fattispecie individuate nel citato comma 220.

Da una risposta affermativa deriverebbe quindi il pericolo di far diventare in quei casi simbolica l'esistenza dell'ablazione, correlata solo alla sproporzione tra beni e reddito, e ciò comporterebbe violazioni del principio di ragionevolezza, in quanto ci si troverebbe dinnanzi ad un trattamento più favorevole dell'abuso di ufficio, il quale non è presente nell'elenco, e a diversità di conseguenze tra le fattispecie poste a difesa delle sovvenzioni pubbliche e l'ipotesi di cui all'art. 640 *bis*, caratterizzata da un maggiore grado di lesività¹⁹⁴.

Si sostiene che possa ritenersi escluso che l'innovazione introdotta dalla l. 27.12.2006, n. 296, abbia implicitamente abrogato gli artt. 322 *ter* e 335 *bis*

¹⁹⁴ ACQUAROLI, L'estensione dell'art. 12 *sexies* l. n. 356/1992 ai reati contro la pubblica amministrazione, DPP, 2008, 251 ss.

c.p., in quanto le due misure di confisca in esame hanno presupposti di applicazione differenti, e non incompatibili tra loro: l'una applica la confisca a beni che non costituiscono il prezzo o il profitto o altra utilità del reato, di cui il reo abbia la disponibilità, per un valore equivalente agli stessi prezzo o profitto, mentre l'altra si utilizza per le utilità o per i beni di cui il reo non può giustificare la provenienza o per quelli di valore sproporzionato rispetto al proprio patrimonio.

Si può quindi affermare che non esistono impedimenti giuridici alla loro convivenza, come succede pacificamente nell'illecito disposto dall'art. 644 c.p.

La giurisprudenza di legittimità non ha infatti mai avuto il dubbio che la confiscabilità dei beni nel caso di usura si possa estendere, anche se a seguito della riserva di attuazione delle disposizioni di cui all'art. 12 *sexies*, disciplinata dall'art. 6, l. 7.3.1996, n. 108, anche agli oggetti che non siano il prodotto o il profitto direttamente individuabile come correlato ad un determinato episodio imputato; essa è rivolta, da una parte, ad evitare che comunque il reo possa trarre un vantaggio dall'illecito realizzato e, dall'altra parte, devolvere allo Stato tutte le utilità che sembrano illecitamente acquisite al proprio patrimonio da una persona condannata per l'illecito per il quale è stata disposta condanna¹⁹⁵.

Non pare nemmeno importante che nel caso in esame non sia stata introdotta alcuna clausola di salvaguardia, poichè danno conferma della proposta interpretazione le previsioni contenute nell'art.31, lett. b, n.3, e lett. d, l. 25.2.2008, n.34, di applicazione della decisione quadro 2005/212/GAI, in cui si stabilisce rispettivamente, salva la tutela del danneggiato, il dovere di ordinare sempre la confisca, totale o parziale, su

¹⁹⁵ Cass. pen., 5.5.2003, CED 225770; Cass. pen., 22.2.1999, n. 881, CED 213214; Cass. pen., 26.3.1998, n.398, CED 211945.

altri beni di valore corrispondente a quello delle cose che rappresentano il prezzo, il prodotto o il profitto dell'illecito, e si delega al Governo la revisione dell'elenco degli illeciti per i quali si possa applicare la disposizione di cui all'art. 12 *sexies*¹⁹⁶.

Inoltre è stato recentemente stabilito che in caso di definizione con applicazione della pena del procedimento per l'illecito di cui all'art. 73, d.p.r. 9.10.1990, n. 309, è possibile procedere all'ablazione del denaro sequestrato anche nel caso di confisca facoltativa ex art. 24 , 1 co., c.p., mentre la stessa somma è sequestrabile in base all'art. 12 *sexies* laddove il reo non possa motivarne la provenienza¹⁹⁷.

In relazione al capo previsto dal 5 comma della norma , è stato ulteriormente specificato che nel caso di condanna può formare oggetto di confisca facoltativa ex art 240 c.p. soltanto la somma di denaro che il giudice provi essere stata ricavata dalla cessione della sostanza stupefacente, in quanto il denaro stesso costituisce il profitto e non il prezzo dell'illecito, con la conseguenza che non può applicarsi quella obbligatoria prevista dall'art. 12 *sexies*, la cui attuazione è espressamente esclusa per la fattispecie di cui all'art. 73, 5 comma¹⁹⁸. Parimenti, quando venga riconosciuta il caso di lieve entità, il denaro è confiscabile solo quando sussistono i criteri generali previsti dell'art.240 c.p. e non ai sensi dell'art. 12 *sexies*¹⁹⁹.

¹⁹⁶ La delega non risulta ancora esercitata, ma il campo di applicazione dell'art.12 *sexies* è stato comunque esteso con i già ricordati d.l. 23.5.2008, n. 122, conv. dalla l. 24.7.2008, n. 125, e l. 15.7.2009, n.94: con specifico riferimento al co. 2 ter.

¹⁹⁷ Cass. pen., 28.5.2009, n. 23504, GDir, 2009, 29, 46.

¹⁹⁸ Cass.pen., 19.1.2010, n. 8312, GDir, 2010, 14, 75

¹⁹⁹ Cass. pen., 28.1.2008, n. 4199, CED 238432.

Capitolo 3

LA CONFISCA PER EQUIVALENTE

3.1. Ratio della novella; 3.2. Presupposti e condizioni; 3.3. Distinzione dell'ambito di applicazione tra il primo e il secondo comma dell'art 322 *ter* ed evoluzione giurisprudenziale; 3.4. Il vincolo della convenzione europea nell'ordinamento interno; 3.5. Decisione quadro 2005/212/GAI; 3.6. Applicabilità generalizzata della confisca; 3.7. Mancato recepimento della decisione quadro.

3.1. Ratio della novella

Una recente analisi, in Italia, da parte dell'ufficio dell'Agenzie delle Entrate, ha accertato che l'evasione fiscale rappresenta il 5,2 % del prodotto interno lordo.

Preso in considerazione questo dato, che mette in ginocchio il sistema paese, il legislatore, costretto a riscuotere, è ricorso all'utilizzo dello strumento penale per contenere le minori entrate tributarie, stabilendo nella legge finanziaria del 2008, il ricorso all'istituto della confisca di valore nei confronti dei reati tributari²⁰⁰: il comma 143 dell'art. 1 della L. 244/2007 applica detta misura ai reati tributari escludendo, però, il reato di occultamento o distruzione di documenti contabili, svolgendo un mero rinvio all'art. 322 *ter*.

²⁰⁰ L'art. 1, comma 143, della legge n. 244 del 24.12.2007 recita "nei casi di cui agli articoli 2, 3, 4, 5, 8, 10 bis, 10 ter, 10 quater e 11 del decreto legislativo n. 74 del 10 marzo 2000 si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'articolo 322-ter del codice penale.

Quando non è possibile confiscare i beni che costituiscono il prezzo e/o il profitto del reato lo Stato aggredisce somme di denaro, beni e/o altre utilità di valore corrispondente al prezzo e/o al profitto del reato.

Nell'ambito delle imposte e dei tributi evasi, con questo istituto il legislatore intende colpire le condotte che comportano un profitto derivante dal mancato pagamento dell'imposta dovuta da parte dell'obbligato, cioè il denaro, che, mediante lo stratagemma dell'evasione d'imposta, lo Stato non è riuscito ad assoggettare a tassazione.

Tale scelta legislativa è confermata sia dalla circostanza che la norma suddetta rientra nell'elenco delle disposizioni in materia di entrate sia dalla decisione di escludere l'applicazione dell'ablazione al delitto di cui all'art. 10 del D.lgs n. 74/2000 in quanto trattandosi di reato di pericolo non comporta obbligatoriamente che la condotta produca un'evasione e/o un'elusione d'imposta.

Nell'esperienza normativa del nostro ordinamento la confisca di valore è, comunque, uno strumento di recente utilizzazione.

Con la legge n.108 del 7 marzo 1996, introdotta in tema di usura, la confisca per equivalente ha trovato ingresso nel sistema giuridico, con la previsione che l'ablazione, *ab origine* destinata al prezzo e al profitto del reato, si applica alle " *somme di denaro, beni o utilità di cui il reo ha la disponibilità anche per interposta persona, per un importo pari al valore degli interessi, o degli altri vantaggi o compensi usurari*".

Gli ottimi risultati nei casi di recupero di somme di denaro e gli obblighi assunti a livello di legislazione internazionale hanno indotto il legislatore a configurare ulteriori mezzi di applicazione dell'istituto della confisca in materia di delitti contro la pubblica amministrazione (art. 322-ter c.p. introdotto dalla L. 29 settembre 2000/300), responsabilità delle persone giuridiche (D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61), di pornografia e

prostituzione minorile (L. 11 agosto 2003, n.228, che ha novellato l'art. 600 septies c.p.).

Il comma 143 dell'art. 1 della L. 244/2007, come sopra accennata, applica la suddetta misura ai reati tributari, con esclusione del reato di occultamento o distruzione di documenti contabili, utilizzando un mero rinvio all'art. 322 *ter* c.p.

In questi anni di vigenza, i maggiori problemi, di carattere ermeneutico provocati dalla disposizione attengono alla decorrenza di questa forma di ablazione.

Secondo un orientamento minoritario, è applicabile il sequestro preventivo²⁰¹ finalizzato alla confisca di valore, per i reati tributari, realizzati in periodo d'imposta precedenti all'anno 2008 perchè *“il comma 143 dell'ad. 1 della legge n° 244 del 24.12.2007, in vigore dall'1.1.2008 (cosiddetta “finanziaria 2008”), ha esteso l'applicabilità della confisca per equivalente, prevista dall'ad. 322/ter c.p., ai principali delitti tributari, tra cui quello di cui all'ad. 3 del d.lgs. n° 74/2000, contestato al capo B) dell'imputazione contenuta nella richiesta di sequestro in esame (recita testualmente la norma in questione: “Nei casi di cui agli artt. 2, 3, 4, 5, 8, 10/bis, 10/ter, 10/quarter e 11 del decreto legislativo 10 marzo 2000, n. 74, si osservano, in quanto applicabili le disposizioni di cui all'art. 322-ter del codice penale”). Irrilevante è la circostanza che tale norma sia entrata in vigore dopo la data di commissione dei fatti che in questa sede ci occupano, atteso che, in mancanza di una norma transitoria quale quella a suo tempo contenuta nell'art. 15 della legge n° 300/2000 (che in relazione*

²⁰¹ Sul punto *“così come accade per la confisca ordinaria, anche la confisca per equivalente può essere preceduta dal sequestro preventivo di cui all'art. 321 co. 2 c.p.p. Trattasi, cioè, del sequestro che viene disposto, non perché vi è pericolo che libera disponibilità di una cosa pertinente al reato possa aggravare o protrarre le conseguenze di esso (art. 321 co. 1 c.p.p.), bensì al fine di assicurare allo Stato la disponibilità di quelle cose delle quali è consentita o, come nel nostro caso, imposta, la confisca in presenza di un determinato epilogo del procedimento penale[prof. A. Pulvirenti. “Il sequestro preventivo strumentale alla confisca per equivalente in caso di concorso di persone nel reato: si applica pro quota o in danno dei concorrenti per l'intero importo ?” in Dbinforma]*

ai reati in tale legge indicati vietava l'applicabilità dell'art. 322/ter c.p.- introdotto anch'esso con la medesima legge n°300/2000 — a quelli commessi prima della sua entrata in vigore), deve ritenersi pienamente applicabile l'art. 200 c.p., dettato in materia di misure di sicurezza personali ma richiamato anche per le misure di sicurezza patrimoniali dal successivo art. 236 c.p., ai sensi del quale le misure di sicurezza sono regolate esclusivamente dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione e, pertanto, possono applicarsi anche a quei reati per i quali, all'epoca della loro commissione, non era prevista alcuna misura od era prevista una misura diversa. L'applicabilità della confisca per equivalente rende automaticamente possibile, ai sensi del comma 2 dell'art. 321 c.p.p., il sequestro preventivo funzionale alla successiva confisca per equivalente”.

Tale tesi, però, non è condivisibile in quanto il legislatore ha utilizzato l'ablazione oltre le finalità tipiche della "misura di sicurezza" (applicabile in funzione specialpreventiva ai soggetti socialmente pericolosi) e, inoltre, anche perchè oramai l'istituto assume anche, una funzione (sanzionatoria) di misura, in base ai casi, penale civile o amministrativa.

Va comunque evidenziato che laddove assume funzione di misura penale, la confisca è direttamente soggetta al regime disciplinato all'art. 2 c.p.²⁰²

²⁰² Secondo il Gip, se il comma 1 dell'art. 143 L. 244/2007 (che estende la confisca per equivalente ai reati tributari) non ha previsto - a differenza dell'art. 3 L. 300/2000 introduttiva della confisca per equivalente nei reati contro la p.a. - la sussistenza di una norma transitoria ciò starebbe a significare l'applicabilità in termini retroattivi.

Invero, il Gip non considera che - allorché il legislatore del 2007 ha rinviato in *toto* alla disciplina già introdotta nel 2000 ("nei casi di cui agli artt. 2, 3 4, 5, 8, 10 bis, 10 ter, 10 quater e 11 del Dlgs 10.03.2000, n. 74, si osservano, in quanto applicabili, le disposizioni di cui all'art. 322 ter del c.p.") - ha inteso estendere ai reati tributari l'intera disciplina (in tema di confisca) già dettata per i delitti contro la p.a., ivi compresa la (prevista) irretroattività della misura [così: Cass. Pen. III, sent. n. 943 (39172/08), 24.09.08 – 20.10.08, Canisto, secondo cui "Non può peraltro, ritenersi rilevante, per una diversa interpretazione dell'art. 1, comma 143, della L. n. 244/2007, il fatto che la disposizione citata non abbia stabilito espressamente la irretroattività della norma in sede di estensione dell'applicazione dell'art. 322 ter c.p. ai reati tributari. L'effetto estensivo, invero, è riferito all'istituto della confisca, così come disciplinato dalla citata disposizione del codice penale, che trova, pertanto, la sua giustificazione e ratio nella stessa funzione sanzionatoria originariamente prevista dalla norma"].

Le SS.UU hanno già stabilito che la confisca di valore²⁰³ disposta dall'art.322 *ter* c.p. (introdotto dall'art. 15 della L. 300/2000) “*costituendo una forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti viene ad assumere un carattere eminentemente sanzionatorio*”²⁰⁴.

Condividendo tali principi la giurisprudenza di legittimità, nei casi in cui è stata applicata ai reati tributari, si è coerentemente pronunciata per la sua inapplicabilità retroattiva.

Aderiscono a questa tesi almeno due pronunce;

1. Cass., Sez. II, sent. n. 21566 del 28 maggio 2008, stabilisce che, *"La circostanza, infine, che la Legge 24 dicembre 2007, n. 244 (disposizione per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato) abbia disposto, nell'art.1, comma 143, la applicabilità dell'art.1, comma 143, la applicabilità dell'articolo 322 ter cod. pen., e dunque dell'istituto della confisca 'per equivalente', ai reati di cui al decreto Legislativo 10 marzo 2000 n. 74, articoli 2,3,4,5,8,10 bis, 10 ter, 10 quater e 11, non produce conseguenze di sorta agli effetti dell'odierno scrutinio, giacchè nessuna portata retroattiva potrebbe annettersi alla intervenuta recente estensione anche ai reati fiscali della confisca e del conseguente sequestro 'per equivalente', avuto riguardo alla giurisprudenza di questa Corte, più volte espressasi nel senso della natura eminentemente sanzionatoria dell'eccezionale istituto in esame*²⁰⁵

²⁰³ L'istituto è stato introdotto nel nostro ordinamento con la L. 7 marzo 1996 n. 108, in tema di usura e, successivamente - dando attuazione ad alcuni impegni assunti sul piano internazionale (da ultimo, la Decisione Quadro del Consiglio U.E del 24 febbraio 2005) -, è stato applicato in materia di responsabilità delle persone giuridiche (D. Lgs. 11 aprile 2002, n. 61), di pornografia e prostituzione minorile (L. 11 agosto 2003, n. 228, che ha novellato l'art. 600 septies c.p.), di delitti contro la p.a. (L. 29 settembre 2000, n. 300 che ha introdotto l'art. 322 *ter* c.p.), di reati transnazionali (L. 16.3.2006, n. 146) e, più recentemente, di reati tributari (L. 24.12.2007, n. 244)

²⁰⁴ SS. UU. n. 41936/2005

²⁰⁵ Cass., Sez. II, 9 novembre 2006, *Quarta n. 38803*, Cass. Sez. II, 14 giugno 2006, *Ghetta, n. 31988*; Cass. Sez. V, 16 gennaio 2004, *Napoletano n. 15445*).

In merito, prendendo in considerazione la natura del tutto particolare che connota la confisca per equivalente, nella quale viene ad essere sostanzialmente novato lo stesso titolo per il quale si legittima il provvedimento di ablazione sembra, dunque, coerente sostenere che non sia estensibile la regola enunciata dall'art. 200 c.p. in base al quale le misure di sicurezza sono disciplinate dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione. Questa particolare normativa, infatti, è inserita nella sezione I del capo I del titolo ottavo del codice penale, destinato alle misure di sicurezza personali, la cui attuazione si fonda sulle pericolosità sociale attuale del soggetto, e, quindi, su una situazione che si valuta ed apprezza nell'istante in cui le misure devono essere applicate.

L'estensione di tale disposizione ad un provvedimento di confisca patrimoniale a carattere sanzionatorio, senza prendere in considerazione alcun elemento di pericolosità dei particolari oggetti da sottoporre a confisca, finirebbe per scaturire seri dubbi di costituzionalità, in quanto, fra l'altro, la giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ha sostenuto in contrasto con i principi sanciti dall'art. 7 della Convenzione proprio una ipotesi di applicazione retroattiva della confisca di beni²⁰⁶.

2. Cass. Pen. III, sent. n. 943 (39172/08), 24.09.08 – 20.10.08, Canisto *“Non appare dubbio, pertanto, che la confisca per equivalente*

²⁰⁶ Del resto le SS.UU. già si erano pronunciate sull'irretroattività della norma atteso il suo carattere sanzionatorio: *“una lettura costituzionalmente orientata del divieto della norma penale (e di quella che introduce violazioni amministrative) non consente di applicarla a condotte antecedenti all'entrata in vigore della norma incriminatrice, intese come singole percezioni di somme, quale che sia il momento consumativi del reato... la confisca per equivalente è applicabile solo in relazione alle somme percepite successivamente all'entrata in vigore della norma che ha introdotto non solo tale istituto, ma anche la stessa responsabilità per illecito amministrativo delle persone giuridiche* [sent. del 10 gennaio 2007 n. 316- H-R-srl ed altri].

Ex plurimis *“Non è applicabile la confisca “per equivalente” prevista per le persone fisiche dall'art. 322 ter cod. pen. e, per le persone giuridiche, dall'art 19 del D.lgs. n. 231 del 8 giugno 2001, in relazione a somme che siano state percepite anteriormente all'entrata in vigore di dette norme; il che esclude anche l'operatività, in tale ipotesi, del sequestro preventivo previsto, rispettivamente, dall'art. 321 c.p. e dall'art. 53 del cit D.lgs n. 231 del 2001 (principio affermato, nella specie, in relazione al reato di truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche, pur essendosi tenuto conto, trattandosi di erogazioni effettuate in più rate, della sua natura di reato a consumazione cosiddetta “prolungata”, iniziata con la percezione della prima rata, anteriormente all'entrata in vigore delle norme summenzionate, e conclusasi successivamente* “ [Sez. II, sent. n. 316 del 21-12-2006 (ud. del 21-12-2006), rv. 235363]

prevista dall'art. 322 ter c.p. non possa trovare applicazione con riferimento ai reati tributari di cui al D.lgs n. 74/2000 commessi anteriormente all'entrata in vigore della legge che ha esteso l'osservanza delle citate disposizioni del codice penale".

Del resto la stessa giurisprudenza relativamente al sequestro preventivo finalizzato alla confisca di valore di cui all'art. 322 ter c.p., ha provveduto ad individuare l'elenco dei requisiti che il giudice deve obbligatoriamente riscontrare ai fini dell'applicazione della misura, essendo necessario che: *"la persona raggiunta dalla misura cautelare reale sia indagata per uno dei reati per i quali sia consentita la confisca per equivalente (a norma dell'art. 322 ter) e i beni da sequestrare non appartengano a persona estranea al reato"*²⁰⁷; nel caso di una pluralità di indagati, risulti individuata la *"quota"* di profitto (confiscabile) imputabile a ciascun concorrente²⁰⁸; i beni da sequestrare rappresentino in tutto o in parte il diretto profitto della condotta delittuosa²⁰⁹.

L'orientamento di legittimità relativo alla più recente confisca per equivalente nei reati tributari è maturato sulla scorta delle suddette indicazioni.

E' , infatti, abbastanza nota , la posizione sancita dalle SS.UU: *"in relazione agli illeciti fiscali, devono escludersi collegamenti esclusivamente congetturali, che potrebbero condurre all'aberrante conclusione di ritenere legittimo il sequestro del patrimonio di qualsiasi soggetto venga indiziato di illeciti tributari, dovendo essere tenuta ferma*

²⁰⁷ Cass., Sez. V, 16 gennaio 2004, Napoletano

²⁰⁸ La giurisprudenza ha avuto modo di precisare che per profitto deve intendersi l'utile ottenuto in seguito alla commissione del reato, il prezzo va identificato in quello pattuito e conseguito come corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito [ex plurimis, SS.UU. n. 09149, est. Papaia, RV 205707]

²⁰⁹ SS.UU. sent. n. 10280 del 6 marzo 2008

l'esigenza di una diretta derivazione causale dell'attività del reo intesa quale stretta correlazione con la condotta illecita"²¹⁰.

E ad essa che si è uniformato l'orientamento formatosi in relazione alla confisca introdotta dalla L. 300/2007 : *“ove venga prospettata la commissione di reati fiscali, come nella specie attesa la pacifica giurisprudenza di questa Corte che ha sempre affermato che le provviste di denaro esistenti sui conti correnti non costituiscono corpo del reato o cosa comunque ad essa pertinente, giacchè non possono essere considerate il quantum d'imposta non versata all'erario. In altri termini, in tema di frode fiscale, non può automaticamente ritenersi legittimo un provvedimento di sequestro preventivo di somme di denaro depositate presso istituti bancari, poichè non è ravvisabile ictu oculi il rapporto pertinenziale con il reato, non trattandosi di prodotto o profitto del medesimo e non potendosi affermare che i valori depositati siano cose e utilità create, trasformate o acquisite con la condotta criminosa ovvero acquisite mediante la realizzazione della prima*"²¹¹.

²¹⁰ SS.UU. n. 29951 del 2004, in Giustizia Tributaria

²¹¹ Cass., Sez. IV n. 25573 del 23 giugno 2008

3.2. Presupposti e condizioni

L'art. 322 *ter* del codice penale analizza alcuni degli illeciti dei pubblici ufficiali contro la P.A., e precisamente quelli previsti dagli artt.314-321 c.p.

Per quanto riguarda l'ambito operativo di tale disposizione, si nota che essa è costituita da due commi, il primo si occupa dei delitti di cui agli artt.314-320(peculato; malversazione a danno dello stato; indebita percezione e di erogazioni a danno dello stato; concussione; pene accessorie corruzione per un atto di ufficio; corruzione per un atto contrario ai doveri di ufficio ;corruzione in atti giudiziari; corruzioni di persona incaricata di pubblico servizio); ed il secondo, del solo delitto previsto dall'art. 321 c.p. (pene per il corruttore).

Per il primo gruppo di delitti il primo comma dell'art. 322 *ter* c.p stabilisce che ,in caso di condanna o di applicazione della pena su richiesta delle parti " *è sempre ordinata la confisca dei beni che ne costituiscono il profitto o il prezzo, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a tale prezzo*".

Il secondo comma dello stesso articolo, relativo al solo delitto di corruzione, dispone parimenti la confisca obbligatoria " *dei beni che ne costituiscono il profitto, salvo che appartengano a persona estranea al reato, ovvero, quando essa non è possibile, la confisca di beni di cui il reo ha la disponibilità per un valore corrispondente a quello di detto profitto e, comunque, non inferiore a quello del denaro o delle altre utilità date o promesse al pubblico ufficiale (...)*".

Di questo tipo di confisca una interessante sentenza²¹² ha deciso: "*su tale forma di misura ablatoria (che, senza mai essere introdotta in via generale, ha nel frattempo trovato ulteriori applicazioni specifiche nel nostro ordinamento con il D.lgs. 6 giugno 2001 n. 231, relativo alla responsabilità delle persone giuridiche, con il d. lgs 11 aprile 2002 n. 61, contenente la disciplina degli illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali, e con la l. 11 agosto 2003 n.228 che ha novellato l'art. 600 septies c.p.²¹³), la giurisprudenza di legittimità ha avuto modo di precisare che essa: esime dallo stabilire quel rapporto di "pertinenzialità" tra reato e provvedimento ablatorio dei proventi illeciti, che caratterizza invece la misura ex art 240 c.p.; fermo restando, cioè, il presupposto della consumazione di un reato, non è più richiesto alcun rapporto tra il reato ed i beni da confiscare, potendo essere detti beni diversi dal "provento (profitto o prezzo) del reato stesso²¹⁴; costituendo una "forma di prelievo pubblico a compensazione di prelievi illeciti", viene ad assumere un*

²¹² Cass. sez. un., 25 ottobre 2005 n. 41936, Mucci, Cass. pen., 2006, 382, 453; Giur.it., 2006, 2427 con nota di ROCCHI " *Sulla confiscabilità per valore equivalente al profitto dei reati previsti dall'art. 640 quater c.p.*" ed analogo 2007, 927 una nota di MORELLI " *Sul sequestro in funzione di confisca per equivalente*"; Riv. pen., 2006, 37; Dir. pen e proc., 2006, 43 con nota di MOTAGNA, " *Reati di truffa e confiscabilità dei beni per equivalente*".

²¹³ A questa elencazione contenuta in sentenza si devono aggiungere le ipotesi, introdotte dalla legge n. 125 del 24 luglio 2008 (che con l'art.10 bis introduce nell'art. 12 sexies della legge 356 del 1992 (legislazione contro la mafia) due nuovi commi, dove si specifica che " *nel caso previsto dal comma 2, quando non è possibile procedere alla confisca in applicazione delle disposizioni ivi richiamate, il giudice ordina la confisca delle somme di denaro dei e delle altre utilità delle quali il reo ha la disponibilità, anche per interposta persona, per un valore equivalente al prodotto, profitto o prezzo del reato*".

La parte più rilevante della novella si rinviene, però, nel comma successivo dove si afferma che questa disposizione si applica anche, nel caso di condanna o di pena patteggiata, per taluno dei delitti "previsti dagli artt.629, 630 e 648, esclusa la fattispecie di cui al secondo comma, 648 bis e 648 ter del codice penale, nonché dell'art. 12 quinquies del presente decreto e dagli artt. 73, esclusa la fattispecie del cui comma 5, e 74 del testo unico delle leggi in materia di disciplina degli stupefacenti di cui al decreto del Presidente della repubblica 9 ottobre 1990 n. 309". Si tenga presente che, modificandosi l'art. 12 della legge n. 356 del 1992, il richiamo all'art. 12 quinquies è alla norma di quella legge. Bisogna riconoscere che il sequestro e poi la confisca per equivalente stanno ampliando di molto la loro sfera operativa, e, se è vero che il delitto non deve rendere, si tratta di una strada da condividere, anche se con prudenza, per la tutela dei diritti dei terzi di buona fede.

²¹⁴ Cass. 19 gennaio 2005, Baldas

carattere preminentemente sanzionatorio²¹⁵; richiede, oltre alla ravvisabilità di uno dei reati per i quali è consentita la non appartenenza dei beni a un terzo estraneo, che nella sfera giuridico - patrimoniale del responsabile non sia stato rinvenuto, per una qualsivoglia ragione, il prezzo o il profitto (di cui sia però certa l'esistenza) del reato; è applicabile, nell'ipotesi di concorso di persone nel reato, 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 altri²¹⁶".

In base a tali indicazioni si può senz'altro affermare che le possibilità di questo tipo di confisca ,e, quindi, del sequestro, nell'ambito applicativo disposto dall'art.322 *ter* c.p., si presenta più estesa rispetto a quello ordinaria.

²¹⁵ Cass. 16 gennaio 2004 , Napoletano

²¹⁶ Cass.2 dicembre 2004, Ricciotti

3.3 Distinzione dell'ambito di applicazione tra il primo e il secondo comma dell'art 322 ter, ed evoluzione giurisprudenziale

Occorre adesso distinguere le diverse tipologie di confisca e, precisamente: a) in forma specifica ("confisca di proprietà") se ha ad oggetto il bene, il prezzo, il profitto o il prodotto del reato, secondo il cd "*rapporto di pertinenzialità*" che correla il reato al provvedimento ablatorio. Caso tipico è quello della confisca di cui all'art. 240 codice penale²¹⁷; b) per equivalente (confisca di valore) se ha come oggetto un valore corrispondente (*tantudem*) ad una delle suddette categorie (ad esempio prezzo e profitto) laddove non sia possibile procedere con la confisca di cui all'art 240 c.p. ovvero quando gli oggetti in questione appartengano ad una persona estranea al reato.

Questa differenziazione si evidenzia *ictu oculi* dalla diretta lettura dell'articolo 322- *ter* del codice penale poichè sia nel primo sia nel secondo comma della predetta norma, il legislatore considera rispettivamente la confisca in forma specifica e quella di valore. Però, mentre nel primo comma, è prevista la confisca per equivalente del prezzo del reato, nel

²¹⁷ Al riguardo si precisa che: per "prezzo" si intende quello pattuito e conseguito da una persona determinata, come corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito (non vi rientrano invece la cosa incautamente acquistata: Cassazione penale Sez. II 5 ottobre 1998, n. 10456, Asseliti; il denaro consegnato dalla prostituta al suo sfruttatore: Cassazione penale, sez. III, 7 aprile 2000, n. 661, Brunetti; le somme ricavate dalla vendita di terreni abusivamente lottizzati: Cassazione penale, sez. VI, 4 giugno 1988, n. 6644; il denaro esposto nel gioco d'azzardo; Cassazione penale, sez. un., 24 febbraio 1993, n. 1811, Bissoli; per "profitto" si intende l'utile ottenuto in seguito alla commissione del reato, il vantaggio di natura economica o, ancora, il beneficio aggiunto di tipo patrimoniale di diretta derivazione causale dall'attività del reo; per "prodotto" si intende il risultato, cioè il frutto che il colpevole ottiene direttamente dalla sua attività illecita; il termine "provento", invece, ha carattere omnicomprensivo, con la conseguenza che nello stesso è possibile far rientrare i concetti di prezzo, profitto e prodotto.

Su tali definizioni Cassazione penale, 9 luglio 2004, n. 29951, Curatela Fall. in proc. Focarelli; Cassazione penale, sez. un. 8 giugno 1999, n. 9 Bacherotti; Cassazione penale, Sez. un., 17 ottobre 1996, Chabruì.

La confisca per equivalente è stata introdotta, per la prima volta, nel nostro ordinamento, con riferimento al reato di usura, dalla legge 7 marzo 1996, n. 108. Successivamente, il suo utilizzo è stato esteso con l'entrata in vigore di numerose leggi speciali.

secondo comma si fa esclusivamente riferimento alla confisca per equivalente del profitto.

Il rilievo di questa diversità di ambiti di applicazione tra il primo ed il secondo comma dell'art. 322 *ter* c.p. si evince, in fine, nella pronuncia della Corte di Cassazione, Sez. VI, 22 maggio 2007, n° 1756.

Con questa decisione la Corte sottolinea l'impossibilità di sottoporre ad ablazione una somma di denaro quale provento risultante da un caso di peculato, proprio perchè il denaro non potrebbe essere inteso come "prezzo", ma unicamente come "profitto". Del resto i giudici di legittimità affermano " *per i delitti indicati al primo comma dell'art. 322- ter (quelli previsti dagli artt. da 314 a 320 c.p.) la confisca può essere rapportata, in base al testuale tenore della norma, non al "profitto" ma soltanto al "prezzo" del reato, inteso quest'ultimo in senso tecnico e non identificabile, quindi, in ciò che ne costituisce il provento*".

Ciò premesso, la Suprema Corte, rigetta il ricorso del p.m. che intendeva interpretare l'art. 322 *ter* comma primo c.p. attinente ad una nozione di prezzo " *non già inteso in senso tecnico, bensì come come valore di un bene o di un servizio espresso in denaro*"; *senza di che la confisca per equivalente non sarebbe mai possibile per gravi reati contro la pubblica amministrazione diversi dalla corruzione, nè per la truffa aggravata, e ciò in contrasto con norme pattizie internazionali recepite nel nostro ordinamento*".

Nell'interpretazione dell'art. 322 *ter* c.p. l'orientamento giurisprudenziale dominante, che si fonda sul dato letterale della disposizione, è indirizzato nel senso che la suddetta previsione della confiscabilità (e quindi del prodromico sequestro) per equivalente non è applicabile relativamente al "profitto" del delitto di cui all'art. 314 c.p.,

dovendo intendersi circoscritta, invece, al solo *tantudem* del "prezzo" del reato²¹⁸.

Da ciò consegue che: appare " *insostenibile*" che il legislatore nell'enucleare l'art. 322- *ter* c.p. , abbia utilizzato l'espressione "prezzo" in senso atecnico, così da farvi rientrare qualsiasi utilità correlata all'illecito, poichè le nozioni di " *prezzo*" e di " *profitto*" risultano espressamente differenziate già nell'art. 240 c.p. e ,quindi, non sarebbe logico considerare che si sia voluto derogare sul punto con l'art. 322- *ter* dello stesso codice;

nell'iter parlamentare dell'approvazione della legge n. 300 del 2000 (che ha introdotto l'art.322 *ter* c.p., mentre originariamente in una prima stesura era prevista la confisca per equivalente di beni di valore corrispondente al profitto e al prezzo degli illeciti disciplinati dagli artt. da 317 a 322 *bis* c.p., nella versione definitiva la stessa confisca è stata ridimensionata ,avendola applicata ai reati previsti dagli artt. da 314 a 322 *bis* c.p. , all'equivalente del solo prezzo.

Risulta,quindi, chiara la volontà del legislatore di escludere, al di fuori delle ipotesi di cui al secondo comma dell'art.322 *ter* c.p. , il profitto del reato da questa ipotesi di confisca; questa scelta normativa , che non può essere sicuramente qualificata come irrazionale o illogica, deriverebbe dall'esercizio della potestà discrezionale del legislatore, nè del resto la suddetta disposizione risulta essere contrastante alla norme pattizie internazionali, in quanto quest'ultime hanno ad oggetto unicamente ipotesi rientranti, nel diritto interno, nelle fattispecie di corruzione e di concussione mentre viene esclusa quella di peculato.

²¹⁸ Cass., Sez. VI: 11.4.2006, n. 12852, P.M. in proc. Ingravallo; 11.4.2006, n. 12853, P.M. in proc. Fornarelli; 22.5.2006, n. 17566, P.M. in proc. Tortorici; decisioni alle quali si sono adeguate, senza particolari motivazioni, Cass.: Sez. VI: 18.5.2007, n. 19586, Pantonio; 10.3.2009, n. 10679; Marzetti; 7.4.2009, n. 14966, Marzetti

In questo caso sarebbe nemmeno risolutivo il principio sancito dalle Sezioni Unite, con la sentenza 22.11.2005, n. 41936, Muci, relativa all'oggetto della confisca di valore prevista dall'art. 640 *quater* c. p., poichè l'applicazione di essa anche all'equivalente del profitto si spiegherebbe in relazione del rinvio disposto in questo articolo all'intero testo dell'art. 322 *ter* c.p. e di conseguenza anche alla confisca disciplinata al secondo comma, la quale ricomprende la confisca di valore sia del prezzo sia del profitto.

Di tesi contraria un'unica decisione di questa Corte²¹⁹ che, se non direttamente (in quanto sulla questione non vi era il ricorso dell'interessato), depone di fatto per una interpretazione estensiva secondo la quale, relativamente all'illecito di peculato, sono sottoposti a confisca, in base all'art. 322 *ter* c.p., beni della disponibilità dell'imputato per un valore equivalente a quello relativo al profitto o al prezzo del reato²²⁰.

Tra le due teorie giurisprudenziali appena esposte, sostengono le Sezioni Unite di conformarsi alla prima di queste, cioè all'interpretazione restrittiva, in base alla quale deve escludersi la confiscabilità corrispondente al profitto del reato di cui all'art. 314 c.p.

Si è giunti alla seguente conclusione in base a queste considerazioni: innanzitutto le nozioni di "prezzo" e di "profitto" del reato sono completamente differenziate relativamente al trattamento stabilito dall'art. 240 c.p. e devono considerarsi presupposte nella loro diversa valenza tecnica dall'art. 322 *ter* c.p. del medesimo codice. Le Sezioni Unite hanno già evidenziato come non sia rintracciabile in alcuna normativa una definizione della nozione di "profitto del reato" e che questa espressione

²¹⁹ Cass., Sez. VI, 25.3.2005, n. 11902, Baldas

²²⁰ analoga pronuncia si rinviene in relazione ad un'ipotesi di confisca per equivalente di denaro rinvenuto in conti bancali nella disponibilità di soggetti indagati per concussione: Cass., Sez. VI, 17.7.2006, n. 24633, Lucci ed altro

viene adoperata in modo meramente enunciativo nelle varie tipologie in cui è introdotta, caratterizzandosi quindi in un'ampia "*latitudine semantica*" da colmare in via interpretativa²²¹. Nella suddetta pronuncia (con riferimento alla confisca di valore prevista dall'art. 19 del D.Lgs. 8.6.2001, n. 231) sono state riprese le avvalorate affermazioni giurisprudenziali sulla nozione di "*profitto di reato*" contenuta nell'art. 240 c.p., secondo le quali: "*il profitto a cui fa riferimento l'art. 240, comma 1, cod. pen., deve essere identificato col vantaggio economico ricavato in via immediata e diretta dal reato e si contrappone al "prodotto" e al "prezzo" del reato. Il prodotto è il risultato empirico dell'illecito, cioè le cose create, trasformate, adulterate o acquisite mediante il reato; il prezzo va individuato nel compenso dato o promesso ad una determinata persona, come corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito*"²²².

Alla locuzione "*vantaggio economico*", quindi, non va assegnato il significato di "*utile netto*" o di "*reddito*", bensì quello di "*beneficio aggiunto di tipo patrimoniale*"²²³; il termine "*profitto*" non va quindi considerato come espressione di una grandezza residuale o come reddito di esercizio, calcolato mediante il raffronto tra elementi positivi e negativi del reddito²²⁴. La richiamata nozione di "*profitto*" del reato può peraltro essere soggetta ad un ridimensionamento in quanto il reato, come nel caso esaminato, non si inserisca nell'ambito di un'attività completamente illecita.

Nei casi in cui l'atteggiamento penalmente rilevante venga realizzato nell'ambito di un'attività contrattuale e non corrisponda con la stipulazione del contratto stesso, ma va ad incidere piuttosto solamente nella fase di esecuzione del programma negoziale, è possibile evincere caratteri leciti

²²¹ Sezioni Unite, 2.7.2008, n. 26654, Fisia Italimpianti Spa ed altri

²²² Sez. Unite : 24.2.1993, n. 1811, Bissoli; 17.10.1996, n. 9149, Chabni Samir

²²³ Sez. Unite: 9.7.2004, n. 29951, Curatela fall., in proc. Focarelli; 9.7.2004, n. 29952, Curatela fall., in proc. Romagnoli

²²⁴ Sez. Unite, 2.7.2008, n. 26654, Fisia Italimpianti Spa ed altri

del relativo rapporto, da ciò ne consegue che il corrispondente profitto tratto dall'agente può non essere correlato direttamente alla condotta sanzionata penalmente. Il corrispondente di una prestazione correttamente eseguita dall'obbligato ed accettata dalla controparte, che di conseguenza ne trae comunque una rilevante *utilitas*, non può rappresentare, pertanto, un elemento del profitto da reato, poichè trova titolo legittimo nella fisiologica dinamica contrattuale²²⁵.

Altro principio affermato dalla giurisprudenza di legittimità è che il profitto del reato ha come presupposto l'accertamento della sua diretta derivazione causale della condotta dell'agente. Il requisito della pertinenzialità al reato del profitto costituisce, quindi, il concreto criterio selettivo di ciò che può essere confiscato a tale titolo; serve perciò un relazione diretta del profitto con il reato ed una stretta affinità con l'oggetto di questo, tralasciando qualsiasi estensione indiscriminata o dilatazione indefinita ad ogni e qualsiasi vantaggio patrimoniale, dal quale possa derivare, pure difettando di un nesso diretto di causalità, dall'illecito²²⁶. Tale parametro selettivo non sembra sfiorato dalla pronuncia²²⁷ che, in relazione alla confisca " *diretta*"(c.d di proprietà) del profitto della concussione, ha fatto rientrare nella nozione di profitto anche l'oggetto acquistato con il denaro illecitamente conseguito mediante il reato, mettendo in evidenza che tale reimpiego deve comunque essere "*causalmente*" connesso al reato e al profitto "*immediato*" dello stesso.

Il "*prezzo del reato*", invece, come già affermato, è stato puntualizzato dalla giurisprudenza nel "*compenso dato o promesso ad una determinata persona, come corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito* ,

²²⁵ Cass.: Sez. Unite, n. 26654/2008 e, in tema di corruzione, Sez. VI, 29.4.2009, n. 17897, P.M. in proc. Ferretti

²²⁶ Sez. Unite, 19.1.2004, n. 920, Montella

²²⁷ Sez. Unite 6.3.2008, n. 10280, Miragliotta

ovvero in un fattore che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l'interessato a commettere il reato"²²⁸.

Ad esso non può essere attribuita la definizione di "*utilità economica*" rinvenuta dalla realizzazione del reato²²⁹ e, conformemente con tale considerazione, questa Corte ha eliminato, fra l'altro, che possano individuarsi nel "*prezzo del reato*": il denaro esposto nel gioco d'azzardo²³⁰, la somma versata allo spacciatore per la cessione di sostanza stupefacente²³¹, la cosa incautamente acquistata²³², il denaro consegnato dalla prostituta al suo sfruttatore²³³.

In base alla netta distinzione tra le nozioni di "*prezzo*" e di "*profitto*" del reato come appena evidenziata, e in assenza di una chiara indicazione normativa che attribuisca a tali termini un significato diverso da quello comunemente loro assegnato²³⁴, deve convenirsi, perciò, che non esiste alcun requisito idoneo a far sostenere che il legislatore, nella formulazione dell'art. 322 *ter* c.p., abbia utilizzato il termine "*prezzo*" in senso atecnico, così da farvi rientrare qualsiasi utilità correlata al reato.

Argomentazione troppo fragile, a sostegno di una tesi contraria, sembra quella secondo la quale, nell'interpretazione dell'art. 322 *ter* c.p., con la locuzione "*valore corrispondente a tale prezzo*", conclusiva del primo comma, potrebbe fare riferimento, per le significazioni omnicomprensive attribuibili all'aggettivo indicativo "*tale*", anche al valore degli oggetti che integrano il "*profitto*", in precedenza individuati.

²²⁸ Sez. Unite, n. 9149/1996, Chabni Samir

²²⁹ Sez. Unite, 24.2.1993, n. 1811, Bissoli

²³⁰ Sez. Unite, n. 1811/1993, Bissoli

²³¹ Sez. Unite, n. 9149/1996, Chabni Samir

²³² Sez. II, 5.10.1998, n. 10456, Asseliti

²³³ Sez. III, 10.2.2000 - 7.4.2000, n. 661, Brunetti

²³⁴ pure tenendo conto del travagliato iter parlamentare di approvazione della legge n. 300/2000, che, attraverso scansioni particolarmente tortuose, ha portato a ripetuti assestamenti del testo legislativo.

Si tratta , invero, di una soluzione di interpretazione grammaticale opinabile, in quanto viene utilizzato l'aggettivo al singolare, mentre la ricognizione del significato della disposizione non può trascurare delle connessioni concettuali e dal collegamento sistematico con la formulazione dell'art. 240 c.p.

Nella vigente disposizione dell'art. 322 *ter* sembra perciò inconfutabile la previsione della inapplicabilità della confisca di valore per i profitti scaturenti dalle fattispecie di reato disciplinate al primo comma, diverse dalla corruzione attiva, nelle quali il vantaggio realizzato dell'illecito non è definibile come "*prezzo*".

La dottrina ha sottolineato che tale restrizione non pare conforme con la *ratio* dell'istituto della confisca di valore, diretta ad realizzare un riequilibrio compensativo nei confronti della collettività, cioè, una sorta di prelievo pubblico dei proventi illeciti nel loro complesso.

Questa tesi non può che essere condivisa (e le Sezioni Unite, già nella sentenza n. 41936/05, Muci, hanno fatto riferimento ad una "*indubbia stonatura*"), ma all'opposizione normativa del limite non può ovviarsi con una interpretazione sostanzialmente correttiva, in quanto è necessario che intervenga il legislatore con una interpretazione autentica.

Non si può nemmeno sostenere che la limitazione suddetta sia stata abrogata dall'art. 335 *bis* c.p. (introdotto dall'art. 6 della legge 27-3-2001, n.97) conferendo a questa norma la funzione di applicare la confisca a tutti i casi in cui residuino utilità economiche rivenienti all'autore dalla realizzazione di ciascuno degli illeciti disciplinati dagli artt. da 314 a 335 c.p.

L'art. 335 *bis*, invero, non considera esplicitamente la confisca per equivalente e la clausola di salvezza di "*quanto previsto dall'articolo 322 ter*" sembra escludere la confisca dall'ambito applicativo della norma.

Possiamo , quindi sostenere, che alla conclusione appena raggiunta si potrebbe contestare che sia la nozione di "prezzo" sia quella di " profitto" possono farsi rientrare all'interno del più ampio significato di "provento" del reato: espressione usualmente utilizzata dalla normativa comunitaria, alla quale anche la Corte, in tempi precedenti, aveva attribuito carattere onnicomprensivo e , quindi, nella sua latitudine semantica, include tutto ciò che può scaturire dalla realizzazione del reato nelle diverse nozioni, individuate nell'art. 240 c.p., commi 1 e 2 , di prezzo, prodotto e profitto²³⁵.

Tutto ciò si uniformerebbe all'obbligo di interpretazione " *conforme*" della normativa nazionale al diritto dell'Unione Europea ed alle Convenzioni internazionali.

²³⁵ Sez. Unite, 28.4.1999 - 8.6.1999, n. 9, Bacherotti

3.4. Il vincolo della convenzione europea nell'ordinamento interno

L'arrivo della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nel nostro ordinamento inizia a ottenere i primi rilevanti risultati, in riferimento alla garanzie penalistiche: essi derivano dalla fruttuosa attività della Corte europea, dall'intuizione di alcuni giudici di merito, dalla consapevolezza dell'importanza della Corte costituzionale per il sistema convenzionale.

Considerata per molto tempo una sorta di "*soft law*", spesso inquadrata nelle cosiddette fonti fatto, la CEDU, ormai ritenuta a livello infra- costituzionale, sta formando le proprie risorse nell'ambito del sistema penale, andando ad arricchire l'elenco dei diritti fondamentali, i quali vedono sempre più consolidare le proprie basi e nello stesso tempo ampliare la propria efficienza²³⁶.

A seguito delle notevoli evoluzioni relative alla tematica del "*giusto processo*"²³⁷, qui si trattava del *nullum crimen sine praevia lege penali* e di conseguenza della garanzia della irretroattività (art. 7 CEDU) in riferimento ad una teoria particolare della confisca, sospettata di avere, al di là del primo impatto, caratteristiche afflittive, e quindi natura di vera e propria "*pena*"; riguarda in particolare la confisca dell'automobile introdotta per la più grave ipotesi di illecito di guida in stato di ebbrezza, la quale può essere utilizzata in via retroattiva mediante il rinvio alla disciplina delle misure di sicurezza (art. 186, comma 2 lett. c, del d.lg. n.

²³⁶ Ai vari aspetti della nuova centralità acquisita dalla CEDU nel sistema penale è dedicato, da ultimo, il volume collettaneo AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, a cura di MANES-ZAGREBELSKY, Giuffè, 2011.

²³⁷ Il riferimento è a C. cost. n. 93/2010 (in questa rivista. 2010, p. 2451 ss., con nota di BALSAMO, ed in *Giur. cost.*, 2010, p. 1053 ss., con nota di GAITO-FURFARO, Consensi e dissensi sul ruolo e sulla funzione della pubblicità delle udienze penali, e di LICATA, Il rito camerale di prevenzione di fronte ai diritti fondamentali, rispettivamente p. 1065 ss. e p. 1077 ss.), che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, l. 27 dicembre 1956, n. 1423, e dell'art. 2-ter l. 31 maggio 1965, n. 575, per contrasto con l'art. 117, comma 1, Cost., nella parte in cui non consentono che, su istanza degli interessati, il procedimento per l'applicazione delle misure di prevenzione personali e patrimoniali si svolga, davanti al tribunale e alla Corte d'appello, nelle forme dell'udienza pubblica.

285/1992 , nuovo codice della strada, come modificato dall'art. 4 del d.l. n. 92/2008 , misure urgenti in materia di sicurezza, convertito con modifiche nella legge n. 125 del 2008)²³⁸: infatti la Corte costituzionale ha dichiarato illegittimo un simile regime in luogo della particolarità della misura della confisca di valore, troppo diversa dalla fattispecie generale disciplinata dall'art. 240 c.p. e dai connotati che " *giustificano*" l'ambito speciale del *tempus regit actum*²³⁹.

Le motivazioni della decisione suddetta hanno una struttura abbastanza chiara.

Nella premessa ritroviamo supposizioni di diverso tipo: *in primis* , la vincolatività da poco acquisita dalle norme della Convenzione e dalle decisioni della CEDU, come risulta dalle "*sentenze gemelle*" della Consulta n. 348 e 349 del 2007, che le hanno assegnato qualità di "*parametri interposti di legittimità costituzionale*"²⁴⁰; in secondo luogo , i poteri e gli obblighi assegnati al giudice interno, guardiano della legalità convenzionale (in conformità della costituzione: art. 117 Cost.) nella tutela

²³⁸ La norma, nel testo novellato dall'art.4, comma 1, lett. b, del d.l. n. 92 del 2008, convertito con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge n. 125 del 2008, prevede che sia "*sempre disposta la confisca del veicolo con il quale è stato commesso il reato ai sensi dell'art. 240 secondo comma c.p., salvo che il veicolo stesso appartenga a persona estranea al reato*", in caso di condanna tanto per la fattispecie criminosa di guida in stato di ebbrezza in conseguenza dell'uso di bevande alcoliche, purchè sia stato accertato a carico del conducente un valore corrispondente ad un tasso alcolemico superiore a 1,5 grammi per litro di sostanza ematica(art. 186, comma 2, lett. c strad.), quanto per la fattispecie criminosa(art. 187 c. strad.) di guida in stato di alterazione psico-fisica per uso di sostanze stupefacenti.

²³⁹ Più in particolare, con riferimento alla confisca, è prevista la sola operatività della legge vigente al tempo dell'applicazione(art. 236, comma 2 c.p.), essendo la misura ablativa sottratta alla massima espansione del *tempus regit actum* , che ai sensi dell'art. 200, per le restanti misure di sicurezza, si estende sino a ricomprendere la legge vigente (non solo al tempo dell'applicazione, bensì) al tempo dell'esecuzione.

²⁴⁰ Le sentenze n. 348 e 349 del 2007 sono pubblicate in Giur. cost., 2007, p. 3475ss., con note di PINELLI, MOSCARINI, CARTABIA, GUAZZAROTTI, SCARABBA; tra gli altri, inoltre, RANDAZZO ,*Costituzione e CEDU: il giudice delle leggi apre una finestra su Strasburgo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n1, 2008, p. 25 ss; TEGA, Le sentenze della Corte costituzionale nn 348 e 249 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto, in *Quad. cost.*, 2008; ABBADESSA, *Il nuovo rango sub-costituzionale della CEDU: riflessi sul diritto e sul processo penale domestico*, in *ius17unibo.it*, n. 2, 2008,p.399 ss. L'orientamento innovativo della Corte è stato poi ribadito dalle sentenze n. 39/2008, n. 129/2008, n. 311/2009, n.317/2009 su queste ultime, si rinvia a CONTI, *CEDU e interpretazione del giudice: gerarchi o dialogo con la Corte di Strasburgo*, in *www.federalismi.it*, n. 6, 2010.

"*multilivello*"; l'ambito di applicabilità del "*nullum crimen*"(e del principio di irretroattività) nella sua sfera convenzionale(art. 7 CEDU), ampliato fino a farvi rientrare tutta la "*materia penale*"ovvero tutte le misure "*intrinsecamente punitive*", non considerando la denominazione formale.

Per quanto riguarda quest'ultimo punto, rilevante nell'economia della decisione, i Giudici costituzionali danno prova di assecondare l'approccio sostanzialistico tipico della giurisprudenza di Strasburgo, alle cui determinazioni va legittimamente riconosciuta "*autorité de la chose interprétée*"²⁴¹: il rispetto del *nullum crimen* deve essere applicato rispettando in particolare il contenuto e non solo la forma, esaminando la tipologia del comando/divieto e calcolando la forza della sanzione, andando "*behind the appearances*" fino a scoprire possibili "*truffe delle etichette*" che vogliano contrabbandare *sub specie alii* una misura "*punitiva*" escludendola dalle garanzie della legalità e irretroattività.

Da ciò ne consegue che, la premessa minore attira il diritto domestico, e riprende interamente l'ordinanza di rimessione²⁴², il cui importante contributo consiste in particolare nell'aver sostanzialmente evidenziato la natura repressiva, e non meramente preventiva, della tipologia di confisca per equivalente, evincendo l'inaccettabilità del regime retroattivo a cui era obbligata in qualità di misura di sicurezza. Al riguardo vengono adempiute in modo preciso le deduzioni del giudice leccese e vengono approvate, in particolare le attente valutazioni relative alla natura "*sostanzialmente penale*" dell'ablazione dell'autoveicolo; nel permettere che la misura può essere ordinata "*anche quando il veicolo dovesse risultare incidentato e temporaneamente inutilizzabile*"(e dunque "privo di attuale pericolosità oggettiva"), e visto che la sua operatività " *non*

²⁴¹ CANIVET, *Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales: éloge de la "benevolence" des juges*, in *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, 2005, p.799.

²⁴² Trib. Lecce,Ufficio GIP, ord. 27 maggio 2009 (dott. E. Aprile)

impedisce in sè l'impiego di altri mezzi da parte dell'imputato, dunque un rischio di recidiva", la misura medesima non avrebbe uno scopo preventivo, bensì "una funzione sanzionatoria e meramente repressiva", impossibile con una sua attuazione retroattiva²⁴³.

Alla base di queste premesse, e una volta accertata l'asimmetria con l'assetto convenzionale, la chiusura del sillogismo consegue a un duplice risultato, duplice in quanto lo strumento utilizzabile per eliminare l'antinomia: la separazione con l'obbligo sovranazionale ("di rango sub-costituzionale") può essere ripristinata sia mediante un'interpretazione conforme, sia con una declaratoria di illegittimità.

Com'è ben noto, la prima possibilità nel giudizio di legittimità costituzionale ha il dovere di "*previa escussione*", a pena di inammissibilità, e ciò deriva dal fatto che in base ad un *refrain* sempre più spesso ripreso specialmente nelle decisioni interpretative di rigetto (sentenze o, sempre più, ordinanze) una disposizione non è illegittima perchè è possibile darne un'interpretazione costituzionalmente conforme, ma se è inattuabile una lettura costituzionalmente ammissibile²⁴⁴: e questo impegno "*sistematico*" non cambia quando il conflitto con la Costituzione (art. 117 Cost.) passa attraverso la mediazione del sistema CEDU²⁴⁵.

Il giudice nazionale, quindi, può scegliere tra due soluzioni diverse, chiamato ad un "*sindacato collaborativo*" con la Corte costituzionale soprattutto nella co-tutela delle garanzie CEDU: prima di tutto esamina la possibilità di un'interpretazione conforme, "*entro i limiti nei quali ciò sia*

²⁴³ Nell'ordinanza di rimessione, una ulteriore conferma della natura di provvedimento repressivo delle misure in esame veniva tratta dal fatto che la confisca "va disposta anche nei riguardi del conducente che abbia rifiutato di sottoporsi all'esame alcolemico del sangue".

²⁴⁴ In modo ancor più netto, la Corte ripete infatti che "le leggi non si dichiarano costituzionalmente illegittime perchè è impossibile darne interpretazioni incostituzionali (e qualche giudice ritenga di darne), ma perchè è impossibile darne interpretazioni costituzionali": così, ad es., sent. n. 356/1996, e n. 239/2003.

²⁴⁵ Chiarissimo al riguardo il richiamo di C. cost. n. 239/2009.

permesso dai testi delle norme"²⁴⁶; e successivamente rimettere la questione al giudice delle leggi.

Nel caso esaminato, del resto, secondo il giudice leccese così come della Corte, la prima possibilità era impedita dalla *littera legis*, ma in particolare modo dal diritto vivente che sulla medesima si è via via rafforzato: preso in considerazione che , sotto il primo aspetto, il rinvio legislativo allo strumento della confisca *ex art. 240 c.p.* sembrava di tenore chiaro ed univoco, e rilevato , soprattutto, un orientamento prevalente propenso ad applicare la misura in maniera retroattiva, la via dell'interpretazione conforme era esclusa²⁴⁷; pertanto , non rimaneva che ottenere un intervento di "*ortopedia chirurgica*", tempestivamente compiuto dalla Corte cancellando dalla norma il suo segmento, appunto, di richiamo alla disciplina applicabile²⁴⁸.

Il punto centrale della decisione, dunque, si concentra sul concetto di "*materia penale*", e sull'approccio concreto e "*pragmatico*" da sempre perseguito dalla Corte per calcolare i limiti perimetrali delle garanzie del *fair process* (art. 6 CEDU) e del *nullum crimen* (art. 7 CEDU).

L'espressione "*matière penale*" ha dato la possibilità di superare le notevoli differenze ordinamentali che dividono i 47 Paesi membri del Consiglio d'Europa: rifiutando un metodo logico-formale che avrebbe potuto rendere insuperabili tali diversità, spingendo sulla propria "*faiblesse conceptuelle*", esso ha incentivato una confluenza sui contenuti a cui deve

²⁴⁶ C. cost. n. 349/2007, punto 6.2; ma cfr altresì , ad esempio, C. cost. n. 311/2009, punto 6, richiamando peraltro un limite logico costante nell'argomentazione costituzionale. Del resto, è sempre il tenore letterale della legge che "segna il confine, in presenza del quale il tentativo interpretativo deve cedere il passo al sindacato di legittimità costituzionale" (così, ad es., sent. n. 219/2008).

²⁴⁷ Il riferimento al "diritto vivente" limita , ma non esclude, l'obbligo di perlustrare la strada dell'interpretazione conforme da parte del giudice *a quo* : cfr., tra le tante, le indicazioni in filigrana di C. cost., ord. n. 239/2009.

²⁴⁸ L'inciso "ai sensi dell'art.240, secondo comma, del codice penale", la cui eliminazione, secondo la corte, è sufficiente a recidere il legame che la novazione legislativa ha inteso stabilire tra detta ipotesi di confisca e la disciplina generale delle misure di sicurezza patrimoniali contenuta nel codice penale.

applicarsi il "*common core*" delle garanzie penali progressivamente distillate dalla giurisprudenza evolutiva della Corte di Strasburgo, sempre più accresciuta dalla *cross fertilization* con le "*tradizioni costituzionali comuni*" dei singoli stati.

Solitamente, la previsione contenutistica finalizzata a chiarire se una determinata sanzione abbia o no connotati "*intrinsecamente punitivi*" si basa su dei sotto-criteri consolidati: la qualificazione dell'infrazione del diritto interno (che ha un valore relativo), la natura della stessa, la gravità e lo scopo della sanzione; le procedure connesse alla sua adozione ed esecuzione²⁴⁹.

Recentemente, si è sostenuto che lo stesso criterio dello scopo, sempre in evidenza nella valutazione e nel *balancing test* della Corte, abbia subito una certa relativizzazione nell'economia del giudizio dei giudici europei: se è ancora rilevante per attuare la garanzia del *nullum crimen* quando compare che la fondamentale finalità della sanzione scrutinata non sia preventiva ma afflittiva, come emerge dalla tesi inerente la confisca di valore²⁵⁰, ed indirettamente la suddetta sentenza, ci sono casi in cui la

²⁴⁹ Il paradigma è offerto dalla decisione CEDU, 8 giugno 1976, Engel c. Paesi Bassi, ulteriormente approfondita da CEDU, 21 febbraio 1984, Ozturk c. Repubblica federale tedesca (in Riv. it. dir e proc. per., 1985, p.894 ss., con nota di PALIERO, "*Materia penale e illecito amministrativo secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo:una questione "classica" e una svolta radicale*) per ulteriori approfondimenti, cfr. AA.VV., *La "matière pénale" comme flou du droit pénal, a curadekGroupe de recherche droits de l'homme et logiques juridiques* (diretto da M. Delmas Marty), in *Revue de science criminelle et droit pénale comparé*, 1987, p.819 ss; inoltre BERNARDI, Art. 7 "*Nessuna pena senza legge*", in BARTOLE-CONFORTI-RAIMONDI, *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, 2001, p. 249 ss., 259 ss., NICOSIA, *Convenzione europea dei diritti dell'uomo e diritto penale*, Giappichelli, 2006, p.56 ss.; VIGANO', *Diritto penale sostanziale e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in Riv. it. dir. e proc. pen., 2007, p. 42 ss., 52 ss.,CONSULICH, "*Materia penale e tutela dei beni giuridici comunitari*", in Riv. it. dir. e proc. pen., 2006, 65 ss.; più di recente, cfr ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in AA.VV., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*,cit.

²⁵⁰ Orientamento riconducibile alla decisione CEDU 9 febbraio 1995, Welch c. Regno Unito (con la quale si ritenne sostanzialmente riconducibile alla "nozione di pena"una ipotesi speciale di confisca "di valore" prevista in materia di stupefacenti, ed accompagnata da un particolare regime di inversione dell'onere della prova) le cui ragioni sono state definitivamente riconosciute nel contesto italiano: cfr., in merito, Sez. III, 24 settembre 2008, N. 39172, Canisto, in questa rivista, 2009, p. 3417 ss.,con nota di F. MAZZACUVA. *Confisca per equivalente come sanzione penale : verso un nuovo statuto garantistico. Si*

concomitanza di elementi preventivi ed afflittivi, o magari la preminenza delle prime sulle seconde, non viene comunque considerata sufficiente a spiegare la sottrazione al divieto di irretroattività. Tutto ciò emerge dalle decisioni inerenti a determinati casi italiani della "*confisca urbanistica*"²⁵¹ e, hanno avuto più risonanza, pronunce come quella che ha constatato la violazione dell'art. 7 CEDU in relazione al regime di retroattività stabilito per alcuni cambiamenti relativamente alla durata della misura di sicurezza personale della "*custodia di sicurezza*" nell'ordinamento tedesco (Sicherungsverwahrung, § 66 StGB) laddove soprattutto si era esteso *sine die* il termine di durata della sua applicazione (anche oltre il massimo di dieci anni, originariamente fissato come termine estremo), con conseguenze immediate sulle misura in esecuzione²⁵².

noti che l'acquisizione sul fatto che la confisca per equivalente assume "I tratti distintivi di una vera e propria sanzione" ormai patrocinata-oltre che dalla Corte costituzionale (ord. n. 97/2009) - dalla Cassazione nella più autorevole composizione (Sez. un., 27 marzo 2008, n.26654, Fisia Italimpianti Spa, e Sez. un.,25 giugno-6 ottobre 2009, n. 39691, Caruso, in questa rivista, 2010, p. 90, con nota di MANES, Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in malam partem)

²⁵¹ Già nella decisione della CEDU sulla ricevibilità del ricorso (della seconda sezione, 30 agosto 2007, Sud Fondi srl e a.c. Italia) si era riconosciuta la natura sostanzialmente penale della confisca di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 380/2001, in ragione della stretta connessione con l'illecito penale che la fonda, del tipo di autorità decidente (il giudice penale), del contenuto spiccatamente punitivo della misura (pur nella compresenza di scopi preventivi), ed anche della collocazione sistematica della misura nel d.P.R. del 2001 (sotto la rubrica della "sanzioni penali"). Nella decisione definitiva della seconda sezione, la Corte europea ha sostanzialmente confermato la natura sostanzialmente penale, sia in ragione dell'assenza di accertamento di quel "legame di natura intellettuale" (coscienza e volontà) ritenuto- qui il vero *novum* della decisione- presupposto indefettibile di ogni sanzione intrinsecamente "penale": CEDU, 20 gennaio 2009, Sud Fondi c. Italia, in questa rivista, 2009, p. 3180 ss., con nota di BALSAMO-PARASPORO, *La Corte europea e la confisca contro la lottizzazione abusiva :nuovi scenari e problemi aperti*; e in Dir. pen. proc., n.12, 2009, con nota di F. MAZZACUVA, Un "hard casa" davanti alla Corte europea: argomenti e principi nella sentenza su Punta Perotti,ivi 2009, p.1540 ss. (al riguardo, *amplius* , TUCCI, Ascesa e caduta della confisca "urbanistica", in AA.VV., *Occupazione usurpativa e confische tra Roma e Strasburgo*, Atti del Convegno nazionale, a cura di G. Tucci , Cacucci , 2009, p. 61 ss.). Anche su queste basi, la vicenda di "Punta Perotti" si è chiusa con la recente decisione del G.u.p. di Bari (il 15 novembre 2001) di revocare la confisca con restituzione dei terreni alle imprese costruttrici.

²⁵² CEDU, 17 dicembre 2009, M.c. Germania (sulla quale "pende" tuttavia una richiesta di deferimento alla Grande Chambre), pubblicata in questa rivista, 2010, p.326 ss. (con ampia nota di ROCCHI, Da una decisione sulle misure di sicurezza una possibile ricaduta nell'ordinamento italiano), dove i giudici hanno riconosciuto la violazione dell'art. 7 CEDU sulla base del fatto che al ricorrente era stata applicata retroattivamente la Sicherungsverwahrung, conformemente al § 2, Abs. 6 StGB. Le conseguenze di tale decisione sul piano interno sono state immediatamente registrate dalla giurisprudenza del Bundesgerichtshof: si veda, in particolare, BGH, decisione del 4. Strafsenats del 12 maggio 2010, 4 StR 577/09, in Europäische Grundrechte Zeitung,2010, 359 ss.

Un'evoluzione che da una parte sembra riaprire la disputa , sul piano sistematico, sulla stessa legittimità *tout court* del regime italiano del *tempus regit actum* disciplinato dall'art. 200 c.p.²⁵³; dall'altra parte invece ordina freni rilevanti al regime intertemporale di questa o quella misura di sicurezza (patrimoniale o personale), ovvero di tipologie particolari di confisca- vecchie o nuove- etichettate come "*amministrative*".

Per quanto riguarda quest'ultimo punto, ci si è posto il problema se questo potenziale etichettamento formale del legislatore- che è soggetto, come si è potuto notare, ad una sorta di *lifting of the veil* di fronte alle garanzie fondamentali degli artt. 6 e 7 CEDU- possa reggere una sua applicazione *quoad disciplinam* negli altri ambiti che la qualificazione legislativa tramanda.

Proprio per quanto riguarda la circostanza dell'ablazione del veicolo, da questo punto di vista, ha un risvolto sicuramente rilevante che deve essere menzionato: il legislatore, dopo la decisione della Consulta, e dopo la decisione della Suprema corte, che quasi all'unanimità hanno stabilito il riconoscimento della natura di "*pena accessoria*" alla stessa misura²⁵⁴, si ritorna su questa particolare tipologia di confisca con la l. 29 luglio 2010, n.120²⁵⁵, riprendendo esplicitamente, pur con una espressione insolita, il

²⁵³ La decisione in epigrafe, sul punto, sembra fare epochè, essendo un tale profilo- una volta escluso che nel caso in esame venisse in rilievo una misura di sicurezza- divenuto irrilevante nel giudizio *a quo*, con conseguente inammissibilità della questione (pur appunto sollevata nell'ordinanza di rimessione con riferimento sia all'art. 200 che all'art. 236 c.p.). In linea più generale, tuttavia, il profilo conserva la sua problematicità, specie nei confronti delle altre forme di confisca: si vedano, sul punto, gli autorevoli rilievi critici di GALLO, Prove d'autore, in Crit. dir., 2010, p. 23 ss., 27 ss(l'A. prospetta, peraltro, anche un delicato problema di conflitto normoteoretico, tra fedeltà alla CEDU (e all'art.117 Cost.) e fedeltà all'art. 25, comma 3, cost., "(...) chiave di volta dell'individuazione delle regole di produzione e applicazione delle misure di sicurezza (...)", regola costituzionale costruita attraverso il rinvio ad elementi che non possono essere intesi, in forza di norme sub-costituzionali sopravvenute, in maniera che non sia quella dei Costituenti", ma che potrebbero essere modificati solo in forza di revisione costituzionale).

²⁵⁴ Sez. un., 18 giugno 2010, n. 38691, pur muovendo dall'analogia ipotesi di confisca prevista per il diverso reato di cui all'art.186, comma7, c strad., punisce il rifiuto di sottoporsi all'accertamento alcoolimetrico.

²⁵⁵ La legge è pubblicata in *Dir. pen. proc.*, 2010, p. 1274 ss., con commento di D'AURIA.

regime del sequestro e della confisca amministrativi, mediante la reintroduzione dell'art. 224. *ter c. strad.*

Se può sembrare scontato considerare questa soluzione non all'altezza di rimettere in discussione le certezze già ottenute in relazione del riconoscimento della natura afflittiva della confisca del veicolo, e di conseguenza della irretroattività (peraltro applicata anche per l'illecito amministrativo, pur come legge ordinaria, dall'art. 1, comma 1, l. n. 689/1981), rimane la problematica relativa alla possibilità se considerare la nuova qualificazione idonea per quanto riguarda il regime delle cautele reali attivabili: e se sostenere giusto il richiamo legislativo e di conseguenza applicabile il sequestro e la confisca amministrativa disposti dall'art. 213 c. strad., ovvero se, in base al riconoscimento della natura sostanzialmente punitiva della misura ablativa *de qua*, affermare l'applicabilità della diversa misura del sequestro preventivo ex art 321 c.p.p., intervenendo così una nuova e ulteriore modifica in via ermeneutica²⁵⁶.

Un'altra soluzione si evince da un recente orientamento di alcuni giudici di merito, non univoco, che, partendo dalla natura penale della misura, ha ammesso il sequestro preventivo del veicolo, ai sensi dell'art.321, comma 2, c.p.p., non seguendo la disposizione legislativa della l. n. 120/2010²⁵⁷.

²⁵⁶ E ritenere altresì operativi gli altri istituti riconnessi alla qualificazione in termini di "pena" (accessoria): si pensi, ad esempio, all'art 640, comma 5, c.p.p. in base al quale "Il decreto penale di condanna non comporta (...) l'applicazione di pene accessorie (...)" (sul punto cfr. ora Sez. IV, 4 novembre 2009-16 novembre 2010, inedita; in ogni caso, il comma 2 dell'art. 224 -ter dispone ora che sia trasmessa al prefetto la sentenza di condanna o il decreto penale, fugando ogni dubbio sulla possibilità che la confisca sia disposta-appunto- con decreto penale: così D'AURIA, Commento alla l. n. 120/2010, cit., p.1281).

²⁵⁷ Trib. Brescia, Sez. ries., 21 settembre 2010 (n. 81/10 mod. 18). Si noti che una soluzione analoga, muovendo dalla riconosciuta natura penale della confisca prevista per l'ipotesi di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcoolimetrici, prevista all'art.186, comma 7m ritenuta assimilabile alla confisca prevista dal comma 2 del medesimo articolo per il reato di guida in stato d'ebbrezza, era stata affermata da Sez.un., 25 febbraio 2010, n. 23428, Caligo (in Foro it., 2010, II, c.491 ss., con nota di TURCO, cui si rinvia per ulteriori richiami giurisprudenziali), che aveva annullato l'ordinanza di annullamento del

A primo impatto questa soluzione sembrerebbe prefiggersi finalità di coerenza: se la misura è (sostanzialmente) punitiva, deve essere utilizzata, come si sostiene, il relativo corredo processuale, anche in relazione all'ambito delle cautele²⁵⁸. Tuttavia considerare questa soluzione obbligata ai sensi dei criteri stabiliti dalla giurisprudenza europea appare eccessivo: le istruzioni dei giudici di Strasburgo si circoscrivono alla preoccupazione di fornire delle dovute garanzie sostanziali (e processuali) desumibili dai principi convenzionali, una misura dal contenuto effettivamente punitivo, preoccupazione che, laddove non accettata dal legislatore interno, implicherebbe la violazione dei principi stessi, e la conseguente condanna dello Stato. Una volta assicurate queste minime garanzie base, ne discende la discrezionalità del singolo ordinamento nell'organizzazione dello stesso, della comprensione reciproca per le difformità sistematiche, della libertà di

decreto di sequestro preventivo, ritenendola fondata sulla corretta considerazione che la cautela reale cui al comma 2 dell'art.321 c.p.p. sarebbe riferita alle sole ipotesi di confisca penale, ma sul non condivisibile presupposto che la confisca prevista dal comma 7 dell'art. 186 c.strad. sarebbe una sanzione accessoria e non una sanzione di natura penale. Soluzione opposta a quella patrocinata dall'ordinanza del Trib. Brescia, cit., sembra però seguita dalla giurisprudenza prevalente: oltre a Trib. Roma, Sez. ries., 16 settembre 2010 e Trib. Pisa, 4 ottobre 2010 (citate da D'AURIA, Commento alla l. n. 120/2010, cit., p.1281, n.16), si segnalano due decisioni del giudice delle indagini preliminari presso il Trib. Bologna, 15 settembre 2010 (g.i.p. dott. Santucci), e 16 settembre 2010 (g.i.p. dott. Giangiacomo), inedite, che hanno riconosciuto, sulla scia del *novum* legislativo (la citata l. 29 luglio 2010, n. 120), natura di sanzione amministrativa accessoria della confisca del veicolo nelle ipotesi, rispettivamente, di guida in stato di ebbrezza e di rifiuto di sottoporsi agli accertamenti alcoolumetrici, negando l'applicabilità del sequestro di cui all'art. 321, comma 2, c.p.p. (ma non, pur solo a livello di obiter dictum, la diversa fattispecie del sequestro impeditivo di cui al comma 1 del medesimo art. 321 c.p.p.); peraltro, con riferimento ai casi oggetto di giudizio , relativi a condotte realizzate precedentemente all'entrata in vigore delle riforma da ultimo citata, i giudici bolognesi hanno non di meno ammesso il sequestro (e la confisca) del veicolo ritenendo , ai sensi dell'art. 2, comma 4, c.p., più favorevole "in concreto" la precedente disciplina (comprensiva della confisca " penale", tale da legittimare appunto il sequestro preventivo), posto che l'opzione per il nuovo trattamento sanzionatorio implicante la confisca(non più penale bensì)amministrativa, avrebbe come effetto l'applicazione di una pena principale (detentiva) più elevata (diversamente, sul punto la Sez. IV, 4 novembre 2009-16 novembre 2010, cit., ha ritenuto la nuova disciplina più favorevole, accogliendo una applicazione non unitaria ma frazionata e considerando l'inquadramento amministrativo della nuova confisca più favorevole).

²⁵⁸ A parere del giudice bresciano, diverse sarebbero le ragioni a sostegno della natura di "pena accessoria" della confisca del veicolo: da un lato l'esplicita previsione che la confisca è disposta con la sentenza di condanna o di applicazione di pena (art. 186, comma 2, lett. c), c. strad.) e che "le disposizioni relative alle sanzioni accessorie di cui ai commi 2 e 2 bis si applicano anche ai casi di applicazione della pena su richiesta delle parti" (art. 186, comma 2-quater. c.strad.); dall'altro, la circostanza che la stessa confisca possa essere revocata dal giudice penale, a seguito dell'esito positivo del lavoro di pubblica utilità (pena sostitutiva della pena detentiva e pecuniaria- art. 186, comma 9-bis, c strad.) e della pronuncia di estinzione del reato.

autodeterminazione del proprio ordinamento e della "*sustainable diversity*"²⁵⁹.

Ciò premesso, dunque, dal punto di vista del sistema convenzionale, il richiamo allo strumento del sequestro preventivo penale potrebbe essere spiegato se si ritenesse il sequestro amministrativo inadeguato a tutelare le garanzie enunciate dall'art. 6 CEDU, sempre in base all'interpretazione giurisprudenziale proposta dalla Corte europea, indicando in questo senso la strada dell'interpretazione conforme, laddove possibile, o invece, la questione di illegittimità costituzionale²⁶⁰.

Mentre se si sostenesse, che le modalità stabilite per l'autorità amministrativa nell'ordinare la misura, la relativa procedura (art. 224 ter e art. 213 c.strad.) e i mezzi di ordinaria opposizione (art. 205 c. strad.), si conformano comunque alle garanzie convenzionali, non esisterebbero motivi per non osservare le scelte legislative, e il modello formale su cui sono modellate.

In questa visione, e in base a questi limiti, quindi, può essere approvata la più recente posizione della Cassazione, che ha affermato di riconoscere nuovamente alla confisca stabilita per la più grave ipotesi di guida in stato di ebbrezza (e per il reato di guida sotto l'effetto di sostanze stupefacenti), natura di "*sanzione (accessoria) amministrativa*"²⁶¹.

²⁵⁹ H.P. GLENN, *Legal tradition of the World*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 331.

²⁶⁰ Del resto, e solo per inciso, la stessa coerenza sistematica della scelta di individuare nel sequestro preventivo l'istituto pertinente per una ipotesi speciale di confisca di contenuto sanzionatorio/afflittivo potrebbe sollevare non poche perplessità, posto che proprio la progressiva (e definitiva) emancipazione dalla costellazione delle misure di sicurezza, e l'annessione all'universo delle "pene patrimoniali", suggerirebbe semmai il richiamo al diverso istituto processuale del sequestro conservativo (art. 316 c.p.p.), che come noto opera sulla base di altri presupposti (e con altri limiti).

²⁶¹ Il riferimento è a Sez. IV, 22 settembre 2010 (dep. 2 novembre 2010), n. 38569, secondo la quale "l'0 specifico richiamo negli artt. 186 e 187, come novellati, all'art. 224 ter- introdotto, come detto, proprio dalla richiamata l. n. 120 del 2010- induce a ritenere, alla stregua di una interpretazione organica delle norme di riferimento, che alla confisca, prevista per la più grave ipotesi di guida in stato di ebbrezza, nonché per il reato di guida sotto l'effetto di stupefacenti, debba ora riconoscersi natura di sanzione (accessoria) amministrativa, e non più penale come in precedenza, sciogliendo dubbi interpretativi, era stato affermato dalle Sezioni unite di questa Corte (sent. 25 febbraio 2010, in C.E.D. Cass., n.247042) e dalla Corte costituzionale (sent. n. 196/2010). Sulla scorta delle nuove disposizioni normative (l- n. 120

D'altronde, se è vero che tale riconoscimento si pone in contrasto frontale con la soluzione avallata dalla citata pronuncia delle Sezioni unite, lo stesso non tocca, la scelta della Corte costituzionale, poichè nell'ottica della decisione che qui si considera non importa tanto la "*natura in sè*" della confisca suddetta, quanto la "*natura nella prospettiva di talune precipue garanzie (degli artt. 6 e 7 CEDU): profilo non squisitamente ontologico, ma funzionale e relazionale*".

Ciò premesso *de lege lata*, è ovvio che toccherebbe al legislatore il dovere di ricomporre una simile Babele qualificatoria in prospettiva *de lege ferenda*, e ciò dovrebbe avvenire seguendo in maniera conforme le indicazioni sostanzialistiche onde evitare di far rientrare nel sistema

del 2010, art. 33, che ha modificato gli artt. 186 e 187c. strad.) deve pertanto escludersi che, in vista della confisca, possa procedersi al sequestro preventivo del veicolo ai sensi dell'art. 321, comma 2. c.p.p. apparendo pacifico, in base all'iter disegnato nell'art. 224- ter c. strad., che il sequestro ai fini di confisca del veicolo non può essere disposto dal giudice penale, «a deve essere operato esclusivamente dall'autorità amministrativa, stante, appunto il chiaro tenore letterale della norma citata». In senso analogo, si veda anche Sez. IV, 4 novembre 2009- 16 novembre 2010, cit., la quale pure ha riconosciuto natura di sanzione amministrativa accessoria all'ipotesi di confisca prevista per l'ipotesi de qua, evidenziando, oltre a varie ragioni di stretta interpretazione, ragioni di ordine sistematico, in un contesto che però lascia tuttora trasparire una spiccata problematicità (messa in luce dalla stessa Corte quando rileva che "ove si dovesse ritenere che la confisca in questione abbia conservato la sua originaria natura penale, ci si troverebbe di fronte ad una evidente aporia sistematica e ad una disciplina abnorme e costituzionalmente illegittima: la procedura incidentale inerente al sequestro, finalizzata all'irrogazione di una pena accessoria, sarebbe solo amministrativamente prevista e disciplinata, del tutto arbitrariamente sottratta alla giurisdizione penale, ai suoi principi ed alle sue garanzie"). Sulla base di tali premesse, la Corte si impegna ovviamente anche a risolvere i relativi profili di "diritto transitorio" rilevando, anzitutto, come "l'entrata in vigore della (ennesima) modifica, (...), pone rilevanti problemi interpretativi per quel che concerne i procedimenti in corso riguardanti confische, ovviamente per i reati in questione, nonchè per i procedimenti cautelari reali relativamente ai quali è sub *iudice* l'accertamento della legittimità o meno del sequestro preventivo disposto ai sensi dell'art.321, comma 2, c.p.p. finalizzato alla confisca (in precedenza ritenuta di natura penale) in caso di condanna per i reati stessi (...)!», appunto "in mancanza di norme transitorie". Al riguardo, si precisa che "la nuova normativa ha comportato certamente una modifica sostanziale dell'istituto di riferimento (il sequestro), che non ha più natura penale, ma amministrativa, ed il cui presupposto legittimante, perciò, non è più da rinvenire nel provvedimento impositivo della misura non può più essere delibata, oggi, alla stregua dei risvolti e nelle sue connotazioni amministrative": La conclusione è che "la modifica dell'istituto in argomento ha comportato, dunque, il difetto di giurisdizione del giudice penale, il quale è privo ora del potere cognitivo al riguardo", con conseguente annullamento senza rinvio dell'ordinanza che aveva rigettato l'istanza di riesame contro il decreto di sequestro. Peraltro, si specifica altresì che "non può invece ritenersi caducato il vincolo reale apposto sul veicolo, in quanto disposto nell'osservanza delle norme procedurali vigenti al momento della sua imposizione", precisando tuttavia che "deve peraltro essere assicurato all'interessato il compiuto esercizio del suo diritto al vaglio, nella sede amministrativa cui la nuova legge ha attribuito competenza esclusiva in tema di sequestro finalizzato alla confisca amministrativa, della fondatezza o meno della tesi circa l'asserita appartenenza del veicolo a persona estranea al reato: affinché ciò sia reso possibile, al ricorrente deve essere notificata copia della presente sentenza ai fini dell'eventuale opposizione ex art. 205 c. strad.".

fattispecie "*anfibologiche*" ed intimamente contraddittorie; tutto ciò per evitare l'insorgere di possibili nuove violazioni degli obblighi convenzionali, al fine di eliminare il rischio di ricorsi seriali.

Comunque , nonostante determinati ambiti di incertezza, il sipario calato dalla Corte costituzionale, con la suddetta decisione, su tipologie di "*frode delle etichette*" finalizzate a aggirare le garanzie del *nullum crimen* costituisce solo un elemento di un meccanismo ben più complicato. Gli ingranaggi sono molteplici: la Corte europea, i tribunali costituzionali nazionali, i singoli giudici interni, di legittimità come di merito²⁶²; se questi ultimi avranno il compito di rilevare delle incongruenze che evidenziano la distanza da colmare tra l'ordinamento domestico e la quotazione garantistica stabilita a Strasburgo, il giudizio di costituzionalità sarà il metro interpellato a determinare i modi e le tempistiche dell'adeguamento, ed a controllare quel bilanciamento con i principi costituzionali potenzialmente contrastanti che la gerarchizzazione della CEDU che nel sistema costituzionale italiano momentaneamente impone.

Nonostante tutto , vi è chi crede in una possibile accelerazione dei rapporti tra Convenzione europea e diritto interno nello svolgimento di "comunitarizzazione" della CEDU, spronato dai più recenti sviluppi istituzionali risultanti dal Trattato di Lisbona²⁶³: questo processo avrebbe come finalità di rilanciare, in particolare, la teoria della diretta applicabilità

²⁶² Il dialogo , nelle sue diverse ricadute, comincia ad attirare la crescente attenzione dei penalisti: si veda, da ultimo, la riflessione di INSOLERA, *Luci ed ombre del diritto penale vivente. Tra legge e diritto delle Corti*, in corso di pubblicazione in Scritti in onore di M. Romano.

²⁶³ Come noto, lo starting point starebbe nell'art. 6 del riformato Trattato UE, il quale, oltre a prevedere, nel comma 2, che l'Unione aderisce alla CEDU e che tale adesione non modifica le competenze dell'unione come definiti nei trattati, stabilisce altresì, al comma 3, che "I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali" (per una riflessione autorevole, nella più ampia prospettiva dell'adesione dell'UE alla CEDU, cfr. ZAGREBELSKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, dattiloscritto, in ptc. p.ss.)

delle norme convenzionali²⁶⁴ con la conseguenza della operatività degli istituti di risoluzione delle antinomie sempre più raffinati e riconosciuti nei confronti dei giudici interni davanti ai rapporti tra diritto comunitario e diritto (anche penale) nazionale, primo tra questi il potere/dovere di disapplicazione della norma interna divergente con la norma sovranazionale (potere che finora era sempre stato negato da parte della giurisprudenza costituzionale).

Questo rapido cambiamento, già autorevolmente messo in dubbio,²⁶⁵ abbisogna di essere controllato scrupolosamente nei suoi requisiti istituzionali e nei riflessi sistematici, in particolare per escludere le contraddizioni che lo accompagnerebbero²⁶⁶, ancor prima di prendere in

²⁶⁴ Nonostante impostazioni di diverso segno a più riprese avanzate da taluni giudici comuni (cfr. anche per i richiami, GUZZAROTTI, I giudici comuni della CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione, in Quad. cost., 2003, p. 25 ss.), la giurisprudenza costituzionale è costante nel rifiutare la tesi della diretta applicabilità delle disposizioni CEDU in eventuale sostituzione della norma interna contrastante: oltre alle già citate sentenze n. 348 e 349 del 2007, si vedano, ad esempio, le sentenze n. 308/2008 (punto 7) e n. 311/2009 (punto 6).

Peraltro, la tesi della immediata applicabilità dei principi convenzionali affiora, pur senza particolari argomentazioni sul punto della accennata "comunitarizzazione", in talune recenti decisioni: si veda, in particolare, Cons. Stato, Sez. IV, 2 marzo 2010, dep. 2 marzo 2010, Comune di Merano c. Tirelli Massimiliano ed altri, dove si afferma appunto doversi "fare applicazione dei principi delle affettività delle tutela giurisdizionale, desumibili dall'art. 24, Cost. e dagli artt. 6 e 13 CEDU, divenuti direttamente applicabili nel sistema nazionale, a seguito della modifica dell'art. 6 del Trattato, disposta dal Trattato di Lisbona, entrato in vigore il 1 dicembre 2009" (per una nota critica, cfr. CELOTTO, Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?, in www.giustamm.it); Tar Lazio, Sez. II-bis, 18 maggio 2010, n.1984 (per un sintetico commento ad entrambe le pronunce si veda D'ANGELO, "Comunitarizzazione" dei vincoli internazionali CEDU in virtù del Trattato di Lisbona? No senza una *expressio causae*, in www.forumcostituzionale.it, 2010; di segno opposto, invece, la posizione di M.C. VILLANI, La rinnovata battaglia dei giudici comuni a favore della diretta applicabilità della CEDU. Tra presunta "comunitarizzazione" dei vincoli convenzionali e crisi del tradizionale modello di controllo accentrato della costituzionalità, in www.federalismi.it).

²⁶⁵ Tra gli altri, da CELOTTO, Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?, cit., che rileva anzitutto come l'adesione dell'Unione europea alla CEDU, per un verso, debba in realtà ancora avvenire secondo le procedure previste dal Protocollo n. 8 e, per altro verso, che tale adesione non comporterà comunque l'equiparazione della CEDU al diritto comunitario bensì, semplicemente, una utilizzabilità delle norme convenzionali quali "principi generali" del diritto dell'unione al pari delle "tradizioni costituzionali comuni" agli Stati membri. La conclusione perentoria dell'A. è che "il Trattato di Lisbona nulla ha modificato circa la (non) diretta applicabilità nell'ordinamento italiano della CEDU che resta, per l'Italia, solamente un obbligo internazionale, con tutte le conseguenze in termini di interpretazione conforme e di prevalenza mediante questione di legittimità costituzionale, secondo quanto già riconosciuto dalla Corte costituzionale".

²⁶⁶ Una delle aporie più segnalate è quella che vedrebbe il diritto nazionale adottato in esecuzione di obblighi comunitari assistito da garanzie (di matrice convenzionale) dotate di uno statuto più vincolante (quello proprio del "diritto comunitario", che finirebbe per incorporarle) rispetto ad analogo diritto nazionale "estraneo" all'ambito del diritto UE. Un simile paradosso è efficacemente sintetizzato da

considerazione le conseguenze applicative, che perciò, oltre a comportare di fatto un controllo di costituzionalità "*diffuso*" sulle ragioni di conformità all'ordinamento convenzionale, rimesso completamente ai giudici interni, nell'ambito penale compaiono sin d'ora particolari problematiche²⁶⁷.

Queste particolari problematiche possiamo riassumerle se si prende in considerazione la teoria dottrinale che nella trama convenzionale EDU non solo si preoccupa delle garanzie per il colpevole (artt.6 e 7 CEDU), ma anche dei precisi obblighi di assistenza nei confronti delle vittime, e segnatamente "*obblighi di criminalizzazione*" (Ponalisierungsgebote) desumibili, ad esempio, dal diritto alla vita (art.2) o dal divieto di trattamenti inumani e degradanti (art.3), che sfocerebbero nell'obbligo di organizzare un livello di tutela penale "*adeguata*" contro condotte lesive dei diritti stessi²⁶⁸, semmai eliminando elementi che potrebbero limitare l'operatività di alcune fattispecie incriminatrici, ovvero che dilatano eccessivamente l'operatività di situazioni scriminanti.

Di preciso, da questo punto di vista, nel caso in cui l'ordinamento domestico non garantisca una tutela considerata idonea, ciò comporta nuovi peculiari problemi in relazione alle questioni in *malam partem*, rivolti a radicalizzarsi se trovasse corrispondenza un potere/dovere di disapplicazione diretta potenzialmente riconosciuto al giudice interno anche davanti ai principi della CEDU.

ZAGRELBESKY, *La prevista adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, cit. p. 7: "(...) Come distinguere (che senso ha distinguere), quanto alla garanzia dei diritti previsti dalla Convenzione, un arresto eseguito secondo la sola normativa nazionale da un arresto effettuato per dar seguito a un mandato europeo?"

²⁶⁷ Nella prospettiva penalistica, si rinvia ai contributi di SOTIS, *Convezione europea dei diritti dell'uomo e diritto comunitario*, e di MANACORDA, *La carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea come limite garantistico all'intervento penale*, entrambi in AA.VV., *La convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit.

²⁶⁸ Per un ampio quadro d'insieme, si rinvia a F.VIGANO', *Obblighi convenzionali di tutela penale?*, in AA.VV., *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento penale italiano*, cit.; per alcune interessanti esemplificazioni relativamente alle famigerate vicende accadute all'interno della caserma di Bolzaneto e della scuola Diaz nell'occasione del G8 del 2001, si veda altresì il ricco saggio di COLELLA, *C'è un giudice a Strasburgo*, in Riv. it. dir. e proc. per., 2009, p. 101 ss.

Tuttavia ,adesso, dovrebbero valere le convinzioni stabilizzate nelle evoluzioni dei rapporti tra diritto penale e diritto comunitario, laddove il principio di legalità (art. 25, comma 2 Cost.) esclude conseguenze sfavorevoli nei confronti del singolo, siano esse derivanti da obblighi comunitari di garanzia²⁶⁹, siano esse desunti da obblighi convenzionali di tutela: un limite contro interpretazioni convenzionalmente conformi con effetti in *malam partem*, ed uno spazio molto ristretto per l'asserzione di simili questioni dinnanzi alla Corte costituzionale²⁷⁰.

Quest'ultime, specialmente, sembrano ancora iscriversi, utilizzando il linguaggio proprio della tesi del diritto internazionale, in un conflitto "*non arbitrabile*", o politico (che del resto nella riflessione kelseniana era tale anche solo perchè una delle due parti della controversia non ha inteso deferirlo ad una istanza obiettiva, mantenendo la propria "riserva" sul punto)²⁷¹.

Sotto questo punto di vista,insomma, il limite, allo stato, appare delineato in modo netto.

Il diritto internazionale, in un lasso di tempo breve, si è trasformato da "*una sinossi di accordi tra Leviatani ad uno strumento spesso immediatamente operativo e vincolante (non solo per gli Stati) per i singoli, in un ordinamento giuridico oggettivo persino capace, in taluni*

²⁶⁹ In questi termini , si veda, con chiarezza perentoria, Sez. un., 25 giugno 2009 (dep. 6 ottobre 2009), n. 38691, Caruso, cit.; sul punto, oltre alla considerazioni espresse in nota a tale decisione (MANES, Nessuna interpretazione conforme al diritto comunitario con effetti in *malam partem*,cit.), si rinvia anche alle considerazioni di VIGANO', Il giudice penale e l'interpretazione conforme alla norme sovranazionali, in corso di pubblicazione in Scritti in onore di M. PISANI, in ptc. p. 38 ss. del dattiloscritto.

²⁷⁰ Questioni che potrebbero al più avere accesso nei termini restrittivi di cui alla nota decisione sul c.d. norme penali di favore: C. cost. n. 394/2006. Sul fronte degli obblighi comunitari, nonostante le peculiarità del caso di specie, va altresì considerata l'ulteriore apertura dischiusa da Corte n. 28/2010, in materia di ceneri di pirite (in Giur. cost., 2010, p.382 s., con nota di CELOTTO, Venisti tandem" La Corte finalmente, ammette che le norme comunitarie sono "cogenti e sovraordinate") e in questa rivista, retro, n.3, con nota di FRANZIN.

²⁷¹ Si veda, a margine della polemica con C. Schmitt sul carattere "politico" della giurisdizione costituzionale, e sulla sua stessa natura di "vera giurisdizione", KELSEN, Chi dev'essere il custode della Costituzione?, in KELSEN, La giustizia costituzionale, trad. ita ., Giuffrè, 1981, p. 229 ss., 243.

casi, di conferire soggettività internazionale agli individui"²⁷², introducendoli in un meccanismo che, nel caso del sistema convenzionale, la riconosciuta "*giustiziabilità costituzionale rende compiutamente obbligatorio*".

Esso è quindi cambiato da *jus inter partes* (e *inter potestates*) a *jus super partes* acquisendo, nello stesso tempo, preminenza nelle costituzioni formali e materiali dei singoli ordinamenti, e un tale cambiamento ha avuto come epifenomeno un graduale passaggio di consegne, descritto, "*dalle spade alle feluche*", e poi ancora "*alle toghe*"²⁷³: ai giudici ora l'arduo compito di individuare ogni applicazione concreta di un resistente aggancio con i "controlimiti" costituzionali, senza danni.

²⁷² Uno strumento tanto operativo e penetrante da essere ormai, come la stessa Corte europea, "vittima del suo successo" cfr., sul punto, le autorevoli riflessioni di ZAGREBELSKY, L'avvenire del sistema europeo di protezione dei diritti umani affidato per ora al Protocollo n. 14-bis, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n.3. 2009, p. 469 ss.

²⁷³ CASSESE, I tribunali di Babele, Donzelli, 2009, p. 31 ss.

3.5 Decisione quadro 2005/212

La decisione quadro 2005/12 sulla confisca di beni strumenti e proventi di reato si proponeva di realizzare un ambizioso risultato: permettere l'applicazione generalizzata della confisca dei beni non direttamente collegati al reato negli Stati membri e creare una disciplina comune in ordine agli aspetti applicativi ed esecutivi della confisca stessa²⁷⁴.

Tale decisione è intervenuta *in primis* sulla disciplina dell'onere della prova, introducendo importanti novità. L'art. 5 del Preambolo afferma, infatti, *“la possibilità di mitigare, nell'abito del diritto penale, civile o fiscale, a seconda dei casi, l'onere della prova per quanto concerne l'origine dei beni detenuti da una persona condannata per un reato connesso con la criminalità organizzata”*. Ne consegue che sarà compito del proprietario del bene dimostrarne la legittima provenienza del bene esonerando l'accusa dal compito di dover provare la provenienza illecita dello stesso.²⁷⁵

Orbene, tale decisione, proprio per il suo contenuto innovativo, ha raggiunto un traguardo di notevole importanza nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia: ha permesso, infatti, agli Stati membri di prevedere la disciplina della confisca per equivalente in via sussidiaria, lasciandoli liberi di escluderla nei casi in cui riguardi beni aventi un valore inferiore a 4.000 euro²⁷⁶.

²⁷⁴ G. IUZZOLINO, *Per conformarsi agli standard europei leggi di attuazione entro il 15 giugno 2007*, in *Guida al diritto*, 2005, n. 3 p. 35 ss.

²⁷⁵ S. BUZZELLI- O. MAZZA, *Codice di procedura penale europea*, Milano, 2005 p. 393 ss. Gli Autori affermano che Tale atto, adottato sulla base dei principi fissati nell'azione comune 98/699 del 3 dicembre 1998 sul riciclaggio di denaro e l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o il sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato, prevede sia la confisca di proprietà sia quella di valore, consentendo quindi la possibilità di confiscare beni per un valore corrispondente ai proventi del reato .

²⁷⁶ G. IUZZOLINO, *L'armonizzazione della confisca*, in *Aa. Vv., Diritto penale europeo e ordinamento italiano*, Milano, 2006, p. 353 ss.

Da quanto premesso, si comprende che lo scopo perseguito dall'Unione Europea era di procedere all'armonizzazione della disciplina della confisca in modo da conferire a tale istituto oltre la funzione afflittiva anche quella di strumento di prevenzione²⁷⁷. Il Consiglio d'Europa solo in questo modo è riuscito ad accantonare le difficoltà tecniche e a creare una disciplina generale sulla confisca per tutti i reati.

Una conferma di quanto detto si rinviene proprio nell'art. 9 del Preambolo della decisione suindicata nel quale si legge che “ *gli strumenti esistenti in questo settore non hanno assicurato in misura sufficiente un'efficace cooperazione transfontaliera in materia di confisca, in quanto vi sono ancora vari Stati membri che non possono confiscare i proventi di tutti i reato punibili con una pena privativa della libertà superiore a un anno*”.²⁷⁸

Gli accordi internazionali che si erano susseguiti, del resto, avevano previsto lo strumento della confisca limitatamente ai reati espressamente disciplinati da tali atti come si evince dalla Convenzione del 20 dicembre 1988 contro il traffico illecito di stupefacenti e sostanze psicotrope, che all'art. 5 ne aveva previsto l'applicabilità solo in ordine ai proventi derivanti dai reati indicati all'art. 3²⁷⁹.

In questo senso anche la Convenzione sulla lotta alla corruzione di pubblici ufficiali stranieri nelle operazioni commerciali internazionali, adottata a Parigi dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico il 17 dicembre 1997. Per quanto riguarda le sanzioni tale atto ha previsto all'art. 3 che “ *ciascuno Stato parte adotta le misure necessarie*

²⁷⁷ F. PAGANI, *La cooperazione tra gli Stati in materia di confisca dei proventi di reato e lotta al riciclaggio*, Padova, 1995, p. 45 ss.

²⁷⁸ G. IUZZOLINO, *Per conformarsi agli standard europei leggi di attuazione entro il 15 giugno 2007*, cit., p. 50 ss.

²⁷⁹ F. PAGANI, *La convenzione delle Nazioni Unite contro il traffico illecito di stupefacenti e di sostanze psicotrope del 20 dicembre 1988*, Padova, 1995, p. 70 ss.

*per assicurare che gli strumenti e i proventi della corruzione di un agente pubblico straniero o i beni di valore equivalente a tali proventi possano (...) essere oggetto di confisca”.*²⁸⁰

La decisione in esame segna, pertanto, un cambiamento di rotta non solo perché prescinde del reato a cui afferisce, ma anche perché in alcuni casi presume *sic et simpliciter* la natura illecita di alcuni beni appartenenti ai familiari del condannato.

Tuttavia, la novità più significativa introdotta dalla decisione quadro 2005/212 riguarda il riconoscimento di tutte le forme di confisca sia in ordine agli strumenti di reato, sia dei proventi o in alternativa dei beni il cui valore corrisponde ai proventi. L’art. 2 stabilisce, infatti, per gli Stati membri l’obbligo di adottare le misure necessarie “*per poter procedere alla confisca totale o parziale di strumenti o proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi*”. La decisione si preoccupa anche di dare una puntuale definizione del concetto di bene, infatti, nell’art. 1 vengono definiti gli oggetti “*di qualsiasi natura, materiale o immateriale, mobile o immobile, nonché i documenti legali o gli strumenti comprovanti il diritto di proprietà o di altri diritti sui predetti beni*”²⁸¹.

Da tale definizione emerge una differenza fondamentale: il concetto di bene non è in alcun modo collegata al reato al quale si riferisce, mentre quello di provento e di strumento, sono strettamente legati ai vantaggi economici derivanti dai reati.

²⁸⁰ G. SACERDOTE, *La Convenzione OCSE del 1997 e la sua laboriosa attuazione in Italia*, in G. SACERDOTI (a cura di), *Responsabilità d’impresa e strumenti internazionali anticorruzione*, Milano, 2003, p. 71 ss; L. SALAZAR, *Profili penalistici sull’attuazione in Italia delle Convenzioni anticorruzione dell’OCSE e dell’Unione Europea*, Milano, p. 137 ss.; M. CASTELLANETA, *Corruzione nel rapporto comparativo dell’OCSE più ombre che luci nelle leggi di attuazione*, in *Guida al diritto*, 2006, n. 4, p. 13 ss.

²⁸¹ Nella Risoluzione legislativa del 26 settembre 2002, il Parlamento europeo aveva, invece, proposto di adottare la seguente formulazione “*di beni il cui valore corrisponda a tali proventi in misura proporzionale al reato accertato*”.

Con questa scelta, il Consiglio UE ha potuto applicare la confisca per equivalente in modo generalizzato senza più considerarla come strumento sussidiario e non prendendo più in considerazione la tipologia di reato per cui è prevista la sua applicazione.

Per garantire questo risultato ed evitare trattamenti sanzionatori differenti nei Paesi membri si è deciso di indicare direttamente all'interno della decisione quadro la nozione di confisca senza la possibilità di rimetterla alle legislazioni degli Stati membri.

L'art.1, infatti, definisce la confisca come *“una sanzione o una misura ordinata da un'autorità giudiziaria a seguito di un procedimento per uno o più reati che consiste nel privare definitivamente di un bene”*.

Ne consegue che a livello europeo, la confisca è utilizzata sia come sanzione sia come misura di sicurezza. La conferma di quanto affermato è data dall'art. 2 che lascia liberi gli Stati membri di stabilire i casi in cui bisogna ricorrere alla confisca di strumenti e quelli in cui ritiene necessario utilizzare la confisca per equivalente.

Il tenore letterario di quest'ultima disposizione pone, però, alcuni problemi interpretativi a causa della congiunzione “o”: gli interpreti potrebbero leggere le tre fattispecie di confisca in un ordine sussidiario in cui quella per equivalente costituirebbe l'ultima forma da utilizzare.

Questa teoria è avallata dalla presenza da alti due elementi che non fanno altro che confermare l'ipotesi che gli Stati debbano prevedere la confisca per equivalente solo in via sussidiaria. Innanzitutto l'art. 2 separa la confisca di strumenti o proventi *“di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno”* da quella che riguarda i beni. L'altro dato da cui si desume il carattere sussidiario della confisca per equivalente si rinviene nell'art. 3 che prevede la confisca dei beni detenuti da una

persona condannata solo in relazione a specifici reati senza fare alcun riferimento alla loro provenienza.

In base a quanto premesso, si può, quindi, affermare che il raggio d'azione che la decisione quadro 2005/212 conferisce alla confisca è sicuramente più ampio rispetto a quello che gli veniva accordato dagli altri atti internazionali, dato che permette di applicare tale strumento ablatorio a tutti i reati puniti con una reclusione superiore ad un anno, con l'esclusione dei reati fiscali. Per quest'ultimi reati l'art. 2, comma 2, consente agli Stati membri di *“ricorrere a procedure diverse dalle procedure penali per privare l'autore del reato dei proventi che ne derivano”*²⁸².

L'ultimo elemento idoneo a dimostrare l'ampia applicabilità della confisca è dato dalla risoluzione legislativa del 2002²⁸³ in cui non è stato accolto l'emendamento del Parlamento europeo in base al quale la confisca doveva essere ordinata da un giudice.

Nella versione finale, è stata accolta la proposta della Danimarca, per la quale la confisca deve essere ordinata da un'autorità giudiziaria. Da ciò ne conseguiva che la misura ablatoria avrebbe potuto essere applicata dai magistrati giudicanti, ma anche da quelli inquirenti attenuando di conseguenza le garanzie per lo stesso imputato.

Nonostante la mancata approvazione dell'emendamento del Parlamento europeo, il testo della risoluzione presta un'adeguata attenzione alla tutela dei diritti dei soggetti interessati a tale misura. Gli Stati, infatti, devono adottare tutte le misure che risultano necessarie ad assicurare ai destinatari del provvedimento la possibilità di utilizzare *“gli effettivi mezzi giuridici a tutela dei propri diritti”* e prevedere, all'interno delle

²⁸² GUCE C 184 del 2 agosto 2002, p. 3 ss. Nel testo iniziale presentato dalla Danimarca non si prevedeva alcuna situazione privilegiata per i reati fiscali

²⁸³ Il testo della Risoluzione è pubblicato in GUCE C 25E del 29 gennaio 2004, p. 203 ss.

legislazioni nazionali gli strumenti giurisdizionali per l'accertamento della legittimità del provvedimento in base a combinato disposto dell'art. 6 TUE e dell'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, adottata a Nizza il 7 dicembre 2000. A tal proposito è utile ricordare che gli Stati membri hanno altresì aderito alla CEDU il cui art. 13 dispone che ogni persona *“i cui diritti e le cui libertà riconosciute nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale (...)”*

Il rispetto dei diritti fondamentali dell'uomo è infine garantito dall'art. 5 che impone agli Stati di lasciare inalterato l'obbligo di rispettare i diritti e i principi fondamentali sanciti dall'art. 6 del Trattato sull'Unione Europea, tra cui, in particolare, la *“presunzione d'innocenza”* fermo restando il richiamo ai diritti fondamentali individuati nelle decisioni adottate nell'ambito del terzo pilastro che sono rappresentati nel principio del giusto processo, dal diritto di proprietà.

In ordine ai reati più gravi la decisione quadro ha fissato una disciplina comune secondo cui gli Stati sono tenuti a inserire nel proprio ordinamento la confisca immediata dei beni, omettendo la preventiva ablazione dei proventi e degli strumenti del reato oggetto del provvedimento²⁸⁴.

La disciplina così configurata, però, prescinde dal considerare la pericolosità oggettiva della cosa venendo la confisca utilizzata come strumento sanzionatorio che consegue ad un giudizio di colpevolezza in sede penale pur mantenendo intrinsecamente una finalità preventiva.

²⁸⁴ G. IUZZOLINO, *cit.*, p. 357. L'Autore in merito ai poteri estesi della confisca afferma che *“l'effetto ablativo colpisce non già i proventi e gli strumenti del reato, bensì i beni detenuti dalla persona condannata e riconducibili ad attività criminose diverse da quella per la quale è intervenuta la condanna”*. Quindi, per l'A., il bene deve in ogni caso essere il frutto di un'attività illecita, seppur diversa da quella per la quale è stata comminata la condanna e la confisca.

L'art. 3 prevede che siano adottate negli ordinamenti nazionali *“almeno le misure necessarie per poter procedere, nei casi di cui al paragrafo 2, alla confisca totale o parziale dei beni detenuti da una persona condannata”* per taluni reati regolamentati in specifiche decisioni quadro.

Tale richiamo potrebbe condizionare l'applicazione della confisca al previo recepimento degli atti europei soprattutto in tutti quei casi in cui i reati previsti all'interno dei singoli ordinamenti non coincidono con quanto stabilito a livello europeo. Quando si verifica questa discrasia la confisca non può trovare applicazione perché diversamente verrebbe violato il principio di legalità e di tassatività. Proprio per questo motivo la confisca non potrà essere applicata ai fatti che si sono verificati anteriormente all'entrata in vigore della legge che li abbia qualificati come reati.

La disciplina prevista *ex art. 3* presenta un carattere afflittivo tendente a rafforzare il carattere sanzionatorio della pena principale, anche se giova ricordare che l'applicazione di tale misura è subordinata alla presenza di alcune condizioni quali: la tipologia del reato, l'entità della pena e la finalità economica.

Secondo l'art. 3, lett. a), infatti, l'illecito che permette l'applicazione della misura ablatoria deve essere uno di quelli inclusi :

- * nella decisione quadro 2000/383 del 29 maggio 2000 che si occupava del rafforzamento della tutela per mezzo di sanzioni penali e altre sanzioni contro la falsificazione di monete in relazione all'introduzione dell'euro nel caso di reati;

- * nella decisione quadro 2001/500 del 26 giugno 2001 che si occupa del riciclaggio di denaro, dell'individuazione, del rintracciamento, del congelamento o del sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato;

* nella decisione quadro 2002/629 del 19 luglio 2002 sulla lotta contro la tratta degli esseri umani;

* nella decisione quadro 2002/946 del 28 novembre 2002 relativa al rafforzamento del quadro penale per la repressione del favoreggiamento dell'ingresso, del transito e del soggiorno illegali;

* nella decisione quadro 2004/68 del 22 dicembre 2003 che ha ad oggetto la lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pornografia infantile;

* e infine nella decisione quadro 2004/757 del 25 ottobre 2004 riguardante la fissazione di norme minime relative agli elementi costitutivi dei reati e alle sanzioni applicabili in materia di traffico illecito di stupefacenti.

I reati contemplati in questi atti devono essere commessi nell'ottica di un'organizzazione criminale che si realizza all'interno degli Stati membri in base alla definizione contenuta nell'azione comune 98/733/GAI del 21 dicembre 1998. Tali reati devono, inoltre, devono essere punibili con pene detentive massimo comprese almeno tra 5 e 10 anni e devono essere commessi con lo scopo di realizzare un profitto economico.

Da quest'ultimo elemento si denota che il fine cui è preordinata la confisca è quello di scalfire ogni risultato economico positivo conseguito con l'illecito, non limitandosi a colpire le mere conseguenze materiali del reato.

Secondo quanto affermato dalla decisione quadro 2002/475 del 13 giugno 2002 la confisca deve essere obbligatoriamente applicata, a prescindere dalla presenza dei requisiti suindicati: la fattispecie in esame si realizza quando il colpevole fa parte di un'associazione strutturata "*di più*

di due persone, stabilita nel tempo, che agisce in modo concertato allo scopo di commettere reati terroristici”(art. 3 , lett. b)²⁸⁵.

²⁸⁵ Art. 2 della decisione quadro 2002/475 “*il termine associazione strutturata designa un’associazione che non si è costituita fortuitamente per la commissione estemporanea di un reato e che non deve necessariamente prevedere ruoli formalmente definiti per i suoi membri, continuità nella composizione o una struttura articolata*”.

3.6 Applicabilità generalizzata della confisca

La decisione quadro 2005/212, pur non essendo stata recepita nel nostro ordinamento, è sicuramente destinata a incidere sulla disciplina della confisca che in Italia risulta particolarmente complessa dato la sua duplice natura di misura di prevenzione patrimoniale e di sanzione.

La normativa italiana, quindi, da una parte subirà dei cambiamenti a causa del recepimento di suddetta decisione, ma dall'altra è importante sottolineare che la disciplina attualmente vigente sia frutto di alcuni atti internazionali ratificati e recepiti dal nostro Paese proprio per realizzare un'effettiva cooperazione internazionale in materia fiscale.

A tal proposito, l'art. 735 *bis* c.p.c. è stato inserito per garantire l'esecuzione di un provvedimento straniero di confisca “*consistente nell'imposizione del pagamento di una somma di denaro corrispondente al valore del prezzo, del prodotto o del profitto del reato*”.

Con l'introduzione di questa norma si potranno eseguire *de plano* le richieste provenienti dall'estero riguardanti la confisca di valore e non solo quelle relative alla proprietà.

L'attenzione riservata dall'Unione Europea al tema in esame ha indotto il nostro Legislatore nel 2005 ha delegare al Governo il compito di riordinare la disciplina in materia di gestione e destinazione delle attività e dei beni sequestrati o confiscati ad organizzazioni criminali²⁸⁶.

L'acquisita consapevolezza che le misure di prevenzione patrimoniale, e in particolare la confisca, svolgono un ruolo decisivo nella lotta contro la criminalità organizzata hanno indotto il Legislatore delegante a creare un “*modello agile e convincente per il contesto europeo*”

²⁸⁶Documento della Commissione parlamentare d'inchiesta sul fenomeno della criminalità organizzata mafiosa o similare, presentato in Parlamento nella seduta del 19 ottobre 2005, intitolato “*Documento sulle problematiche concernenti il riordino della disciplina in materia di gestione e destinazione delle attività e dei beni sequestrati o confiscati ad organizzazioni criminali*”

ed internazionale, stimolando l'attivazione di un circuito virtuoso di assimilazione normativa che veda l'Italia, rispetto agli altri Paesi membri dell'UE, capofila di un monito di legalità, persuasivo e condiviso ”.

Pertanto, in questo clima di cambiamento, l'attuazione della decisione quadro 2005/212 andrà sicuramente ad incidere sulla disciplina che intende la confisca soprattutto come sanzione considerando che questo atto si occupa dei provvedimenti emessi nei confronti dei soggetti che, a seguito di giudizio, sono stati considerati colpevoli²⁸⁷.

Un aspetto che avrà una particolare incidenza su diritto interno attiene al fatto che il provvedimento ablativo verrà emesso a prescindere dalla presenza di una presunzione di pericolosità del bene poichè non viene data alcuna rilevanza al legame che può sussistere tra cosa e reato.

Tale criterio attualmente ha un carattere eccezionale nel nostro ordinamento, perché l'applicazione della confisca è subordinata alla presenza di un collegamento tra il bene oggetto della misura e l'illecito penale a cui afferisce. Esemplificativo in tal senso è l'art. 416 bis c.p. in ordine all'associazione di tipo mafioso, in base al quale è sempre obbligatoria la confisca del condannato *“delle cose che sono il prezzo, il prodotto, il profitto o che ne costituiscono l'impiego”*.

È bene, però, evidenziare, che la confisca per valore è iniziata ad diffondersi nel nostro ordinamento con la L. 7 agosto 1992 n. 356 con l'art. 12 *sexies* che ha convertito il decreto legge 8 giugno 1992 n. 306.

L'art suindicato, infatti, ha previsto per i reati in esso indicati *“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*

²⁸⁷ G. IUZZOLINO, *cit.*, p. 353 ss., L'Autore sostiene che *“grazie agli sforzi compiuti in direzione di una maggiore severità, l'allineamento tra il sistema italiano e le prescrizioni contenute nella decisione quadro sulla confisca armonizzata è in uno stadio molto avanzato”*.

in valore sproporzionato al proprio reddito, dichiarato ai fini delle imposte sul reddito, o alla propria attività economica”

Per quanto riguarda l’art. 240 c.p. il recepimento della decisione quadro determinerà un ampliamento dei soggetti destinatari delle conseguenze negative del provvedimento ablativo in quanto verranno coinvolti anche i beni appartenenti a persone estranee al reato secondo le condizioni indicate nell’art. 3, laddove si legge che lo Stato può *“prevedere la confisca totale o parziale dei beni acquisiti da persone con le quali la persona in questione ha le relazioni più strette (...)”*.

Lo stesso articolo, inoltre, prevedendo la confisca anche per quanto riguarda *“i beni trasferiti a una persona giuridica su cui la persona in questione (...) esercita un controllo”*, determina un ampliamento applicativo dell’art. 19 del D. Lgs. n. 231 dell’8 giugno 2001, relativo alla responsabilità amministrativa delle persone giuridiche nel quale viene disciplinata la confisca del prezzo o del profitto del reato, nonché nei casi in cui sia possibile la confisca di somme di denaro, beni o altre utilità di valore equivalente al prezzo o al profitto del reato.

In attesa del recepimento della decisione quadro 2005/212, gli atti del terzo pilastro possono avere sul piano interno un’efficacia analoga a quella delle direttive non recepite grazie alla sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea del 16 giugno 2005. I giudici, nel caso Pupino, hanno affermato che *“il principio di interpretazione conforme si impone riguardo alle decisioni quadro adottate nell’ambito del titolo VI del Trattato sull’Unione Europea. Applicando il diritto nazionale, il giudice del rinvio, chiamato ad interpretare il diritto interno, è tenuto a farlo, per quanto possibile, alla luce della lettera e dello scopo della*

decisione quadro al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e di conformarsi così all'art. 34, n. 2, lett. b), UE".²⁸⁸

La Corte, pertanto, ha respinto la tesi sostenuta dal nostro Governo e da altri Stati intervenuti nella causa, secondo cui alle decisioni non si applicano i principi elaborati dalla medesima Corte per le direttive. Quest'ultima ha, invece, sostenuto che l'art. 249 presenta delle affinità con l'art. 34 UE che invece disciplina gli atti nel settore della cooperazione di polizia e giudiziaria penale.

A seguito della pronuncia Pupino, le S.U. a seguito del ricorso riguardante l'ammissibilità della confisca per equivalenti al profitto del reato per gli illeciti di cui all'art. 640 *quater*, ha affermato l'applicazione estensiva della confisca per equivalente tenendo soprattutto conto che la decisione 2005/212 *"ha imposto agli Stati la previsione in termini generali della confisca per equivalenti con riferimento ai proventi del reato"*.

Tale sentenza, anche se non contiene alcun riferimento al caso Pupino, ne costituisce una sua diretta applicazione perché ha di fatto preso in considerazione le modifiche apportate in un atto dell'Unione Europea, anche se formalmente non state ancora recepite.

È opportuno fare riferimento anche alla disciplina introdotta con la decisione quadro 2006/783 che avrà delle immediate conseguenze sull'esecuzione dei provvedimenti di confisca determinandone una semplificazione.

Con l'art. 8 del Preambolo della decisione in esame lo Stato sarà tenuto a riconoscere ed eseguire *"nel proprio territorio le decisioni di*

²⁸⁸ Causa C-105/103, Pupino. La causa di cui si occupa il giudice nazionale, riguardava l'azione penale nei confronti di un'insegnante di scuola materna che aveva inflitto lesioni, in alcuni casi anche aggravate, ai suoi allievi ed era accusata di abuso dei mezzi di disciplina. Il pubblico ministero aveva chiesto l'assunzione della prova testimoniale di alcuni minori prima dell'udienza dibattimentale. Secondo il giudice, quest'incidente probatorio andava escluso perché le norme del codice di procedura penale *"non prevedono il ricorso all'incidente probatorio diretto all'assunzione della prova né l'utilizzazione di modalità particolari di assunzione della prova"*.

confisca prese da un tribunale competente in materia penale di un altro Stato membro". In tale contesto s'inserisce la decisione 2005/212 che se verrà recepita negli ordinamenti nazionali determinerà un affievolimento delle differenze che sussistono in ordine a tale misura negli Stati membri.

Per quanto riguarda la disciplina relativa al riconoscimento dei provvedimenti di confisca, la decisione 2006/73 prevede un diverso iter normativo a secondo che la confisca riguardi una somma di denaro o beni specifici. Nel primo caso le autorità dello Stato che emettono il provvedimento, devono inviare la decisione agli organi dello Stato in cui si trova la persona fisica o giuridica destinataria del provvedimento; nel secondo caso, invece, la decisione deve essere inviata alle autorità dello Stato in cui si trovano i beni oggetto della decisione di confisca.

Il nostro legislatore nella Risoluzione della 2° Commissione permanente, approvata il 4 maggio 2005 ha evidenziato che esso in sede di recepimento della decisione quadro sulla confisca possiede *"la facoltà di definire in modo tassativo le fattispecie corrispondenti ai reati indicati nel paragrafo 1 dell'art. 52"*.

Inoltre lo Stato deve riservarsi la possibilità di non eseguire le richieste nel caso in cui il bene oggetto di confisca appartenga *"a una persona estranea al reato e non sia comunque riconducibile alla diretta disponibilità del condannato"*.

3.7. Mancato recepimento della decisione quadro

Nell'attuale assetto normativo dell'Unione europea, la materia penale rientra nella cooperazione giudiziaria penale, in base alla quale i rapporti tra gli Stati membri si considerano regolati da un sistema intergovernativo; ne consegue che i vari atti emessi, quali decisioni quadro, decisioni o convenzioni, non producono effetti diretti negli ordinamenti nazionali, limitandosi a stabilire principi e finalità che, in quelle materie, i singoli Stati si impegnano a rispettare e perseguire con l'adozione di specifiche norme interne.

Questa demarcazione delle relative competenze normative non ha impedito al diritto comunitario una estesa influenza, sia pure indiretta, sul diritto penale nazionale, per cui è dato assistere sempre più frequentemente al fatto che diverse disposizioni contenute in atti comunitari abbiano influenzato la normativa interna, definendo fattispecie incriminatrici; da ciò è conseguita necessariamente per il giudice nazionale la necessità di dovere interpretare le norme nazionali vigenti correlandole con le intervenute disposizioni comunitarie. Così, in caso di contrasto tra le norme nazionali e gli atti comunitari, oltre al possibile avvio di un procedimento di infrazione nei confronti dello Stato inadempiente, è stato permesso al giudice nazionale di risolvere il caso penale di cui è stato investito disapplicando la norma penale interna, se in contrasto col diritto comunitario.

In merito, è intervenuta l'innovativa sentenza sul caso "Pupino"²⁸⁹ con la quale la Corte di giustizia ha affermato che i giudici nazionali hanno l'obbligo di interpretare le norme del diritto nazionale in maniera conforme alle disposizioni contenute in una decisione quadro, indipendentemente dal mancato recepimento da parte dello Stato membro. Così, la Corte ha

²⁸⁹ decisione quadro n. 2001/220/GAI

chiarito che compete al giudice penale nazionale esaminare nel caso concreto se l'interpretazione della normativa interna sia o meno conforme alla decisione quadro. In pratica, il giudice nazionale deve attribuire alle norme interne una applicazione compatibile con i fini della decisione quadro, senza però che il risultato esegetico contrasti con il diritto interno, esegesi interpretativa, pertanto, *secundum* o *praeter legem*, ma non piuttosto *contra legem*.

Successivamente, è intervenuta in materia la Decisione 24/02/2005 n. 212 05/212/GAI, il cui articolo 2, comma 1, dispone che "*ciascuno Stato membro adotta le misure necessarie per poter procedere alla confisca totale o parziale di strumenti o proventi di reati punibili con una pena privativa della libertà superiore ad un anno o di beni il cui valore corrisponda a tali proventi*", mentre, per ciò che attiene all'attuazione di questa disposizione, il successivo articolo 6 demanda agli Stati membri di adottare le misure necessarie per conformarsi alla presente decisione quadro entro il 15 marzo 2007.

Il panorama normativo sulle norme italiane di attuazione in materia di sequestro e confisca appare, pertanto, alquanto disarticolato e complesso per le non poche difficoltà rilevate dall'interprete nell'esaminare se, in che modo e in che misura sia stata data attuazione nell'ordinamento interno alla disciplina che regola detta materia in Europa.

Ora, esaminando le decisioni quadro riguardanti il sequestro e la confisca nel territorio europeo, la più remota risulta:

* *la decisione quadro 2001/500/GAI*, emanata dal Consiglio dell'UE, in data 26 giugno 2001, concernente "*il riciclaggio di denaro, l'individuazione, il rintracciamento, il congelamento o sequestro e la confisca degli strumenti e dei proventi di reato*", che impegnava gli Stati membri ad adottare le misure necessarie per conformarsi alla stessa entro il

31 dicembre 2002, ma che, in base alla normativa italiana in vigore, risulta in generale sufficientemente completa ai fini del recepimento di detta decisione, "*dunque rispondente agli obiettivi della normativa europea. Di conseguenza, non è risultata necessaria alcuna ulteriore integrazione attraverso apposita normativa di attuazione*"²⁹⁰;

* *la decisione quadro riguardante 2003/577/GAI*, del 22 luglio 2003, sulla esecuzione nell'Unione europea dei provvedimenti di blocco dei beni o di sequestro probatorio" che, ai sensi dell'art. 14 della stessa decisione, avrebbe dovuto trovare attuazione entro il 2 agosto 2005, ma che il Governo italiano, nonostante la delega, non ha ancora presentato alcun provvedimento normativo in merito;

* *la decisione quadro 2005/212/GAI*, emanata dal Consiglio d'Europa in data 24 febbraio 2005, relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato che, come accennato, in base all'art. 6 della decisione, imponeva agli Stati membri di conformarsi entro il 15 marzo 2007. "Anche per tale decisione, in base al disposto degli artt. 28, comma 1, e 31, comma 1, della l. 25 febbraio 2008, n. 34, "Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee - Legge comunitaria 2007 -", il legislatore ha conferito delega al Governo per l'attuazione della decisione quadro 2005/212/GAI, entro 12 mesi dall'entrata in vigore della legge (entro il 21 marzo 2009); ciò nonostante, a tutt'oggi, alcun d.lg. risulta aver dato attuazione alla suddetta decisione quadro" ²⁹¹;

²⁹⁰ COLAMUSSI, *Sequestro e confisca in territorio dell'unione Europea. Il Punto in tema di norma italiane di attuazione*, Cass. pen., 2010, 06, 2473

²⁹¹ COLAMUSSI, op. cit.

Tra le decisioni quadro finora elencate, in buona parte inattuata, appare di particolare evidenza quest'ultima, riguardante l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni di confisca.

In merito, accertata la mancata attuazione della decisione in commento, particolare rilievo assumono due decisioni giurisprudenziali: la prima, della Cassazione penale, che ha stabilito che *"anche alla luce della Decisione-quadro del Consiglio dell'Unione europea 2005/212/GAI, è da escludere che la confisca per equivalente prevista dall'art. 322-ter c.p. e, quindi, il sequestro preventivo ad essa finalizzato, postulino l'esistenza di un nesso di pertinenzialità tra i beni da confiscare ed il reato addebitato al soggetto che ne dispone, atteso che, con detta decisione, il Consiglio dell'Unione europea, lungi dal voler restringere i limiti di applicabilità dell'istituto in discorso, come se, in precedenza, le legislazioni degli Stati membri ne consentissero l'applicazione in misura eccessiva o arbitraria, ha invece inteso imporre soltanto una disciplina minima uniforme in funzione della repressione di reati ritenuti di particolare allarme sociale e nocività economica (principio affermato, nella specie, a fronte della tesi difensiva secondo cui la Decisione summenzionata consentirebbe la confisca, e quindi il sequestro, di beni solo se legati al reato da vincolo eziologico diretto o, quanto meno, derivanti da sproporzione tra il patrimonio del soggetto e il suo reddito legittimo)*²⁹², la seconda, delle Sezioni Unite della Cassazione penale, con cui è stato sancito che *"l'obbligo del giudice di interpretare il diritto nazionale conformemente al contenuto delle decisioni quadro adottate nell'ambito del titolo VI del trattato sull'Unione europea non può legittimare l'integrazione della norma*

²⁹² Cass. pen., sez. II, 20/12/2006, n. 10838

penale interna quando una simile operazione si traduca in una interpretazione "in malam partem".²⁹³

La vicenda che ha dato origine a quest'ultima decisione è scaturita dall'emissione, da parte del G.I.P., confermata dal del Tribunale di Roma, di un decreto di sequestro preventivo, ai sensi dell'art. 321 c.p.p., comma 2, in relazione all'art. 322 *ter* c.p., di beni intestati o nella disponibilità del reo, quale equivalente del profitto che si assumeva dallo stesso realizzato per effetto di condotte illecite, in danno di un Istituto previdenziale, riconducibili alle previsioni degli artt. 81 cpv. e 314 c.p.

In ordine all'oggetto del sequestro, la difesa ha eccepito l'inapplicabilità, in caso di peculato, del sequestro per equivalente del "profitto" del reato, finalizzato alla confisca, di cui all'art. 322 *ter* c.p., comma 1, sull'essenziale rilievo che la formulazione letterale della norma considera come termine di raffronto il solo "prezzo" del reato, eccezione respinta dal Tribunale che ha sostenuto non esservi ragione per non estenderla anche al profitto del reato di peculato, ove si consideri il richiamo nell'art. 322 *ter* c.p., comma 1, al peculato e al "profitto".

Avverso l'ordinanza del Tribunale del riesame è stato proposto ricorso per cassazione sostenendo, tra l'altro, l'inosservanza e l'erronea applicazione della legge penale in relazione alla confisca per equivalente disciplinata dall'art. 322 *ter*, comma 1, c.p., che consentirebbe la confisca per equivalente per il reato di peculato solamente in relazione al "prezzo" del reato ed una estensione della misura al "profitto", in via interpretativa, si porrebbe in evidente contrasto con l'art. 25 Cost..

²⁹³ *(In applicazione di tale principio, la Corte ha escluso che la disciplina in tema di confisca contenuta nella decisione-quadro del Consiglio dell'Unione Europea 2005/212/GAI del 24 febbraio 2005 possa essere utilizzata per estendere la confisca per equivalente di cui all'art. 322 ter, comma 1, c.p. anche al profitto del reato. (Cass. pen., sez. un., 25/06/2009, n. 38691).*

La Corte, ritenendo fondato questo motivo di ricorso, lo ha ritenuto meritevole di accoglimento sostenendo che la previsione della "confisca per equivalente" è rivolta a superare gli ostacoli e le difficoltà per la individuazione dei beni in cui si "incorpora" il profitto iniziale, nonché ad ovviare ai limiti che incontra la confisca dei beni di scambio o di quelli che ne costituiscono il reimpiego.

Ciò comporta che la stessa confisca per equivalente, alla quale è funzionale il sequestro preventivo di ciò che a tale provvedimento ablativo può essere soggetto all'esito del procedimento, può riguardare (a differenza dell'ordinaria confisca prevista dall'art. 240 c.p., che può avere ad oggetto soltanto cose direttamente riferibili al reato) beni che, oltre a non avere alcun rapporto con la pericolosità individuale del reo, neppure hanno alcun collegamento diretto con il singolo reato.

In pratica, la *ratio* dell'istituto è quella di privare il reo di un qualunque beneficio economico derivante dall'attività criminosa, anche di fronte all'impossibilità di aggredire l'oggetto principale, nella convinzione della capacità dissuasiva e disincentivante di tale strumento, che assume "i tratti distintivi di una vera e propria sanzione"²⁹⁴.

Ora, nell'interpretazione dell'art. 322 *ter* c.p., l'indirizzo giurisprudenziale prevalente, basato sul dato letterale della norma, è orientato nel senso che la anzidetta previsione della confiscabilità (e quindi del prodromico sequestro) per equivalente non è applicabile in relazione al "profitto" del delitto di cui all'art. 314 c.p., dovendo ritenersi limitata, invece, al solo *tantundem* del "prezzo" del reato.

La Corte, in pratica, ha ritenuto aderire all'orientamento giurisprudenziale restrittivo, secondo il quale deve escludersi la

²⁹⁴ (vedi Cass., Sez. Unite: 2.7.2008, n. 26654)

confiscabilità per equivalente al profitto del reato di cui all'art. 314 c.p., fondando il proprio assunto sulle seguenti considerazioni:

* le nozioni di "prezzo" e di "profitto" del reato sono nettamente distinte in relazione al trattamento fattone dall'art. 240 c.p., e devono ritenersi presupposte nella loro diversa valenza tecnica dall'art. 322 *ter* c.p.;

* non è rinvenibile in alcuna disposizione legislativa una definizione della nozione di "profitto del reato" e tale locuzione viene utilizzata in maniera meramente enunciativa nelle varie fattispecie in cui è inserita, assumendo quindi un'ampia "latitudine semantica" da colmare in via interpretativa;

* il "prezzo del reato" è stato individuato dalla giurisprudenza nel "compenso dato o promesso ad una determinata persona, come corrispettivo dell'esecuzione dell'illecito", ovvero in "un fattore che incide esclusivamente sui motivi che hanno spinto l'interessato a commettere il reato";

* non esiste alcun elemento idoneo a far ritenere che il legislatore, nella formulazione dell'art. 322 *ter* c.p., abbia usato il termine "prezzo" in senso atecnico, così da includere qualsiasi utilità connessa al reato.

Alla conclusione dianzi raggiunta potrebbe obiettarsi che sia la nozione di "prezzo" sia quella di "profitto" possono ricomprendersi all'interno del più ampio concetto di "provento" del reato: locuzione frequentemente utilizzata dalla normativa comunitaria, alla quale anche questa Corte, in passato, aveva assegnato carattere onnicomprensivo e, quindi, nella sua latitudine semantica, inclusivo di tutto ciò che deriva dalla commissione del reato nelle diverse nozioni - indicate nell'art. 240 c.p., commi 1 e 2 - di prezzo, prodotto e profitto.

Ciò si uniformerebbe all'obbligo di interpretazione "conforme" della normativa nazionale al diritto dell'Unione Europea ed alle Convenzioni internazionali.

In tale prospettiva il riferimento essenziale è alla decisione quadro del Consiglio dell'Unione Europea relativa alla confisca di beni, strumenti e proventi di reato (2005/212/GAI) del 24 febbraio 2005.

In relazione agli atti dianzi citati si assume, dunque, che - secondo un'interpretazione comunitariamente orientata - potrebbe pervenirsi alla configurazione di una nozione di "provento del reato" suscettibile di ricomprendere, in tutte le sue possibili forme, il profitto derivato direttamente o indirettamente dal reato e il suo impiego.

Occorre rammentare, però, che la Corte di giustizia di Lussemburgo - con la sentenza 16 giugno 2005, ha stabilito che:

- il giudice nazionale deve, nell'applicare il diritto interno, attenersi ad una interpretazione "conforme" alle decisioni - quadro adottate nell'ambito del titolo 6^a del Trattato sull'Unione Europea, per cui è tenuto ad applicare il diritto nazionale per quanto possibile "alla luce della lettera e dello scopo della decisione - quadro", al fine di conseguire il risultato perseguito da questa e di conformarsi così all'art. 34, n. 2 - lett. b), del Trattato. In altri termini, fin dove il diritto interno consente un'interpretazione conforme alla decisione-quadro, in quanto, ad esempio, le disposizioni pertinenti contengono clausole generali o concetti giuridici indefiniti, il giudice nazionale deve utilizzare l'intero spazio valutativo ad esso concesso in favore del diritto dell'Unione Europea;

- l'obbligo per il giudice nazionale di far riferimento al contenuto di una decisione-quadro quando interpreta le norme pertinenti del proprio diritto trova tuttavia due criteri-limite: da un lato, il limite generale, di ordine logico - formale, consistente nel divieto di pervenire ad una

interpretazione *contra legem* del diritto nazionale; dall'altro, il limite specifico costituito dai precisi vincoli derivanti dai principi generali del diritto.

In relazione ai rapporti tra diritto comunitario, obblighi internazionali e diritto interno, la nostra Corte Costituzionale, pur riconoscendo il carattere coordinato dell'ordinamento nazionale e dell'ordinamento comunitario e ammettendo, altresì, l'impatto diretto dei principi e delle norme comunitarie all'interno del nostro ordinamento, ha tuttavia precisato che in ogni caso devono essere rispettati i principi fondamentali della Costituzione italiana ed i diritti fondamentali inalienabili della persona.

Deve, pertanto, concludersi che l'utilizzo della normativa sovranazionale, allo scopo di integrazione di elementi normativi va escluso allorquando gli esiti di una esegesi siffatta si traducano in una interpretazione in *malam partem* della fattispecie penale nazionale.

Per tutte le considerazioni dianzi svolte va affermato, in conclusione, il principio di diritto secondo il quale "*in riferimento al delitto di peculato*" può disporsi la confisca per equivalente, prevista dall'art. 322 *ter* c.p., comma 1, ultima parte, soltanto del prezzo e non anche il profitto del reato".

Posta, pertanto, la necessità che il legislatore provveda a disciplinare in modo sistematico tutte le ipotesi di confisca obbligatoria e di confisca per equivalente, già previste con norme frammentarie e prive di coordinamento, aderendo così alle decisioni quadro dell'Unione Europea, occorre rilevare che, a fronte di una disposizione normativa che limita inequivocabilmente la confisca per equivalente al solo "prezzo" del reato, non può non ribadirsi che il giudice nazionale non può pervenire ad una vietata estensione *in malam partem* del dettato legislativo.

CONSIDERAZIONI FINALI

A conclusione della nostra indagine, occorre brevemente soffermarsi sulla natura giuridica e sulla responsabilità degli enti per la commissione di reati ad essi direttamente od indirettamente riconducibili.

Bisogna, infatti, premettere che oramai risulta superato il tradizionale brocardo che la *societas delinquere non potest*, essendo stato accettato il principio della responsabilità di enti collettivi per reati che, anche se commessi da persone fisiche ad essi dipendenti, implicano l'applicazione nei loro confronti di sanzioni aventi carattere punitivo.

Dal nostro legislatore questa nuova forma di responsabilità viene definita come *amministrativa* per differenziarla dalla responsabilità penale delle persone fisiche; ciò, presumibilmente, per evitare la possibilità di un contrasto col principio costituzionale sancito dall'art. 27, comma, 1, della responsabilità penale personale.

La scelta terminologica, però, stenta a riconoscere l'essenza di questa nuova forma di responsabilità che, a nostro giudizio, si scosta dalla natura squisitamente *amministrativa*, non avendo la caratteristica propria delle sanzioni ripristinatorie o restitutorie proprie del diritto amministrativo, né in quelle più specificamente punitive attinenti alle sanzioni previste dalle leggi sulle depenalizzazioni "*trattandosi più propriamente di un sistema del tutto innovativo che presenta tratti peculiari sia quanto alla struttura ed all'imputazione dell'illecito che ne è oggetto, sia quanto alla configurazione ed al contenuto delle sanzioni che ne conseguono, geneticamente derivanti da istituti, categorie dogmatiche e regole di*

disciplina caratterizzanti l'illecito penale, ben più di quello amministrativo" ²⁹⁵

In pratica, presupposto basilare della responsabilità dell'ente collettivo è la commissione di un reato, così come disciplinato dal codice penale, cui è propria la funzione di prevenire e reprimere reati.

Del resto, non contrasta con la natura essenzialmente penale di questo nuovo sistema sanzionatorio l'autonoma responsabilità dell'ente rispetto a quella della persona fisica; ciò perché la responsabilità è direttamente imputabile all'ente, con conseguente applicazione, nei suoi soli confronti, delle sanzioni previste dal D.lgs. 231/2001 e, quindi, detta responsabilità appare distinta e non subordinata a quella della persona fisica.

Pertanto, il fatto costitutivo del reato rappresenta sia il presupposto sia l'oggetto effettivo della responsabilità dell'ente, a nulla rilevando che lo stesso sia materialmente commesso da una persona fisica legata all'ente.

Ne consegue che non risulterebbe alcuna violazione del richiamato principio costituzionale della *responsabilità personale*, dappoiché il soggetto, anche se diverso dalla persona fisica, cui l'illecito viene imputato come *proprio*, ha l'effettivo controllo degli elementi costitutivi del fatto oggetto della sua responsabilità, potendo agire diversamente o non omettendo di agire. Inoltre, proprio per il carattere sostanzialmente penale di tale responsabilità, *"si spiega l'espressa previsione delle garanzie fondamentali ed, in specie, del principio di legalità – nel suo triplice contenuto di riserva di legge, determinatezza ed irretroattività – da riferire*

²⁹⁵ PICOTTI Lorenzo-DE STROBEL Daniele, *I tratti essenziali del sistema di responsabilità "da reato" degli enti nel d.lgs. 231/2001 e suoi riflessi in campo assicurativo*, Dir. economia assicur., 2010, 03, 0655.

*sia al fatto che alla sanzione (art. 2 d.lgs. 231/2001), in conformità con i principi costituzionali ricavabili dall'art. 25, comma 2, Cost."*²⁹⁶

In conclusione, può senz'altro affermarsi che, nel nostro ordinamento, anche se in contrasto col noto brocardo *societas delinquere non potest*, appare ampiamente sostenibile la tesi della natura *fondamentalmente penale* di questa nuova forma di responsabilità degli enti, anche in considerazione che, ai sensi dell'art. 36, comma 1, del D.Lgs. 231 del 2001, *"la competenza a conoscere gli illeciti amministrativi dell'ente appartiene al giudice penale competente per i reati dai quali gli stessi dipendono"* e, conseguentemente, che i relativi procedimenti vengono celebrati davanti al giudice penale e, inoltre, che l'esercizio dell'azione punitiva viene attribuita alla competenza del pubblico ministero.

Stabilita, così, la natura sostanzialmente penale di questa nuova forma di responsabilità, appare del tutto agevole sostenere che la conseguente punizione comminata per la commissione del reato debba essere considerata come una vera e propria *pena* e non piuttosto come *sanzione amministrativa*.

²⁹⁶ PICOTTI Lorenzo- DE STROBEL Daniele, *op. cit.*.

Tutti i **libri** del mondo
non ti danno la felicità,
però in segreto
ti rinviano a te stesso.

Lì c'è tutto ciò di cui hai bisogno,
sole stelle luna.
Perché la luce che cercavi
vive dentro di te.

La saggezza che hai cercato
a lungo in biblioteca
ora brilla in ogni foglio,
perché adesso è tua.

BIBLIOGRAFIA

S. ALEO, *Il sistema penale*, 2008 , Milano.

A. ALESSANDRI, *Criminalità economica e confisca del profitto*, 2006, Milano.

F. ANTOLISEI – C. F. GROSSO, *Manuale di diritto penale: parte speciale*, 2008, Milano.

A. BARGI – A. CISTERNA, *La giustizia patrimoniale penale*, 2011, Roma.

G. BASAGNI, *Pareri di diritto penale*, 2009, Roma.

R. BRICCHETTI, *Codice penale e leggi complementari*, 2011, Roma.

L. CAMALDO – A. BANA, *Sequestro, confisca e recuperi a tutela degli interessi finanziari dell'unione europea. La legislazione comunitaria e l'attuazione nei paesi membri*, 2010, Bruylant.

E. CECCARELLI, *Sull'ammissibilità della confisca per equivalente del profitto del reato nel peculato la parola passa alle Sezione unite*, Dir. e Gius., 2009.

C. M. CIARLA, *L'omessa indicazione dell'entità della somma di denaro assoggettata a confisca determina l'annullamento della sentenza di patteggiamento per il reato di concussione*, Dir. e Gius., 2010.

E. CONFORTI, *Senza artifici e raggiri, niente sequestro per equivalente*, Dir e Gius., 2012.

R.CONTI, *La proprietà e i diritti minori. Beni, limiti, tutela nazionale e sovranazionale*, 2009, Milano.

N. D'ANGELO, *La responsabilità penale di enti e persone giuridiche*, 2008, Roma.

G. DE VERO, *Trattato di diritto penale*, 2008, Milano.

M. DE PALMA, *Reati comuni*, 2007, Milano.

C. DI GREGORIO – G. MAINOLFI – G. RISPOLI, *Confisca per equivalente e frode fiscale*, 2011, Milano.

T. E. EPIDENDIO, *La confisca nel diritto penale e nel sistema della responsabilità degli enti*, 2011, Roma.

P. FAVA, *Analisi sistematica della giurisprudenza penale*, 2009, Roma.

S. FIORE, *I reati contro il patrimonio*, 2010, Roma.

P. FLORIO – G. BOSCO, *Manuale dell'amministratore giudiziario*, 2011, Milano.

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

L. FORNARI, *La confisca del profitto nei confronti dell'ente responsabile di corruzione: profili problematici*, in Riv. trim. dir. pen. econ., 2005.

D. FONDAROLI, *Principi costituzionali in materia penale e fonti sovranazionali*, 2009, Roma.

G. GAMBOGI, *In arrivo una vera e propria riforma penale-tributaria*, Dir. e Gius., 2011.

R. GIOVAGNOLI, *Studi di diritto penale: parte speciale*, 2008, Milano.

G. LATTANZI - E. LUPO , *Codice penale. Rassegna di giurisprudenza e dottrina*, Milano, 2010.

A. JAZZETTI, *Sì alla confisca per equivalente , anche se non si puo' quantificare il profitto*, Riv. Dir. Gius., 2011.

A. MARTINI, *Trattato di diritto penale. Parte speciale*, 2010, Milano.

F. MARRELLA – F. GALGANO, *Diritto e prassi del commercio internazionale*, 2010, Roma.

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

S. D. MESSINA – G. SPINNATO, *Diritto penale manuale breve*, 2011, Milano.

M. MONTAGNA, *La giustizia penale differenziata*, 2011, Roma.

A. NAPPI, *Manuale di diritto penale. Parte generale*, 2010, Milano.

A. NOCETI – M. PIERSIMONI, *Confisca e altre misure ablatorie patrimoniali*, 2011, Roma.

A. PAGLIARO – M. PARODI GIUSINO, *Principi di diritto penale. Parte speciale*, 2008, Milano.

V. PAPAGNI, *La confisca per equivalente del “prezzo” del peculato commesso*, Dir. e Gius., 2009.

A. PONTI, *I principali delitti contro la pubblica amministrazione*, 2002, Roma.

V. PERCHINUNNO, *Percorsi di procedura penale*, 2008, Milano.

F. RAMACCI – G. SPANGHER, *Codice penale e procedura penale e leggi complementari*, 2011, Milano.

V. RISPOLI, *Il sequestro preventivo per equivalente del “profitto o del prezzo del reato”*. Tra esigenze cautelari ed “assaggio” di pena, Dir. e Gius., 2010.

V. RISPOLI, *L'inapplicabilità della confisca nei casi di estinzione del reato ed il mancato diritto alla restituzione delle cose che costituiscono il profitto del reato, tra contraddizioni ed insufficienze*, Dir. e Gius., 2010.

V. RISPOLI, *Responsabilità “penale” di enti e società: l'applicabilità delle misure cautelari interdittive nei delitti di corruzione internazionale ex art. 322-bis c.p.*, Dir. e Gius., 2010.

M. ROMANO – G. GRASSO – T. PADOVANI, *Commentario sistematico del codice penale*, 2011, Milano.

M. RONCO – S. ARDIZZONE, *Codice penale ipertestuale: commentario con banca dati di giurisprudenza e legislazione*, 2007, ROMA.

E. ROSI, *Criminalità organizzata transnazionale e sistema penale italiano*, 2007, Roma.

G. STURZO, *Antiriciclaggio*, 2008, Roma.

L. TRAMONTANO, *Codice penale , leggi complementari annotato con la giurisprudenza*, 2007, Matelica.

F. VERGINE, *Confisca e sequestro per equivalente*, 2009, Roma.

S. VINCIGUERRA, *I delitti contro la pubblica amministrazione*, 2008, Napoli.

Indice sentenze

Decisione quadro 2005/212/GAI.

Cass., pen., sez. III, 14 gennaio 2010, n. 6290.

Uff. Indagini preliminari Milano, 14 gennaio 2010.

Uff. Indagini preliminari Milano, 18 gennaio 2010.

Cass., pen., sez. V, 26 gennaio 2010, n. 11288.

Cass., pen., sez. II, 27 gennaio 2010, n. 6974.

Cass., pen., sez. V, 3 febbraio 2010, n. 10810.

Cass., pen., sez. III, 25 febbraio 2010, n. 12580.

Cass., pen., sez. I, 4 marzo 2010, n. 17721.

Cass., pen., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 12508.

Cass., pen., sez. VI, 11 marzo 2010, n. 12508.

Cass., penale, sez. VI, 17 marzo 2010, n. 12819.

Cass., pen., sez. VI, 9 aprile 2010, n. 25166.

Cass., pen., sez. II, 13 maggio 2010, n. 21027.

Cass., pen., sez. III, 26 maggio 2010, n. 25890.

Cass., pen., sez. III, 26 maggio 2010, n. 29724.

Uff. Indagini preliminari Milano, 28 giugno 2010.

Cass., pen., sez. II, 9 luglio 2010, n. 28683.

Cass., pen., sez. II, 9 luglio 2010, n. 28683.

Cass., pen., sez. II, 9 luglio 2010, n. 34505.

Tribunale S.Maria Capua V., sez. I, 22 luglio 2010.

Tribunale Trani, 21 settembre 2010.

Cass., pen., sez. III, 22 settembre 2010, n. 35970.

Tribunale Brescia, sez. riesame, 5 ottobre 2010.

Cass., pen., sez. III, 7 ottobre 2010, n. 41730.

Cass., pen., sez. III, 27 ottobre 2010, n. 40481.

Cass., pen., sez. III, 11 novembre 2010, n. 42462.

Cass., pen., sez. VI, 23 novembre 2010, n. 45504.

Cass., pen., sez. III, 1 dicembre 2010, n. 662.

Cass., pen., sez. III, 1 dicembre 2010, n. 10120.

Cass., pen., sez. V, 24 gennaio 2011, n. 13276.

Cass., pen., sez. V, 24 gennaio 2011, n. 13277.

Cass., pen., sez. III, 27 gennaio 2011, n. 5869.

Cass., pen., sez. III, 27 gennaio 2011, n. 6894.

Cass., pen., sez. III, 27 gennaio 2011, n. 8982.

Cass., pen., sez. II, 9 febbraio 2011, n. 11590.

Cass., pen., sez. VI, 15 febbraio 2011, n. 17064.

Cass., pen., sez. III, 24 febbraio 2011, n. 11969.

Cass., pen., sez. III, 24 febbraio 2011, n. 11970.

Cass., pen., sez. VI, 9 marzo 2011, n. 26097.

Cass., pen., sez. II, 19 maggio 2011, n. 34318.